

CUJACIJ

OPERUM

TOMUS QUINTUS.

JACOBI CUJACIJ

J. C. PRÆSTANTISSIMI TOMUS QUINTUS VEL SECUNDUS OPERUM POSTUMORUM

Quæ de jure reliquit, sive JULIUS PAULUS, id est, ad Julii Pauli libros ad Edictum, & libros Questionum Recitationes exactissimæ, non solum mendis propemodum infinitis priorum editionum expunctis; sed etiam accessione plurimarum Recitationum, quæ hætenus desiderabantur in novissimis libris PAULI ad Edictum, locupletatæ à CAROLO ANNIBALE FABROTO J. C.

ACCESSERE in hac novissima Editione ab eruditissimo Viro græcorum
Versio locorum hætenus ab omnibus desiderata;

INDEX locupletissimus, ac perpetuus omnium omnino rerum, quæ his
Operibus continentur;

PRÆTEREA dissertatio EMUNDI MERILLII, & Interpretatio ab eodem
facta Variantium ex CUJACIO observatarum, quæ per totum
opus suo quæque loco variante notantur;

POSTREMO Controversiæ JOANNIS ROBERTI ejusdemque Notæ in
Responsiones à CUJACIO nomine ANTONII MERCATORIS
editas; quæ majori Eruditorum commodo in ipsis
Observationibus afferuntur, studio & diligentia
LIBORJ RANII J. C. Neap.



N E A P O L I

Typis ac Sumptibus Michaelis Aloysii Mutio.

SUPERIORUM LICENTIA,
ET PRIVILEGIO PER DECENNIIUM.

M. DCC. XXII.

In prima hujus voluminis parte continentur
LIBRI PAULI AD EDICTUM,
E T
LIBRI EJUSDEM QUÆSTIONUM.

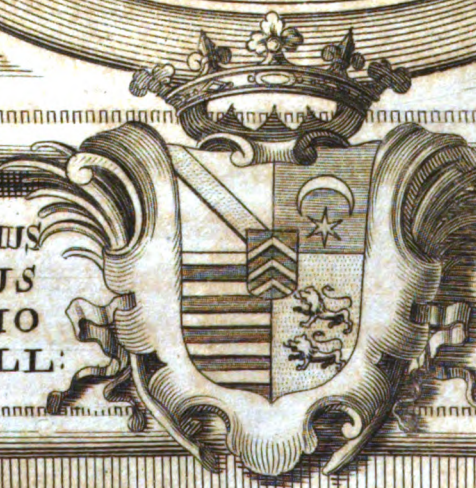
In altera parte,
MODESTINI DIFFERENTIARUM JURIS
libri novem.







MARC: D LUPERTIUS
PATRITIUS
COMES A ROBIO
IN REG: COLL:



DE MAULEON
CAESAR AUGUSTANUS
SUP: CONS: ET
CONS: REGENS



VIRO AMPLISSIMO
MARCHIONI
D. LUPERCIO MAULEON
CAESARAUGUSTANO PATRICIO

COMITI A ROBIO VINZALI CASALINI BISNENGI
FEUDORUM DOMINO REGIAM CANCELLARIAM
REGENTI REGIOQUE COLLATERALI
CONSILIARIO.

LIBORIVS RANIVS S. P. P.



UM omnes in istam summam Curiam Patres Con-
scripti, Tu maxime, Amplissime Lupercj Mau-
leonj, dignus es, cujus nomini in hac Neapoli-
tana Editione unus multorum Jacobi Cujacj li-
ber inscribatur, ob summum illud tuum, & im-
mortale beneficium in hanc Regiam studiorum Universitatem
collatum, quo ipsius Antecessorum incerta salaria super cer-
tis Regj AErarj redditibus collocasti, ipsisque in posterum
per Mancipes solvenda decrevisti. Intellexeras enim, quan-
tum

Tom. II. Post.

*

tam publicae Academiae dignitatem , utilitatemque Rebuspublicis afferant ; quae & prudentiam perficiunt ad Imperia domi legibus quam optimis regenda , & virtutem regunt ad ea armis belli vindicanda . Omnes enim leviter in historia versati norunt , Turcas in Asiam , Africam , Europamque longe lateque Imperium armis protulisse , cum Christianae gentes sive graecae , sive latinae in foeda literarum , & ingenuarum artium ignoratione demersae jacerent : quia ubi bella , non virtute animorum , quae est procul dubio apud cultas gentes alacrior , non militari disciplina , non arte , quae Mathematicos sunt soboles , non imperatoriis consiliis , quae historiarum lectione comparantur , sed tantum stolidi corporum vi geruntur : non dubium est , ubi major est copiarum numerus , ab ea parte stare victorias . Quare Politici Scriptores in illud placitum omnes conveniunt , quod nisi stupida Turcarum ingenia Christiani consiliis , artisque inventis juvarent , Ottomanicum Imperium jamdudum sua barbariei sponte corruisset . Contra vero illa constant , Assyrios , inter quos Magi , seu Sapientes regnabant , Aegyptiosque , quorum Reges ex Sacerdotibus , sive ex ejus gentis Philosophis creabantur , amplissimum Orbis terrarum imperium tenuisse ; & uti ad Homeri Achillem crebra Iliadis lectione Alexandrum Magnum conformatum , ita ad Alexandri res gestas Julium Caesarem erectum , illum Graecorum , hunc Romanorum fundasse Monarchias ; ita ut Romana , & Graeca gentium potentia , nisi tota , certe magna ex parte Homero sit accepto tribuenda . Tantum literaria Institutio ; quae in publicis scholis celebratur maxime , Rebuspublicis ad bella prodest , ut ubi gentium literata Sapiencia adest , ibi Imperiorum potentia praesit . Quantum autem , ut ad rem nostram propius accedamus , Neapolitana Academia ad gloriam Regni hujus , pacis artibus comparatam praestiterit , gravissimum testimonium perhibet nostrum ipsum jus gentium tanta naturali aequitate , tanta civili sapientia refertum , ut externae civitates , populique tum ad privatas decernendas , tum ad consulendas publicas causas hinc ex nostri Regni jure quam saepissime definitiones accersant : quod satis abunde confirmat , Neapolitanos Reges Senatorum juris qua privati , qua publici sapientissimorum consilio , & aucto-
rita-

ritate Neapolitanae genti leges constituisse. Praeclarissima luce sua haec, quae dicimus, illustrat nostrum Neapolitanum Forum, quod sane non tot, tantis, ac tam praeclaris apud omnes Europae nationes Jurisconsultis omni aetate florisset, nisi omnes haec Regia Academia huic Foro exhibuisset alumnos. Tu haec Sapientissimus rei civilis intelligis, quae alii vulgo non vident, multo verius quam Imp. Advocatorum Collegium dixere, Studiorum Universitates esse, Seminarium dignitatum. At enim segetum semina minuta sunt, & occata latent; atque in eo stat miserum Literatorum Virorum factum, cum quo ipsa constat Rerumpublicarum beatitudo: nam quo magis haec semina occultantur, eo fruticantur felicius; qui sane frutices postea eruditus in publica vitae luce reddunt uberrimas honorum, ac laetissimas messes. Haec ego dixi, ut cuncti noverint, jure quam optimo Tibi Cujacius noster debeat, qui huic studiorum Universitati facultates firmasti, quibus Juris Antecessores Cujacium in his Scholis commodius excolerent. Atque hae sunt propriae hujus doni adornandi rationes; illae vero communes, quibus quovis alio munere dignus es; praeclarum in Navarrae Regno, unde originem ducis, genus, quod a patriciis Romanis ortum, & a Garzia Rege inter duodecim Navarrensiū patricias gentes lectum memorant; e cujus majoribus referre libet Gerardum Mauleonium, qui Fridericum Aragonium in Sicilia bello vicit; & alium cognomine vernaculo Ladron de Mauleon, qui Custulonensem inter & Navarrensem Reges pacis foedus conciliavit, postea a Rege Navarrae ob Caesaris Borgiae, Valentini Ducis liberationem e vinculis legatus est; & temporis progressu, Navarra Caesariam Augustam Tua Familia commigrante, ibi Majores tui, & amplissimos honores, & honestissima connubia celebrarunt; unde gentiles tuos Carolum V. Imp. huc Neapolim comitatos in hujus Civitatis publicis actis perscriptum legimus: & illa, quae magis tua, in nobilium Bononiensium Alumnorum Collegio cum summo ingenio, & diligentia literarum peractus orbis; Magistratus in aliis atque aliis Mediolanensis ditionis Civitatibus cum laude gesti: quare a Caesare primum Mediolanensis Quaestor extra ordinem jussus, deinde inter Mediolanensis Senatus Patres allectus, mox Bar-

cino-

cinone Supremi Italiae Consilij, tum Elisabetham Augustam in Germaniam comitatus, Hispaniensis Consilij Regens Vindebonae creatus; inde huc Neapolim Praefectus AErario missus: quo munere cum summa Hispaniensis Consilij commendatione aliquot annos perfunctus, moderatione animi singulari eo amplissimo Magistratu Te ultro abdicasti, & in summo isto Regni. Neapolitani Senatu locum, tanquam tuae aetati portum a Caesare retulisti impetratum; unde Cujacium Tibi pro tua virili parte destinatum, qua soles, humanitate excipias, rogo quaesoque. Vale.

I N D E X O M N I U M L E G U M

Ex Lib. LXXVIII. Ad Edictum,
Et XXV. Quæstionum JULIJ PAULI J.C.
Ac Lib. IX. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI
In Pandectas à Triboniano relatarum,

E T

A J A C O B O C U J A C I O E X P L I C A T A R U M.

Serie Alphabetica Expositus.

A	
<p>L. AB intestato 16. De jur. Codic. 1132. L. Actionis verbo 34. De verb. signif. 370. L. Actione depositi 23. Depositi, vel contra. 1161. L. Actione distrabitur 65. Pro socio. 481. §. Item bonis 483. §. Si in rem. ibid. §. Diximus 484. §. Item si 485. §. Labeo ibid. §. Item, qui ibid. §. Renunciare 487. §. Item scriptum ibid. §. Morte 488. §. Item si ibid. §. Societas 490. §. Publicatione ibid. §. Si post ibid. §. Si communis 491. §. Nonnunquam 492. §. Si unus ibid. L. Adquirent 19. De pactis. 60. L. Ad certam partem 6. De servitut. 308. L. Ad diem 77. De verb. obligat. 769. L. Adoptivus filius 14. De ritu nupt. 543. §. Item si quis ibid. §. Servilis 547. §. Idem tamen ibid. §. Nunc videamus ibid. L. Ad personas 15. De jurejur. 93. L. Adrogato patres. 40. De adopt. &c. 1153. §. Non tantum ibid. §. Spado ibid. L. Ad res donatas 62. De ædilit. edict. 1193. L. Adentari 10. De injur. 755. L. Agri Civitatum 1. Si ager vectig. 303. L. Aliam causam 29. De novat. 1146. L. Aliena res 20. De pigner. act. 426. §. Si per 427. §. Interdum ibid. L. Amissio 5. De cap. minut. 159. §. Qui deficiunt ibid. §. Nunc respiciendum ibid. L. An pars 3. Pro derelicto. 1180. L. Anto litem 16. De procur. 106. L. Anquam 16. De damn. infect. 643. L. Anticus ait 14. De aqua, & aq. plu. arc. 667. Tom. II. Post.</p>	<p> §. Cum igitur 669. §. In hoc ibid. §. De eo, quod ibid. §. De eo genere ibid. L. Appellatione 72. De verb. signific. 869. L. Apud proconsulem 17. De manumif. vind. 682. §. Sed & apud ibid. L. Arbitrio judicis 18. De dolo malo. 148. §. Non tamen ibid. §. Si dominus 149. §. De eo 150. §. Dolo 149. §. Si servum 151. L. Aristo Neratio 3. Quæ res pign. &c. 950. L. Armatos 9. Ad legem Jul. de vi pub. 100. L. At qui natura 19. De neg. gest. 127. §. Scævola 130. §. Si libero ibid. §. Cum me 131. §. Non tantum 132. §. Dum apud ibid. L. At ubi institutus 11. De leg. præstand. 606. L. At ubi vi 24. De petit. hered. 264. L. Aut adfinitate 22. De procura. 106. L. Aut in id dabitur 15. De eo, quod met. cau. 142.</p> <p style="text-align: center;">B</p> <p>L. Bona fides 136. De regul. jur. 235.</p> <p style="text-align: center;">C</p> <p>L. Cæterum cum 31. De rei vindic. 299. L. Cajus Sejus 45. Solut. matrim. 1029. L. Cajus Sejus 11. De usur. 1149. §. Quid si ibid. L. Certum est 6. De reb. cred. 399. L. Circa tempora 3. Quis ord. in bon. possess. 630. L. Claudius Felix 16. Qui pot. in pign. 953. L. Commodare possumus 15. Commo. vel contra. 417. L. Comuni dividundo 1. Commun. divid. 362. L. Competit 16. Quod vi, &c. 806. §. Si quis ibid. §. In summa 807. L. Compromissum 1. De recept. & qui arbit. 21. L. Conditiones 9. De condit. institut. 632. L. Confessus 1. De confessis. 757. L. Conjunctionem 29. De verb. signific. 804. L. Creditore 14. De reb. auct. jud. possid. 773. §. De</p>

Index Alphabeticus

<p><i>§. Datur</i> <i>L. Cujus filiusfam.</i> 49. De verb. oblig. <i>§. Si stipulatus</i> <i>§. In hac</i> <i>§. Si promissor</i> <i>L. Cujus per errorem</i> 53. De reg. jur. <i>L. Cui consequens est</i> 18. De peculio. <i>L. Cui præcipua</i> 7. De verb. signific. <i>§. Persequi</i> <i>L. Cum à te</i> 7. De vi, & vi arm. <i>L. Cum amplius</i> 84. De reg. jur. <i>L. Cum à pluribus</i> 7. De servitut. legat. <i>L. Cum curatore</i> 24. De admin. tut. <i>L. Cum emancipati</i> 2. De collat. bon. <i>§. Illud autem</i> <i>§. De illis</i> <i>§. Id quoque</i> <i>§. Emancipatus</i> <i>§. Si tres</i> <i>§. Si ex emancipatio</i> <i>§. Si duo nepotes</i> <i>§. Si duo emancipati</i> <i>§. Si per inopiam</i> <i>L. Cum de indebito</i> 25. De probat. <i>§. Sin autem</i> <i>§. Sed hæc ita</i> <i>§. In omnibus</i> <i>§. Sed hæc ubi</i> <i>L. Cum dotem</i> 71. De jur. dot. <i>L. Cum filiusfam.</i> 28. De testam. mil. <i>L. Cum filio</i> 3. De vulg. & pupil. subst. <i>L. Cum hereditas</i> 36. Ad S.C. Trebell. <i>L. Cum in annos</i> 11. De annuis leg. <i>L. Cum in diversis</i> 44. De reli. & sumpt. fun. <i>§. Cum autem</i> <i>L. Cum interdum</i> 4. De infit. act. <i>L. Cum lite</i> 2. Judicat. sol. <i>L. Cum mandato</i> 23. De min. 25. ann. <i>L. Cum miles</i> 30. Ex quib. caus. major. <i>§. Si is, qui</i> <i>L. Cum non prægnans</i> 16. De his, qui not. infam. <i>L. Cum plures</i> 12. De admin. tut. <i>§. Quæ bona</i> <i>§. Nimum</i> <i>§. Cum tutor</i> <i>§. Si tutor</i> <i>L. Cum post mortem</i> 2. Quando act. de pecul. &c. <i>§. Si servus</i> <i>L. Cum post mortem</i> 43. De admin. & peric. tut. <i>§. Qui cum</i> <i>L. Cum prætor</i> 12. De judic. <i>§. Judicem</i> <i>§. Non autem</i> <i>§. Qui possunt</i> <i>L. Cum prætor</i> 127. De reg. jur. <i>L. Cum procurator ult.</i> De fidejuss. <i>L. Cum pupillo</i> 1. Rem pup. salv. for. <i>L. Cum putarem</i> 36. Famil. ercisc. <i>L. Cum quaritur</i> 12. De except. rei judic. <i>L. Cum quidam</i> 4. De auro, & arg. leg. <i>L. Cum sponsus</i> 12. De pub. in rem act. <i>§. Is, cui</i> <i>§. In vestigalibus</i> <i>§. Idem est</i> <i>§. Si res</i> <i>§. Publiciana</i> <i>§. Si pro parte</i> <i>§. Sed etiam</i> <i>L. Cum tamen</i> 8. De S.C. Maced. <i>L. Cum unus</i> 12. De reb. auct. judic. possid. <i>§. Is, qui</i> <i>§. Si propter</i> <i>L. Cum usufructuario</i> 66. De usufruct. & quemad.</p>	<p>ibid. 568. ibid. ibid. ibid. 625. 977. 775. ibid. 368. 961. 1135. 367. 612. 614. ibid. ibid. ibid. 615. 617. ibid. 618. 618. 962. ibid. ibid. ibid. 1096. 1052. 1157. 195. 1134. 925. ibid. 430. 829. 155. 169. ibid. 102. 580. 581. ibid. ibid. 582. 444. ibid. 1040. ibid. 206. ibid. 207. ibid. 280. 870. 368. 903. 819. 749. 243. ibid. 245. ibid. 246. ibid. ibid. ibid. 439. 771. 773. ibid. 637.</p>	<p style="text-align: center;">D</p> <p><i>L. Damni infecti</i> 18. De dam. infect. 644. <i>§. Sed quod</i> 646. <i>§. Ei, cuius</i> ibid. <i>§. Sed inquilino</i> ibid. <i>§. Ei, qui</i> 647. <i>§. Si is, qui</i> 648. <i>§. Si autem</i> ibid. <i>§. Emptor</i> ibid. <i>§. Venditorem</i> ibid. <i>§. Sed quid</i> ibid. <i>§. Sed si</i> ibid. <i>§. Sabini</i> 651. <i>§. Si vicinas</i> ibid. <i>§. Si pupillus</i> ibid. <i>§. Si mandatū</i> ibid. <i>§. Non solum</i> ibid. <i>§. Si procurator</i> 653. <i>L. De bonis matris</i> 6. De carbon. edict. 620. <i>§. Plane</i> ibid. <i>§. Huic autem</i> 621. <i>§. Ita demum</i> ibid. <i>§. Qui pupillo</i> 622. <i>§. Non solum</i> ibid. <i>§. Post pubertatem</i> ibid. <i>L. Debitor</i> 59. Ad S. C. Trebell. 990. <i>§. Ea, quæ</i> 993. <i>L. Debitor decem</i> 82. De legat. 2. 1070. <i>§. Si primo</i> 1072. <i>§. Servo</i> ibid. <i>L. Debitor meus</i> 13. De neg. gest. 124. <i>L. Debitoribus</i> 28. De solut. 582. <i>L. Decem legata</i> 6. De fideic. libert. 782. <i>L. Decreto prætoris</i> 24. De admin. tutor. 135. <i>§. Si duobus</i> ibid. <i>L. De Decurione ult.</i> De Decur. 893. <i>L. De die ponenda</i> 8. Qui satisfda. cog. 200. <i>§. Mulierem</i> ibid. <i>§. Si servus</i> 202. <i>§. Si fidejussor</i> ibid. <i>§. Tutor</i> ibid. <i>§. Jubetur</i> ibid. <i>§. Hoc autem</i> ibid. <i>L. De eo exhibendo</i> 12. Ad exhibend. 375. <i>§. Et filiusfam.</i> 377. <i>§. Sæpius</i> 378. <i>§. Si quis</i> ibid. <i>§. Si post</i> 379. <i>§. Si iusta</i> 380. <i>§. Heres</i> 382. <i>L. Defensor</i> 22. De tutel. & ration. dist. 1097. <i>L. De illo</i> 24. De noxal. act. 231. <i>L. De peculio</i> 10. De tribut. act. 434. <i>L. De pretio vero</i> 10. De publ. in rem actio. 240. <i>L. De tuo etiam</i> 9. Manda. vel contra. 460. <i>L. Dirimitur matrimonium</i> 1. De divort. 556. <i>L. Dispensatori</i> 51. De solut. 136. <i>L. Diversum est</i> 2. Quod legat. 794. <i>§. Quod ait</i> 795. <i>§. Si legatarius</i> 796. <i>§. Ex hoc</i> ibid. <i>§. Si per legatarium</i> ibid. <i>L. Divortium non est</i> 3. De divort. 556. <i>L. Divus Severus</i> 18. Ad municip. 892. <i>L. Doli exceptio</i> 19. De novation. 816. <i>L. Dolo carere</i> 41. Ad leg. Falcid. 136. <i>L. Dolo facit</i> 2. Si ventr. nom. mulier. 576. <i>§. Si & patris</i> ibid. <i>L. Dolo malo</i> 27. De dolo malo. 153. <i>L. Dolo malo</i> 2. De vi, & vi arm. 799. <i>L. Domicilium</i> 20. Ad municip. 1148. <i>L. Dobalem fundum</i> 16. De testam. mil. 626. <i>L. Dummodo certus</i> 2. De procurator. 103. <i>§. Furius</i> ibid. <i>L. Duo sunt Titii</i> 30. De testam. milit. 1033. <i>L. Ea</i></p>
--	---	--

LEGUM, ET PARAGRAPHORUM:

E

L. E A igitur 14. De pign. act.	420.
L. E a, quæ 22. Ad munic. & de incol.	1169.
L. E a vero 3. Pro socio.	479.
§. Cum specialiter	ibid.
§. De illo	480.
§. Societas	ibid.
L. E a, quæ magis 26. Ad municip.	4.
§. Magistratibus	ibid.
L. E dicto cavetur 1. In jus voca. ut cant.	12.
L. E go puto 4. De eo, quod met. caus.	141.
L. E i incumbit probatio 2. De probation.	815.
L. E lectio vero 26. De noxal. act.	232.
§. His consequens	ibid.
§. Si servum	ibid.
§. Si is, quem	233.
§. Neque	234.
§. Si absente	ibid.
L. E emptio, & venditio 3. De rescind. vendit.	511.
L. E emptori nominis 6. De hered. vel actio. vend.	997.
L. E quis per fideicommissum 39. De usur. &c.	1197.
L. E rgo hic 5. Ad Senatuscons. Maced.	947.
L. E rgo sciendum 22. Ex quib. caus. major.	168.
§. Sicut igitur	ibid.
§. Quod editum	ibid.
L. E rit ergo 10. De fundo dot.	1021.
L. E t an eadem 14. De except. rei judicat.	819.
§. Qui cum	820.
§. Actiones	ibid.
§. Si quis	821.
L. E t heredi 21. De pact.	61.
§. Quod si	63.
§. Nos autem	ibid.
§. Filiasam.	64.
§. Item	ibid.
§. In his	ibid.
L. E tiam de presenti 15. Ut legat. &c.	864.
L. E tiam si in rem 8. De jurejur.	214.
L. E tiam si quanti 2. Si cui plus, &c.	865.
L. E tiam superficies 15. Qui po. in pign.	810.
L. E t ideo 8. Quod fals. tut. auct.	172.
L. E t in liberos 7. De S.C. Syllan.	636.
L. E t in perpetuum 4. De procurat.	104.
L. E t in totum 4. De impens. in res dot.	565.
L. E t licet libera 15. De constit. pecun.	408.
L. E t nihil interesse 8. De in rem ver.	444.
L. E t non tantum 19. De petit. hered.	260.
§. Quod si	261.
§. Veniunt	ibid.
§. Servitutes	262.
L. E t quia nec 6. De jurisdic. omn. judicium.	19.
L. E t quidem 5. De her. vel act. vend.	509.
L. E t qui in foro 6. De procur.	96.
L. E t si consularis 52. De procu.	760.
L. E t si non omnes 8. Communi divid.	363.
§. Si incertum	ibid.
§. Venit	ibid.
§. Si communis	364.
§. Item si	ibid.
L. E t si percussor 6. De S.C. Syllan.	634.
§. Quamvis	ibid.
§. Si unus	635.
§. Si appetitus	ibid.
L. E t si qua alia 16. De recept. arb.	177.
§. Arbitr	ibid.
L. E t si quid 9. De hered. vel act. vend.	509.
L. E t si quid 23. Solut. matrim.	560.
L. E um, qui 22. De donation.	1192.
L. E um, qui juravit 30. De jurejur.	225.
§. Si juravero	226.
§. Si Mulier	ibid.
§. In popularibus	227.
§. Si libertus	ibid.

Tom. II. Post.

§. Si juravero	ibid.
L. E um, qui nocentem 18. De injur.	755.
§. Si Servus	756.
§. Si nupta	ibid.
§. Si injuria	ibid.
§. At cum	ibid.
§. Quod scisset	ibid.
L. E x argento 13. De condic. furt.	590.
L. E x causa 11. De fideicom. libert.	1155.
L. E x consensu 3. De relig. & sumpt. fun.	388.
L. E x diverso 35. De rei vindic.	301.
§. Vbi autem	302.
§. Petitor	ibid.
§. Eorum	ibid.
L. E x facto queritur 52. De pecul.	979.
§. Si dos	980.
L. E x facto queritur 43. De vulg. & pupill. subst.	1056.
§. Item	1059.
§. Lucius	ibid.
§. Julius	1060.
L. E xhibere 2. Ad exhib.	315.
L. E x his 34. De excus. tut.	1043.
L. E x hoc edito 8. De alien. jud. mut. cau. facta.	164.
§. At prætor	ibid.
§. Alienare	ibid.
§. Sed heredem	ibid.
§. Si quis	ibid.
§. Qui venditori	ibid.
L. E x pollicitatione 9. De Pollicit.	1169.
L. E xpressa 195. De reg. jur.	1190.
L. E x pupillari 44. De vulg. & pupil. subst.	1067.
L. E x quacumque 2. Si quis in jus vocat. non jerit.	11.
§. Si quis	ibid.
L. E x sextante 30. De except. rei judic.	1104.
§. Latinus	ibid.
L. E xtra territorium ult. De jurisdic. omn. jud.	1.

F

L. F acere 189. De verb. signific.	528.
L. F acienda aestimatione 8. Arb. fur. cas.	591.
§. Furtim	ibid.
§. Igitur	ibid.
§. Qui per vim	ibid.
L. F acta redditione 60. De ædil. edict.	815.
L. F actum 154. De reg. jur.	799.
§. Non videtur	800.
§. In pœnalibus	ibid.
L. F ere in omnibus 108. De reg. jur.	89.
L. F ere quibuscunque 155. De reg. jur.	801.
L. F idejussoris autem 23. De pactis.	65.
L. F ilius 9. De jur. delib.	767.
L. F ilius 14. Ad leg. Corn. de fals.	1142.
§. Sequens	ibid.
§. Maritus	1143.
L. F iliasam. 34. De pet. hered.	267.
§. Si servus	ibid.
L. F iliusam. duxit 19. De in rem ver.	982.
L. F iliusam. 8. De adm. rer. ad Civ. pert.	8.
L. F iliusam. 18. Ad leg. Falcid.	1086.
§. His consequens	1087.
L. F inium regundorum 1. Fin. regund.	335.
L. F œminis 41. De procur.	114.
L. F œnerator 6. De naut. fœn.	1151.
L. F ructus non modo 33. De rei vind.	299.
L. F rugem 77. De verb. signific.	678.
L. F undus dotatis 3. De fund. dot.	557.
§. Totiens	ibid.
L. F urtum 1. De furtis.	584.
§. Inde	ibid.
§. Sic is	ibid.
§. Furtum	ibid.

G

L. G eneraliter 3. Unde legit.	626.
L. G eris 88. De acquir. hered.	875.

)a(2

L.Gra-

Index Alphabeticus

<p><i>L. Granius Antoninus 71. De fidejuss.</i> 995. <i>§. Si ponamus</i> ibid. <i>§. Places</i> ibid.</p>		
H		
<p><i>L. Habitatio quoque 4. De vent. in possess. mitt.</i> 620. <i>§. Servis</i> ibid. <i>L. Hac actio 2. Si quadru. pau. fec. dic.</i> 322. <i>§. Si quis</i> ibid. <i>L. Hac actio 4. Si quadru. pau. fec. dic.</i> 322. <i>L. Hac actio perpetua 4. Si men. fal. mod. dix.</i> 371. <i>L. Hac actio utilis 2. De æsti. actio.</i> 450. <i>L. Hac autem 4. Si cui plus, &c.</i> 866. <i>§. Si duo</i> 867. <i>§. Hac cautio</i> ibid. <i>L. Harum actionum 7. Si serv. vindic.</i> 312. <i>L. Heres 8. De obseq. par. & patr.</i> 140. <i>L. Heredes ejus 25. Famil. ercisc.</i> 344. <i>§. Similes</i> 345. <i>§. Quantum</i> ibid. <i>§. De pluribus</i> ibid. <i>§. Si inter me</i> ibid. <i>§. Item si</i> ibid. <i>§. Si testator</i> 346. <i>§. Quod pro</i> 347. <i>§. Idem scribit</i> ibid. <i>§. An ea</i> 348. <i>§. Contra</i> ibid. <i>§. Idem dicendum</i> ibid. <i>§. In illa</i> 350. <i>§. Idem juris</i> 351. <i>§. Idem observatur</i> ibid. <i>§. Si unus</i> 352. <i>§. Non tantum</i> ibid. <i>§. Si incerto</i> 354. <i>§. Item culpa</i> ibid. <i>§. Si filius</i> 355. <i>§. Iudex</i> ibid. <i>§. Item curare</i> ibid. <i>§. Si pecunia</i> 356. <i>L. Hereditiarum 40. De oblig. & actio.</i> 163. <i>L. Hi, qui 34. De fidejuss.</i> 841. <i>L. His, qui 12. De dam. infect.</i> 642. <i>L. Hoc apertius 24. Ad leg. Aquil.</i> 324. <i>L. Hoc editum 6. De his, qui dejecer. vel effud.</i> 249. <i>§. Labeo</i> ibid. <i>§. Habitator</i> ibid. <i>§. Si de nave</i> ibid. <i>L. Hoc edito 2. Quod quisque jur.</i> 34. <i>L. Hoc jure 86. De solut.</i> 113. <i>L. Honorem 10. De muner. & honor.</i> 1175.</p>	<p><i>§. Idem</i> ibid. <i>L. Illud notandum 4. De bon. poss. cont. tab.</i> 598. <i>§. Si quis</i> 601. <i>§. Ad testamenta</i> ibid. <i>§. Si quis cum</i> ibid. <i>L. Illud constat 13. Quæ in fraud. cred.</i> 811. <i>L. Illud quoque 40. De pet. her.</i> 275. <i>§. Prædo</i> 277. <i>§. Actiones</i> ibid. <i>§. Contra</i> 278. <i>§. Ad officium</i> ibid. <i>L. Imo, & si 7. De option. leg.</i> 1077. <i>L. Imperatores 52. De manumif. test.</i> 1094. <i>L. In actionibus 7. De iis, qui not. inf.</i> 90. <i>L. In ambiguo 3. De reb. dub.</i> 1100. <i>L. In ambiguis 70. De jur. dot.</i> 1026. <i>L. In ambiguis 85. De reg. jur.</i> 1026. & 1037. <i>§. Non est</i> ibid. <i>§. Quotiens</i> ibid. <i>L. In cause 14. De dam. infect.</i> 643. <i>L. In commoato 17. Com. vel contra.</i> 417. <i>§. Contraria</i> 418. <i>§. Si ex factis</i> ibid. <i>§. Sicut</i> 419. <i>§. Duabus</i> ibid. <i>§. Rem commodatam</i> ibid. <i>L. In delictis 4. De noxal. act.</i> 40. <i>§. Si extraneus</i> ibid. & 42. <i>§. Cum dominus</i> ibid. & 42. <i>§. Si detracta</i> 41. & 43. <i>L. In depositi 9. Depos. vel contra :</i> 209. <i>L. In diem additio 9. De aqua, & aqu. plu. arc.</i> 670. <i>§. Ideo autem</i> ibid. <i>§. Non autem</i> ibid. <i>L. In duobus 28. De jurejur.</i> 220. <i>§. Quod reus</i> ibid. <i>§. Si Ei</i> ibid. <i>§. Ex duobus</i> ibid. <i>§. Exceptio</i> 221. <i>§. Si quis</i> ibid. <i>§. Colonus</i> 222. <i>§. Quæ juravit</i> 223. <i>§. Igitur</i> 224. <i>§. Item Pomponius</i> ibid. <i>L. In emptioibus 43. De pact.</i> 996. <i>L. In eo, quod 110. De regul. jur.</i> 97. <i>§. Nemo</i> 98. <i>§. Pupillus</i> ibid. <i>§. Vbi verba</i> ibid. <i>§. Mulieribus</i> ibid. <i>L. In executione 85. De verb. oblig.</i> 856. <i>§. Prima</i> ibid. <i>§. Secunda</i> ibid. <i>§. Quod si</i> ibid. <i>§. Pro parte</i> ibid. <i>§. In solidum</i> ibid. <i>§. Item si</i> ibid. <i>§. Quicumque</i> 859. <i>L. In fideicommissariis 5. De fideic. libert.</i> 764. <i>L. In fraudem 4. Quæ in fraud. cred.</i> 811. <i>L. In hoc judicium 10. De serv. corr.</i> 251. <i>L. In hoc judicio 27. Famil. ercisc.</i> 356. <i>L. In honorariis 35. De oblig. & act.</i> 8. <i>L. In interdicto 6. De vi, & vi arm.</i> 212. <i>L. In jus vocare 1. De in jus vocand.</i> 85. <i>L. In lege Falcidia 45. Ad leg. Falcid.</i> 780. <i>§. In bis</i> ibid. <i>L. In lege Aquilia 40. Ad legem Aquil.</i> 83. <i>L. In loco 1. Ne quid in loc. pub.</i> 799. <i>L. In metallum 22. De pœnis.</i> 1159. <i>L. In metallum 4. De sent. pass. & restitut.</i> 1130. <i>L. In obscuris 114. De reg. jur.</i> 136. <i>L. In omnem rem 15. De tut. & cur. dat.</i> 27. <i>L. In omnibus 5. De prator. stipulat.</i> 653.</p>	<p><i>L. In</i> 653.</p>
I		
<p><i>L. Id est usque 10. De dolo malo.</i> 145. <i>L. Id est 15. De liberali causa,</i> 684. <i>L. Id est 74. De rei vindic.</i> 303. <i>L. Idem & 21. Famil. ercisc.</i> 343. <i>L. Idem est 6. Ufufuct. quemadm. cav.</i> 863. <i>L. Idem est, & si 3. Si ager vectig.</i> 303. <i>L. Idem est, & si 10. De constit. pec.</i> 407. <i>L. Idem in duobus 25. De pact.</i> 66. <i>L. Ideo quia 27. De legib. senatusque cons.</i> 971. <i>L. Ideoque si pater 95. De pecul.</i> 784. <i>L. Ideoque 34. De manumif. test.</i> 848. <i>L. Idque & Julianum 45. De act. empt.</i> 1001. <i>§. Illud</i> 1002. <i>§. Superest</i> ibid. <i>L. Id quod sub conditione 19. De const. pec.</i> 412. <i>§. Sed is</i> ibid. <i>§. Si pater</i> ibid. <i>L. Ignorantia, vel facti 1. De jur. & fac. ign.</i> 627. <i>§. Nam si</i> ibid. <i>§. Si quis</i> ibid. <i>§. Item</i> ibid.</p>	<p><i>L. In</i> 653.</p>	<p><i>L. In</i> 653.</p>

LEGUM, ET PARAGRAPHORUM.

<p><i>L. In omnibus</i> 5. De prat. stipulat. 653. <i>L. In omnibus</i> 90. De reg. jur. 1119. <i>L. In Patrem</i> 21. De relig. & sumpt. funer. 383. <i>L. In plurium</i> 70. De acqu. hered. 761. <i>§. Si vero</i> ibid. <i>L. In possessionem</i> 6. Quib. ex caus. in possess. catur. 765. <i>§. Cum dicitur</i> 766. <i>§. Si ab hostibus</i> ibid. <i>L. In pupillo</i> 4. De except. 271. <i>L. In quibusdam</i> 7. De naut. scen. 45. <i>L. In rem actio</i> 23. De rei vind. 287. <i>§. Loca sacra</i> ibid. <i>§. Si quis</i> ibid. <i>§. Sed & id</i> ibid. <i>§. In omnibus</i> ibid. <i>§. Item quaque</i> ibid. <i>§. Tignum</i> 290. <i>§. Item si quis</i> ibid. <i>L. In servo</i> 17. De liberali causa. 684. <i>L. In sponsalibus</i> 7. De spons. 541. <i>L. In sponsalibus</i> 14. De sponsal. 1168. <i>L. In stipulatione</i> 1. Judic. solut. 368. <i>L. In summa</i> 2. De aqua, & aqu. plu. a rc. 658. <i>§. Apud labionem</i> 662. <i>§. Præterea</i> ibid. <i>§. Cassius</i> ibid. <i>§. Apud Atejum</i> ibid. <i>§. Item Varus</i> 664. <i>§. Apud Namufam</i> ibid. <i>§. Idem Labeo</i> 1. ibid. <i>§. Idem Labeo</i> 2. 665. <i>§. Illud etiam</i> ibid. <i>L. Interest</i> 18. De reb. auct. jud. possid. 778. <i>L. Inter actum</i> 12. De serv. rust. præd. 1196. <i>L. Inter</i> 191. De verb. signific. 556. <i>L. Inter</i> 101. De verb. signific. 1196. <i>§. Divortium</i> ibid. <i>§. Verum est</i> ibid. <i>§. Servis</i> ibid. <i>L. Inter causas</i> 26. Manda. vel contra. 472. <i>§. Si quis</i> ibid. <i>§. Absesse</i> 473. <i>§. Si is</i> 474. <i>§. Mandatum</i> ibid. <i>§. Non omnia</i> 475. <i>§. Sed cum</i> ibid. <i>§. Faber</i> 476. <i>L. Interdictio</i> 2. Quorum bon. 280. <i>L. Interdictum</i> 17. Quod vi, &c. 818. <i>L. Interdictorum</i> 2. De interdict. 790. <i>§. Interdicta</i> ibid. <i>§. Quadam</i> ibid. <i>§. Hæc autem</i> ibid. <i>L. Interdum</i> 23. De verb. oblig. 369. <i>§. Si servus</i> ibid. <i>§. Stichus</i> ibid. <i>L. Interdum evenit</i> 4. De publ. judic. 573. <i>L. Inter pares</i> 38. De re judic. 210. <i>§. Si diversis</i> ibid. <i>L. Inter stipulantem</i> 83. De verb. oblig. 833. <i>§. Si stichum</i> 835. <i>§. Si stipulante</i> 836. <i>§. Diversa</i> ibid. <i>§. Item si</i> ibid. <i>§. Sacram</i> ibid. <i>§. Si rem</i> 839. <i>§. Stichum</i> 840. <i>§. Si quid</i> ibid. <i>L. Intestatus</i> 64. De verb. signif. 807. <i>L. Intestato</i> 6. De legit. tut. 579. <i>L. Is, cui</i> 11. De alim. & cib. leg. 1078. <i>L. Is cum quo</i> 7. De aqua, & aqu. plu. 235. <i>§. Aliud est</i> ibid. <i>L. Is qui dicit</i> 5. De except. 236.</p>	<p><i>L. Is, qui a debitore</i> 9. Quæ in fraud. 786. <i>L. Is, qui in potestate</i> 15. De leg. præst. 607. <i>§. Sed si unus</i> ibid. <i>§. Ita autem</i> 608. <i>§. Ei, quæ</i> ibid. <i>§. Si extraneo</i> 611. <i>L. Ipsi quidem</i> 8. De eo, quod met. caus. 141. <i>§. Si is accipiat</i> ibid. <i>§. Quod si</i> ibid. <i>§. Hæc quæ</i> ibid. <i>L. Ita fidei</i> 40. De jure fisci. 1138. <i>L. Itaque pauciores</i> 2. De jure delib. 765. <i>L. Item eorum</i> 6. Quod cujuscumque univers. 120. <i>§. Si decuriones</i> 121. <i>§. Sed si</i> ibid. <i>§. Quid si</i> ibid. <i>§. Actor</i> ibid. <i>L. Item exigit</i> 16. De dolo malo. 147. <i>L. Item quamvis</i> 10. Comuni divid. 364. <i>§. Si usus</i> 365. <i>§. In communi</i> ibid. <i>L. Item quia conventiones</i> 4. De pact. 47. & 48. <i>§. Secundum</i> 47. & 49. <i>§. Hujus rei</i> 47. & 49. <i>§. Ex facto</i> 47. & 50. <i>L. Item quibus</i> 4. De postuland. 90. <i>L. Item si</i> 3. De dol. except. 823. <i>L. Item si pretio</i> 22. Locat. & conduct. 521. <i>§. Quotiens</i> ibid. <i>§. Cum insulam</i> ibid. <i>§. Quemadmodum</i> 522. <i>L. Item si servum</i> 6. De publ. in rem act. 240. <i>L. Iter sepulchro</i> 4. Quemadm. serv. amitt. 387. <i>L. Index datus</i> 46. De judic. 894. <i>L. Index si male</i> 28. De condict. indeb. 477. <i>L. Julianus scribit</i> 30. De petit. hered. 265. <i>L. Julianus verum</i> 60. De condic. indeb. 940. <i>L. Julius Paulus</i> 81. De condit. & demonst. 1136. <i>§. Tunc</i> 1137. <i>L. Jurisjurandi</i> 32. De jurejur. five, &c. 1167. <i>L. Jusjurandum</i> 2. De jurejur. 213. <i>L. Jusjurandum</i> 17. De jurejur. 215. <i>§. Pupillus</i> ibid. <i>§. Si tutor</i> ibid. <i>§. Procurator</i> ibid.</p>	<p>L</p> <p><i>L. Labeo ait</i> 2. De pact. 47. <i>L. Labeo ait</i> 10. De serv. rust. præd. 671. <i>L. Labeo, & Neratius</i> 8. De usurp. & usucap. 170. <i>§. Sed eum</i> ibid. <i>L. Labeo, & Sabinus</i> 14. De verb. signific. 101. <i>§. Rem amisisse</i> ibid. <i>L. Labeo indicat</i> 5. Ad municip. 633. <i>L. Labeo non posse</i> 2. De rivis. 804. <i>L. Latinus Largus</i> 56. De ædil. edic. 891. <i>L. Latinus Largus</i> 9. Qui sine manumiss. &c. 999. <i>L. Latinus Largus</i> 83. De legat. 2. 1085. <i>L. Lælia est</i> 40. De reb. cred. & si cert. pet. 926. <i>L. Legatus, mandata</i> 12. De offic. proconf. 19. <i>L. Legavi Titio</i> 25. De lib. legat. 1079. <i>L. Legis Julia</i> 4. Ad leg. Jul. de vi priv. 754. <i>§. Et si quis</i> ibid. <i>L. Lege Flavia</i> 12. De manumiss. 681. <i>L. Legitima conventio</i> 6. De pact. 47. & 50. <i>L. Legitimam hereditatem</i> 8. De petit. hered. 206. <i>L. Liber homo</i> 20. De stipul. serv. 1110. <i>§. Apud</i> ibid. <i>L. Liberi patroni</i> 8. De assign. libert. 1189. <i>L. Liberis</i> 13. De dol. mal. & met. excep. 1106. <i>L. Liberos, qui</i> 3. De capit. min. 157. <i>§. Emancipato</i> ibid. <i>L. Libertas</i> 106. De reg. jur. 30. <i>L. Libertas</i> 33. De manumiss. test. 1093. <i>L. Li-</i></p>
--	--	--

Index Alphabeticus

<p><i>L. Libertus adversus</i> 15. De in jus vocan. 880. <i>L. Licet gratis penult.</i> Nav. caupo, itabu. 318. <i>§. Si servo</i> 320. <i>§. Sed si damnum</i> 321. <i>§. In factum</i> ibid. <i>§. Possumus</i> ibid. <i>L. Licet in popularibus</i> 42. De procura. 109. <i>§. Ad actionem</i> ibid. <i>§. Ea obligatio</i> 111. <i>§. Iste, cui</i> 112. <i>§. Sed & dominum</i> ibid. <i>§. Porro</i> ibid. <i>§. Si plures</i> ibid. <i>§. Reo latitante</i> 113. <i>L. Licinius</i> 4. Quib. ad liber. procl. non licet. 1094. <i>L. Lite contestata</i> 35. De usur. 766. <i>L. Littora, quae fundo</i> 51. De contrah. empt. 316. <i>L. Locatio, & conductio</i> 1. Locat. & conduct. 519. <i>L. Longa possessionis</i> 3. De div. & temp. praescr. 1180.</p>	<p style="text-align: center;">M</p>	<p><i>L. Manifesta turpitudinis</i> 38. De iurejur. 569. <i>L. Mater detedens</i> 19. De inoff. test. 898. <i>L. Matris sollicitudo</i> 1. Qui petant. tutor. &c. 1188. <i>L. Minor</i> 25. ann. 32. De min. 25. ann. 888. <i>L. Minus solutum</i> 32. De verb. signific. 370. <i>L. Multo magis</i> 24. De iurejur. 218. & 402. <i>L. Munus</i> 18. De verb. signific. 122. <i>L. Mutari debet</i> 24. De procur. 106. <i>L. Mutus, & Surdus</i> 43. De procur. 114. <i>§. Cum querebatur</i> ibid. <i>§. In popularibus</i> 115. <i>§. Is, qui</i> ibid. <i>§. Poena</i> 116. <i>§. Si procurator</i> ibid. <i>§. Qui non</i> ibid. <i>L. Mutuum damus</i> 2. De reb. cred. 389. <i>§. Mutui</i> 393. <i>§. Appellata</i> ibid. <i>§. Creditum</i> 398. <i>§. In mutui</i> ibid. <i>§. Verbis</i> ibid.</p>	<p style="text-align: center;">N</p>	<p><i>L. Nam cum</i> 12. De stipul. serv. 1083. <i>L. Nam & servus</i> 21. De neg. gest. 133. <i>§. Qui negotia</i> ibid. <i>§. Si vivo</i> ibid. <i>§. Mandatu</i> 134. <i>L. Nam fructuarius</i> 2. Usufr. quemadmodum cav. 863. <i>L. Nam in bona</i> 30. De testam. milit. 1046. <i>L. Nam inter se</i> 20. De peculio. 441. <i>L. Nam magistratus</i> 4. De recept. arb. 174. <i>L. Nam reipublicae</i> 4. De nov. oper. nunt. 654. <i>L. Nam sufficit</i> 22. De dolo malo. 152. <i>L. Naturalis meus</i> 5. De praescript. 1005. <i>§. Et si</i> ibid. <i>§. At cum</i> ibid. <i>§. Quod si</i> 1013. <i>§. Sed si</i> 1015. <i>§. Si ergo</i> ibid. <i>L. Ne in potestate</i> 26. De recept. arb. 182. <i>L. Nec ille</i> 16. De tutor. & curat. dat. 846. <i>L. Nec insidiosum</i> 2. Comm. vel coh. 415. <i>L. Nec pretiis</i> De relig. & sumpt. fun. 383. <i>L. Nec quidquam</i> 3. De exerc. act. 427. <i>L. Nec servi</i> 6. De obseq. parent. & patr. 146. <i>L. Necessario</i> 8. De per. & com. rei vend. 512. <i>§. Si ita</i> 514. <i>§. Cum usufructum</i> ibid. <i>L. Necessesse autem</i> 8. De in diem addi. 509. <i>L. Nemo damnum</i> 151. De reg. jur. 799. <i>L. Nemo videtur</i> 5. De in integr. restit. 102. <i>L. Nemo rem</i> 87. De verb. oblig. 856. & 861.</p>	<p style="text-align: center;">N</p>	<p><i>L. Nefennius</i> 22. Ad leg. Falcid. 1127. <i>§. Servo</i> 1128. <i>§. Sed & si</i> ibid. <i>§. Si debitori</i> ibid. <i>§. Sed si</i> 1130. <i>L. Nefennius</i> 32. De excus. tutor. 1043. <i>L. Nefennius</i> 41. De re judic. 1101. <i>L. Nefennius</i> 34. De neg. gest. 882. <i>L. Nihil dolo</i> 129. De reg. jur. 318. <i>§. Cum principalis</i> ibid. <i>L. Nihil interest</i> 112. De reg. jur. 112. <i>L. Nihil in hac parte</i> 2. De conjug. cum emanc. 619. <i>L. Nisi ex magna</i> 10. De minor. 25. ann. 154. <i>L. Nisi quatenus</i> 10. De reb. auct. jud. poss. 770. <i>L. Nominis appellatione</i> 4. De verb. signif. 16. <i>L. Non alienum</i> 10. De interrog. act. 639. <i>L. Non autem interest</i> 28. De recept. arb. 182. <i>L. Non cogendum</i> 45. De procur. 114. <i>§. Qui ita</i> 118. <i>§. Si procuratori</i> ibid. <i>L. Non distinguemus</i> 32. De recept. arbitr. 184. <i>§. Non cogitur</i> 186. <i>§. Si mulier</i> ibid. <i>§. Summa res</i> ibid. <i>§. Sacerdotio</i> 187. <i>§. Item non est</i> ibid. <i>§. Julianus</i> ibid. <i>§. De liberali</i> ibid. <i>§. Si servus</i> 188. <i>§. Item si quis</i> ibid. <i>§. Si is faciat</i> 190. <i>§. Dies compromissus</i> ibid. <i>§. Si arbiter</i> ibid. <i>§. Cum in plures</i> ibid. <i>§. Cum quidam</i> ibid. <i>§. De officio</i> 191. <i>§. Quaesitum est</i> ibid. <i>§. Item si iubeat</i> ibid. <i>§. Si domini</i> ibid. <i>§. Sed si &</i> ibid. <i>§. Arbitri</i> ibid. <i>§. Arbitr</i> ibid. <i>L. Non enim hac actio</i> 6. De trib. act. 434. & 436. <i>L. Non enim</i> 9. Rer. amot. 569. <i>L. Non enim solutio</i> 38. Ad S.C. Trebell. 278. <i>L. Non enim negligentibus</i> 16. Ex quib. cau. majore. 166. <i>L. Non est novum</i> 26. De legib. Senatufque conf. 971. <i>L. Non ideo</i> 66. De rei vind. 902. <i>L. Non figura</i> 38. De oblig. & act. 46. <i>L. Non magis</i> 14. Rer. amot. 236. <i>L. Nonnunquam</i> 52. De condit. & demon. 1190. <i>L. Non omne</i> 144. De reg. jur. 788. <i>L. Non solet</i> 86. De reg. jur. 1051. <i>L. Non solum pen.</i> Famil. ercisc. 337. <i>L. Non solum</i> 8. De nov. oper. nunt. 654. <i>§. Qui opus</i> 655. <i>§. Si cum</i> ibid. <i>§. Quod si</i> ibid. <i>§. Sciendum</i> 657. <i>§. Sed ut</i> ibid. <i>§. Morte</i> ibid. <i>§. Quod si</i> ibid. <i>L. Non tantum</i> 20. De re judic. &c. 1165. <i>L. Non videntur</i> 177. De reg. jur. 679. <i>§. Qui jussu</i> ibid. <i>L. Nos videamus</i> 8. Locat. & conduct. 520. <i>L. Novare</i> 20. De novation. 832. <i>§. Pupillus</i> ibid. <i>L. Nullum crimen</i> 109. De reg. jur. 93. <i>L. Nunquam crescit</i> 138. De reg. jur. 388. <i>L. Nunquam nuda</i> 31. De acquir. rer. dom. 454. <i>§. Thesaurus</i> ibid. <i>L. Nuptiae consistere</i> 2. De ritu nupt. 539.</p>	<p style="text-align: center;">N</p>
--	---	---	---	--	---	---	---

L. Obli-

LEGUM, ET PARAGRAPHORUM.

O

L. Obligari 43. De obligat. & act.	831.
L. Obligatio mandati 1. Manda. vel contr.	457.
§. Ideo	ibid.
§. Item five	ibid.
§. Item mandatum	ibid.
§. Mandatum	ibid.
L. Obligationum 44. De oblig. & act.	846.
§. Circa diem	ibid.
§. Conditio	849.
§. Modus	850.
§. Accessio	851.
§. Si ita	ibid.
§. Sed si navem	853.
L. Ob res quoque 20. De pact. dotal.	555.
§. Si extraneus	ibid.
§. Si convenerit	ibid.
L. Officio tamen 17. De contrah. empt.	504.
L. Omnis hereditas 138. De reg. jur.	383.
L. Omnem obligationem 20. De judic.	767.
L. Opera in actu 1. De oper. serv.	24.
L. Oratione Divi Marci 16. De ritu nupt.	541.
§. Nepote	ibid.
§. Furor	543.
L. Ordinata 24. De liberali causa.	685.
§. Quin etiam	ibid.
§. Sed si cum	ibid.
§. Sed si quas	686.
§. Si is	687.
L. Origo emendi 1. De contrah. empt.	496.
§. Sed an sine	497.
§. Est autem	ibid.

P

L. Partum post litem 10. De usur.	918.
L. Partum quoque 11. Famil. ercisc.	342.
L. Pater ex provincia 22. De manum. vind.	1093.
L. Pater filia 71. De evict.	1124.
L. Pater herede 4. De testament. tutel.	1187.
L. Patris adoptivi 1. De in jus vocand.	85.
L. Patronus 60. Ad S.C. Trebell.	1089.
L. Patrona quidem 18. De bonis libera.	626.
L. Pedius 4. De incend. ruin. nauf.	751.
§. Divus Antoninus	ibid.
§. Haec actiones	752.
L. Per servum 32. De petit. hered.	266.
L. Perceptione 4. De his, qui deiec. vel effud.	247.
L. Petitor 30. De lib. legat.	1081.
L. Plane in ceteris 38. De petit. hered.	273.
L. Plane quamdiu 14. De min. 25. ann.	154.
L. Plane si duos 21. De condic. indeb.	938.
L. Plane 4. Quod cujuscumque univers.	120.
L. Plures 27. De dama. infec.	873.
L. Pluribus procuratoribus 32. De procur.	106.
L. Pomponius lib. 26. 15. De nego. gest.	126.
L. Pomponius lib. 37. 36. De re judic.	210.
L. Pomponius lib. 36. 8. De rei vindic.	173.
L. Popularis actio 4. De Popul. act.	34.
L. Possessio 1. De acquir. vel omit. possess.	690.
§. Dominiumque	694.
§. Adipiscimur	ibid.
§. Furiosus	ibid.
§. Si vir	ibid.
§. Item adquirimus	695.
§. Sed & per eum	697.
§. Per communem	698.
§. Per eum	ibid.
§. Ceterum	ibid.
§. Et ideo	ibid.
§. Quod si	ibid.
L. Possideri 3. De acquir. vel amit. poss.	704.
§. Et adipiscimur	ibid.
§. Incertam	ibid.
§. Nam per	ibid.
§. Pupillus	699.
§. Per servum 1.	ibid.
§. Per servum 2.	700.
§. Veteres	701.
§. Si ex parte	ibid.
§. Idem dicendum	ibid.
§. Hac, que	702.
§. Per procuratorem	ibid.
§. Si jusserim	ibid.
§. Municipis	703.
§. Neratius	ibid.
§. Ex plurimis	707.

§. Ex contrario	708.	§. Aves autem	ibid.
§. In amittenda	710.	§. Quidam	ibid.
§. Sed & si	ibid.	§. Labeo	716.
§. Si quis	711.	§. Si rem	ibid.
§. Et si alii	ibid.	§. Illud quoque	ibid.
§. Si servus	712.	§. Sed si is	ibid.
§. Saltus	713.	§. Genera	ibid.
§. Ceterum	ibid.	§. Vel etiam	ibid.
§. Nerva	714.	§. Quod autem	ibid.
§. Item feras	715.		
L. Post Senatuscons. 28. De petit. hered.	265.		
L. Posteaquam placuit 21. De compens.	890.		
L. Postumus 10. De vent. in possess. mitt.	1049.		
L. Postuma 24. De liber. & post.	1054.		
L. Potest heres 71. Ad leg. Falcid.	511.		
L. Præceptoris 6. Ad legem Aquil.	323.		
L. Prædonis loco 47. De petit. hered.	1177.		
L. Præterea in causa 3. Manda. vel contra.	459.		
§. Et quidem	ibid.		
§. Quod si	ibid.		
L. Præterita 6. De ser. cor.	249.		
L. Prætoris 2. De prætor. stipul.	842.		
§. Sicuti	ibid.		
§. Incertam	ibid.		
L. Prætoris 4. De prætor. stipul.	862.		
L. Prætoris officium 5. De damn. infect.	5.		
§. Si plures	ibid. & 7.		
§. Si & dominus	ibid.		
L. Princeps 21. De verb. signif.	158.		
L. Proculus 18. De neg. gest.	127.		
L. Procurator cui 58. De procur.	827.		
L. Procurator tutorum 63. De procura.	1175.		
L. Pro donato 1. Pro donato.	747.		
§. Si pater	748.		
§. Si inter	ibid.		
L. Pro derelicto 2. Pro derelicto.	748.		
§. Sed Proculus	ibid.		
L. Pro emptore 2. Pro emptore.	737.		
§. Separata	ibid.		
§. Si sub	740.		
§. Sabinus	ibid.		
§. Si in diem	ibid.		
§. Sed & illa	ibid.		
§. Cum stichum	741.		
§. Ejus bona	ibid.		
§. Tutor pupilli	ibid.		
§. Procuratorem	ibid.		
§. Si servus	ibid.		
§. Celsus	ibid.		
§. Pomponius	ibid.		
§. Si servus	ibid.		
§. Et si	ibid.		
§. Si à pupillo	744.		
§. Si à furioso	ibid.		
§. Si eam rem	ibid.		
§. Etiam	ibid.		
§. Si defunctus	ibid.		
§. Emptori.	ibid.		
§. Si rem	746.		
L. Proinde si servum 22. Ad leg. Aquil.	324.		
§. Item cause	ibid.		
L. Pro legato 4. Pro legato.	749.		
L. Promissor stichi 21. De constit. pec.	414.		
§. Si sine	ibid.		
§. Constituto	415.		
L. Promittendo dotem 41. De jur. dot.	550.		
§. Sed si nuptiæ	ibid.		
§. Accepti	ibid.		
§. Si à debitore	552.		
§. Si debitor	ibid.		
L. Pro parte 11. De servitut.	1180.		
L. Proprie in sequestro 6. Depos. vel contra.	25.		
L. Propter spem 23. Famil. ercisc.	343.		
L. Proximus 92. De verb. signific.	1051.		

Index Alphabeticus

<p>Q</p> <p>Q <i>Publicorum</i> 2. De public. judic. 203. <i>L. Pupillo capienti</i> 38. De pign. act. 1155. <i>L. Pupillus ult.</i> De reb. auct. jud. possid. 777. <i>§. Ejus, qui</i> ibid. <i>L. Pure mihi</i> 5. De dol. except. 824. <i>§. Si cui</i> 825. <i>§. Si donari</i> 826. <i>§. Actoris</i> ibid. <i>§. Si servus</i> 827. <i>§. Si cum</i> ibid. <i>§. Non fecit</i> 829.</p> <p>Q <i>Ua actio</i> 2. De fideicommiss. hered. pet. 278. <i>L. Qua propter</i> 162. De reg. jur. 821. <i>L. Qua religiosus</i> 43. De rei vindic. 386. <i>§. Sed si</i> ibid. <i>L. Quadam sunt persona</i> 9. De edend. 37. <i>§. Nihil</i> ibid. & 38. <i>§. Nummularios</i> ibid. & 39. <i>§. Cateram</i> ibid. <i>§. Ad nos</i> ibid. <i>L. Quem panitet</i> 5. De cessio. bon. 759. <i>L. Quaris si pacta</i> 28. De pact. dot. 1020. <i>L. Quasitum est</i> 9. De distrac. pign. 958. <i>§. Pomponius</i> 959. <i>L. Quasitum est</i> 34. De adopt. 1084. <i>L. Qualem autem</i> 19. De recept. arb. 179. <i>§. Dicere</i> ibid. <i>§. Unde videndum</i> ibid. <i>L. Quandiu</i> 89. De reg. jur. 1084. <i>L. Quamvis alienus</i> 10. De dam. infect. 640. <i>L. Quamvis non adiciat</i> 11. De in jus vocand. 89. <i>L. Quamvis senatus</i> 40. Ad S.C. Trebell. 279. <i>§. Persona</i> ibid. <i>§. Nihil</i> ibid. <i>L. Qui certo loco</i> 27. De condict. indeb. 402. <i>L. Qui cedit pen.</i> De cessio. bon. 759. <i>L. Qui damnare</i> 3. De re judic. 209. <i>L. Quidam</i> 132. De verb. oblig. 1108. <i>§. Filiosfam.</i> 1110. <i>L. Qui de usufr. ult.</i> Si usufruct. pct. 1306. <i>L. Qui dolo</i> 131. De reg. jur. 335. <i>L. Qui dotem</i> 46. Solut. matrim. 1131. <i>L. Qui filius.</i> 14. De hered. vel act. vend. 510. <i>§. Si hereditas</i> ibid. <i>L. Qui hereditatem</i> 19. De acquir. hered. 770. <i>L. Qui in adoptionem</i> 23. De adopt. 544. <i>L. Qui injuria</i> 3. De furtis. 585. <i>§. Si servus</i> 586. <i>§. Qui alienis</i> 587. <i>§. Quod si</i> ibid. <i>§. Si ex donatio. re</i> ibid. <i>L. Qui injuriarum</i> 29. De constit. pec. 367. <i>L. Qui in servitutem</i> 9. De bon. libert. 625. <i>L. Qui iter</i> 2. Quemadm. ser. amitt. 311. <i>L. Qui jurasse</i> 26. De jurejur. 218. <i>§. Si Pater</i> ibid. <i>§. Jurisjurandi</i> 219. <i>L. Qui jurato</i> 16. Qui satisf. cog. 93. <i>L. Qui jussu</i> 12. De iis, qui not. infam. 90. <i>L. Qui mandat.</i> 56. De solut. 787. <i>L. Qui non facit</i> 121. De reg. jur. 181. <i>L. Qui nominibus</i> 44. De admin. & peric. tut. 1096. <i>§. Sed si</i> ibid. <i>L. Qui occidit</i> 30. Ad leg. Aquil. 325. <i>§. Pignori</i> 326. <i>§. In hac</i> ibid. <i>§. Si quis</i> ibid. <i>§. Si vulneratus</i> ibid. <i>L. Qui peculii</i> 46. De pecul. 777. <i>L. Qui per successionem</i> 194. De reg. jur. 1181. <i>L. Qui rem</i> 166. De reg. jur. 653. <i>L. Qui rem</i> 1. Vi bon. rapt. 334. <i>L. Qui repudiantis</i> 17. De inoff. test. 896. <i>§. Cum contra</i> 898. <i>L. Qui res suas</i> 98. De salut. 1114. <i>§. Diversum</i> ibid.</p>	<p><i>§. Huic</i> ibid. <i>§. Rem</i> 1115. <i>§. Mihi dare</i> 1116. <i>§. Qui stipulatus</i> 1117. <i>§. Mihi Roma</i> ibid. <i>§. Si servus</i> 1118. <i>§. Aream</i> 1119. <i>L. Qui sella</i> 7. De serv. rust. prae. 309. <i>§. In rusticis</i> ibid. & 311. <i>L. Qui servum</i> 20. De inter. in jur. faciend. 910. <i>§. In jure</i> 913. <i>L. Qui servum</i> 41. De neg. gest. 443. <i>L. Qui tacet</i> 142. De reg. jur. 757. <i>L. Qui Titii</i> 7. De his, quib. ut ind. &c. 1181. <i>L. Qui retante</i> 103. De reg. jur. 8. <i>L. Qui vias</i> 31. De damn. infect. 874. <i>§. Si controversa</i> ibid. <i>L. Quia & solvi</i> 11. De pact. 51. <i>L. Quia naturalis</i> 10. Ad S.C. Maced. 439. <i>L. Quia perinde</i> 42. Ad S.C. Trebell. 280. <i>§. Restituta</i> ibid. <i>L. Quia plerumque</i> 3. De interr. act. 208. <i>L. Quia semper</i> 5. De in jus vocand. 85. <i>L. Quia tantundem</i> 7. De neg. gest. 123. <i>L. Quidam</i> 22. De jurejur. 216. <i>L. Quid enim</i> 14. De dolo malo. 147. <i>L. Quid ergo</i> 2. Depos. vel contra. 451. <i>L. Quin etiam</i> 2. De calumn. 137. <i>L. Quo casu</i> 12. De recept. arb. 176. <i>L. Quo defuncto</i> 4. De leg. tut. 1169. <i>L. Quod contra legem pen.</i> Ad leg. jul. repetund. 734. <i>§. Eadem lex</i> ibid. <i>L. Quod dicitur</i> 130. De verb. oblig. 1107. <i>L. Quod in convivio ult.</i> De alcat. 257. <i>§. Si servus</i> ibid. <i>§. Adversus</i> ibid. <i>L. Quod quis</i> 146. De reg. jur. 788. <i>L. Quod quis ult.</i> De his, quae pro non scrip. hab. 1090. <i>L. Quod Sen. Conf.</i> 6. De injur. 753. <i>L. Quod servus</i> 11. De in rem verso. 445. <i>L. Quod si artificem</i> 32. De rei vind. 1194. <i>L. Quod si deferente</i> 21. De dolo malo. 152. <i>L. Quod si de speciali</i> 26. De minor. 25. ann. 157. <i>§. Quod si is</i> ibid. <i>L. Quod si heres</i> 10. De impens. in res dot. 565. <i>L. Quod si locus</i> 11. De relig. & sumpt. fun. 389. <i>L. Quod si malis</i> 14. De rei vindicat. 284. <i>L. Quod si oves</i> 26. De petitio. heredit. 265. <i>L. Quod si vir</i> 14. De donat. inter vir. & uxor. 838. <i>L. Quo lucidius</i> 4. De dol. mal. except. 822. <i>§. Ideo</i> ibid. <i>§. Et quidem</i> ibid. <i>§. Sed an dolo</i> ibid. <i>L. Quo quidem casu</i> 4. De rei vind. 282. <i>L. Quoniam</i> 5. De iis, qui not. infam. 90. <i>L. Quotiens lex</i> 41. De oblig. & act. 334. <i>§. Si eodem</i> ibid. <i>L. Quotiens</i> 91. De reg. jur. 1131. <i>L. Quotiens propter</i> 14. De jurejur. 44. <i>L. Quotiens</i> 2. De legat. 2. 865.</p> <p style="text-align: center;">R</p> <p>R <i>Ette dicimus</i> 25. De verb. signific. 317. <i>§. Quintus Mucius</i> ibid. <i>L. Rei appellatio</i> 5. De verb. signific. 29. <i>§. Opere</i> ibid. <i>L. Reipublica</i> 2. De jur. dotium. 778. <i>L. Rem alienam</i> 41. De pigner. act. 943. <i>L. Rem legatam</i> 18. De adim. vel transfer. leg. 1193. <i>L. Remittit</i> 6. De jurejur. 214. <i>L. Restituere</i> 35. De verb. signific. 212. <i>L. Restituere</i> 75. De verb. signific. 683.</p> <p style="text-align: center;">S</p> <p>S <i>Aepe ita</i> De verb. signific. 776. <i>§. Item</i> ibid. <i>L. Sa-</i></p>
--	--

LEGUM, ET PARAGRAPHORUM.

<p>L. Satisfque pœna 19. De in jus vocan. 8. L. Satisfactionis 61. De verb. signific. 803. L. Sciendum est 18. Ex quibus caus. major. 167. L. Sciendum est 25. De re judic. 778. L. Sciendum est 70. De verb. signific. 845. §. Verba ibid. L. Sciendum est 19. De op. nov. nuntiat. 1153. L. Sed affio 3. Si quis caution. 812. L. Sed alio jure 2. Si ex noxal. cau. 94. §. Si absens 95. L. Sed an via 12. De pign. 810. L. Sed commodius 4. De ser. cor. 249. L. Sed cum 6. De bon. poss. 595. §. Bonorum ibid. §. Notis ibid. L. Sed & domino 18. Rer. amot. 1032. L. Sed & eo nomine 10. De noxal. act. 327. L. Sed & hæ persona 35. De procur. 108. §. Patronus ibid. §. Non solum ibid. §. Defendere ibid. L. Sed & heres 8. De fer. cor. 249. L. Sed & ipsi nautæ 4. Nau. cau. stab. 196. §. Si nauta ibid. §. Vivianus ibid. L. Sed & is 4. Quib. ex caus. in possess. catur. 768. L. Sed & loci 4. Finium regund. 336. §. In judicio ibid. §. Post litem ibid. §. Sed & si 338. §. Si dicantur ibid. §. Si alter ibid. §. Qui communem 339. §. Si communem ibid. §. Non solum 340. §. Finium ibid. §. Hoc judicium ibid. §. Sive via ibid. L. Sed & si adjiciatur 13. Pro socio. 479. L. Sed & si alia 17. De constit. pec. 408. L. Sed & si adhuc 9. Si quis omni. caus. test. 633. L. Sed & si citiore 4. De constit. pec. 405. L. Sed & si decem 12. De constit. pecun. 174. L. Sed & si cum 2. De ventr. in possess. mitt. 619. L. Sed & si is 21. De in jus vocand. 8. L. Sed & si plus 9. De leg. præst. 606. L. Sed & si plures 13. Qui satisfda. cogan. 862. L. Sed eximendi 4. Ne quis eum, qui in jus vocatus, &c. 89. §. Item si 90. §. Prætor ait ibid. L. Sed nec legatarius 11. De condict. fur. 589. L. Sed non esse 16. De injur. 633. L. Sed sicuti ult. De Carbon. edict. 621. L. Sed si ante 17. De except. 821. L. Sed si eum 3. Ad Senatusconf. Vellej. 448. L. Sed si ipse 14. Ad leg. Aquil. 323. L. Sed si ipse 31. De peculio. 442. L. Sed si ita compromissum 8. De recep. arb. 176. L. Sed si par 2. De rei vind. 281. L. Sed si quis 13. De consti. pecun. 407. L. Sed si vivus 6. Finium regund. 341. L. Sed si tantum 13. De pact. 51. L. Sed utrum 14. De petit. hered. 259. L. Semel mora 26. Solut. matrim. 566. L. Sempronius 26. De usu, & usufr. leg. 1074. §. Si fundus 1076. L. Senatus censuit 52. De contrah. empt. 737. L. Sen. Con. Pisoniano 8. De S.C. Syllan. 636. L. Sepulchra 4. De sepul. viol. 386. L. Sequitur 4. De usurp. & usucap. 720. §. Usucapere ibid. §. Pupillus ibid. §. Furiosus 722. §. Servus ibid.</p>	<p>8. 803. 167. 778. 845. ibid. 1153. 812. 94. 95. 810. 249. 595. ibid. ibid. 1032. 327. 108. ibid. ibid. ibid. 249. 196. ibid. ibid. 768. 336. ibid. ibid. 338. ibid. ibid. 339. ibid. 340. ibid. ibid. ibid. 479. 408. 633. 405. 174. 619. 8. 606. 862. 89. 90. ibid. 589. 633. 621. 821. 448. 323. 442. 176. 281. 407. 341. 51. 259. 566. 1074. 1076. 737. 636. 386. 720. ibid. ibid. 722. ibid. ibid.</p>	<p> §. Labeo ibid. §. Ideoque ibid. §. Item si . ibid. §. Item Labeo 725. §. Si pupilli ibid. §. Tunc in 726. §. Sed & si ibid. §. Idem dicendum ibid. §. Heres . ibid. §. De illo ibid. §. Sed & si ibid. §. Si antequam ibid. §. Lana ovium 728. L. Sequens questio 68. De legat. 2. 1085. L. Servitus 5. Quemadm. serv. amitt. 803. L. Servitutes 3. De servitutibus. 306. L. Servius existimabat 35. De man. test. 681. L. Servus cuius 14. De iis, qui not. infam. 90. L. Servus legatus 27. De adim. leg. 1135. §. Servo ibid. L. Servus pignori 3. De manum. 590. L. Servus, quod detulit 20. De jurejur. 216. L. Servus tuus 20. De dolo malo. 151. §. Si persuaseris ibid. L. Servi venditor 5. De evict. 518. L. Servum 11. De manumiff. 797. L. Servis legatis 81. De legat. 3. 1196. §. Mulieribus ibid. §. Pecudibus ibid. §. Armenis ibid. §. Ovibus ibid. §. Ovium ibid. L. Si ab arbitro 10. Qui satisfda. cogan. 861. L. Si à bonæ fidei 21. De rei vind. 285. L. Si ab eo 18. De pignor. 246. L. Si ab uno 17. Ut leg. nom. cav. 640. L. Si à colono 58. De fidejuss. 1141. §. Cum factio ibid. L. Si actoris servus 2. De eo, per quem fac. crit, &c. 99. L. Si ad patrem 10. De suis, & legit. hered. 1183. L. Si à domino 36. De pet. hered. 268. §. Sed & 269. §. Si possessor ibid. §. Si prædo 270. §. Quo tempore 271. §. Fructus 272. L. Si ades mea 38. De serv. urb. præd. 903. L. Si æstimata 2. Pro dote. 750. L. Si ancilla 62. De legat. 1. 620. L. Si à milite 29. De testam. milit. 1052. §. Miles 1053. §. Edictum ibid. §. Patri ibid. L. Si apud filiumfam. 21. Depo. vel contra. 779. §. Plus Trebatius ibid. L. Si autem 4. De bonis libert. 623. §. Si libertus 624. §. Si deportatus ibid. §. Si extraneus ibid. L. Si bona fide possessor 11. De nox. act. 97. L. Si colonus 5. De aqua, & aq. plu. ara. 666. L. Si commissa 13. Rem ratam, &c. 869. L. Si communis familia 9. De nox. actio. 588. L. Si communis servus 29. De stipul. serv. 840. L. Si contendas 23. De fidejuss. 372. L. Si convenit 6. De rescind. vend. 26. L. Si conveneris 18. De pign. act. 423. §. Si nuda 424. §. Si sandus ibid. §. Si quis 425. §. Servus 426. L. Si creditores 5. De separat. 1097. L. Si cum filiofam. 9. De compen. 496. §. Sed si ibid. L. Si cum servo 4. De injur. 757. L. Si cum villico 16. De inffit. act. 430.</p>	<p>729. 730. 731. ibid. ibid. ibid. ibid. 733. ibid. ibid. & 734. 1085. 803. 306. 681. 90. 1135. ibid. 590. 216. 151. ibid. 518. 797. 1196. ibid. ibid. ibid. ibid. ibid. 861. 285. 246. 640. 1141. ibid. 99. 1183. 268. 269. ibid. 270. 271. 272. 903. 750. 620. 1052. 1053. ibid. ibid. 779. ibid. 623. 624. ibid. ibid. 97. 666. 869. 588. 840. 372. 26. 423. 424. ibid. 425. 426. 1097. 496. ibid. 757. 430.</p>
--	---	--	--

L. Si

Index Alphabeticus

<p><i>L. Si cum uno</i> 22. De except. rei jud. <i>L. Sicut aliud est</i> 1. De rer. permut. <i>§. Unde</i> <i>§. Item</i> <i>§. Ideoque</i> <i>§. Igitur</i> <i>L. Sicut emptio</i> 20. Locat. & conduct. <i>§. Sed donationis</i> <i>§. Interdum</i> <i>L. Sicut non</i> 6. De itinere, actusq. priv. <i>L. Si debitor</i> 7. Quæ in fraud. <i>L. Si de interpretatione</i> 37. De legib. senatusque cons. <i>L. Si domum</i> 45. Locati. <i>§. Si hominem</i> <i>L. Si donata res</i> 36. De donat. inter virg. & uxor. <i>§. Sponsus</i> <i>L. Si duo rei</i> 5. Si quis caution. <i>§. Item</i> <i>§. Etque</i> <i>L. Si duo rei</i> 128. De verb. oblig. <i>L. Si duo rei</i> 34. De recep. arb. <i>§. Semel commissa</i> <i>L. Si duobus</i> 37. De milit. testam. <i>L. Si duorum fundorum</i> 42. De act. empt. <i>L. Si ego hac mente</i> 24. De neg. gest. <i>L. Si ego tibi</i> 6. Quod vi, &c. <i>L. Si emancipatus</i> 6. De bon. poss. cont. tab. <i>§. Quod si</i> <i>§. Nepote</i> <i>§. Filio</i> <i>§. Si filius</i> <i>L. Si eo loco</i> 9. Si serv. vind. <i>§. Item Julianus</i> <i>§. Qui latiore</i> <i>L. Si eum, qui</i> 5. De excrc. act. <i>§. Penult.</i> <i>L. Si & rem</i> 22. De petit. hered. <i>L. Si ex duobus</i> 17. De noxal. act. <i>§. Si plures</i> <i>L. Si ex stipulatione</i> 5. De Acquir. possess. <i>L. Si familia</i> 9. De jurisd. omn. jud. <i>L. Si filius</i> 12. De interrog. in jur. faciend. <i>§. Exceptionibus</i> <i>L. Si filius</i> 5. Rem pupil. &c. <i>L. Si filiusfam.</i> 39. De test. mil. <i>L. Si filiusfam.</i> 5. Quod cum eo, qui in alie. potest. <i>§. Si filio</i> <i>§. Sed si</i> <i>L. Si filiosam.</i> 25. Solut. matrim. <i>§. Maritum</i> <i>§. Si post</i> <i>§. Si qui</i> <i>§. Si vir</i> <i>L. Si filiosam.</i> 2. Quar. rer. act. non datur. <i>§. Si in alea</i> <i>§. Si servus</i> <i>L. Si fundo</i> 53. De evict. <i>§. Si cum</i> <i>L. Si heres</i> 5. De eo, quod certo loc. <i>§. Si tamen</i> <i>L. Si hereditatem</i> 4. De petit. hered. <i>L. Si id, inquit</i> 2. Quod fals. tut. auctor. <i>L. Si id, quod pure</i> 7. De rescind. vend. <i>§. Si pupilli</i> <i>L. Si in adoptionem</i> 11. De bon. poss. cont. tab. <i>§. Exemplo</i> <i>L. Si in emptione</i> 34. De contr. empt. <i>§. Omnium</i> <i>§. Liberum</i> <i>§. Item si</i> <i>§. Rei sua</i> <i>§. Alia</i> <i>§. Si emptio</i> <i>§. Tutorem</i></p>	<p>455. 500. ibid. ibid. 501. ibid. 521. ibid. ibid. 804. 786. 879. 333. ibid. 558. ibid. 813. ibid. ibid. 1082. 193. 194. 1047. 915. 366. 805. 603. ibid. ibid. ibid. 604. 313. 314. 315. 429. ibid. 262. 328. 329. 797. 31. 208. ibid. 869. 1062. 437. ibid. ibid. 561. 562. 563. ibid. ibid. 830. ibid. ibid. 871. ibid. 402. ibid. 13. 170. 997. ibid. 604. ibid. 504. 506. ibid. ibid. ibid. 507. 508. ibid.</p>	<p><i>L. Si in lege</i> 24. Locat. & conduct. <i>§. Si colonus</i> <i>§. Si domus</i> <i>§. Sed &</i> <i>§. Colonus</i> <i>§. Qui in plures</i> <i>L. Si in rem actum sit</i> 6. De rei vindic. <i>L. Si in pignore</i> 54. De fidejuss. <i>L. Si in re communi</i> 19. De noxal. act. <i>§. Si servi</i> <i>§. Si servus</i> <i>L. Si in singulos</i> 4. De ann. legat. <i>L. Si intercedat</i> 1. De ser. urb. præd. & alias 21. De ser. <i>§. Si usufructus</i> <i>L. Si insulam</i> 84. De verb. oblig. <i>L. Si is, cujus</i> 31. Ex quib. caus. major. <i>L. Si is, qui obtulit</i> 7. De rei vind. <i>L. Si is, qui solvendo</i> 7. De hered. instit. <i>L. Si is, qui tres</i> 31. De excus. tut. <i>§. Idem</i> <i>§. Illa</i> <i>§. Eum</i> <i>§. Caterum</i> <i>L. Si ita legatum</i> 103. De condit. & demonst. <i>L. Si ita pater</i> 10. De rit. nupt. <i>L. Si ita stipulatus</i> 126. De verb. obligat. <i>§. Titius</i> <i>§. Chryfogonus</i> <i>§. Si ita</i> <i>L. Si ita stipulatus</i> 55. De fidejuss. <i>L. Si laborante</i> 2. Ad leg. Rhod. de jactu. <i>§. Si conservatis</i> <i>§. Cum in eadem</i> <i>§. Si navis</i> <i>§. Portio</i> <i>§. Servorum</i> <i>§. Si quis</i> <i>§. Si res</i> <i>§. Res autem</i> <i>L. Si legati</i> 28. De pignor. <i>L. Si legatum</i> 2. De edend. <i>L. Si liber homo</i> 36. De neg. gest. <i>L. Si locatum</i> 42. Locat. & conduct. <i>L. Si locus</i> 34. De relig. & sump. fun. <i>L. Si mandatu</i> 59. Manda. vel contra. <i>§. Ille illi</i> <i>§. Paulus</i> <i>L. Si mandavero</i> 22. Manda. vel contr. <i>§. Item</i> <i>§. Interdum</i> <i>§. Si hi</i> <i>§. Julianus</i> <i>§. Is, cujus</i> <i>§. Qui eadem</i> <i>§. Si tibi</i> <i>§. Si mandaverim</i> <i>§. Fugitivus</i> <i>§. Si curator</i> <i>§. Sicut</i> <i>L. Si modo</i> 22. De usur. <i>L. Si mulier contra</i> 21. De eo, quod met. caus. <i>§. Quod metus</i> <i>§. Qui possessionem</i> <i>§. Si dos</i> <i>§. Si metu</i> 1. <i>§. Si metu</i> 2. <i>L. Si mulier</i> 21. Rer. amor. <i>§. Si servus</i> <i>§. At si in dotem</i> <i>§. Rerum</i> <i>§. Commodi</i> <i>§. Hac actio</i> <i>§. Nec viro</i> <i>L. Si mulier</i> 9. Testam. quemad. aper.</p>	<p>523. 525. ibid. ibid. 526. 528. 99. 947. 329. ibid. 332. 787. 308. ibid. 854. 689. 154. 762. 1034. 1035. ibid. ibid. ibid. 1100. 539. 965. 966. 968. ibid. 1090. 529. 533. 535. 536. ibid. ibid. 538. 539. ibid. 949. 35. 973. 198. 797. 849. ibid. ibid. 461. ibid. ibid. 466. 467. ibid. 468. ibid. 469. 470. ibid. 472. 566. 143. ibid. 144. ibid. 145. ibid. 170. 171. ibid. 172. ibid. ibid. ibid. 632.</p>
---	---	---	---

L. Si

LEGUM, ET PARAGRAPHORUM.

<p><i>L. Si nepos</i> §. De conjung. cum emanc. 1182. <i>L. Sin autem</i> 27. De rei vind. §. Possidere 293. §. Si homo 295. §. Sed & is 296. §. Si per filium 297. §. In rem petitam 297. <i>L. Si non expedierit</i> 6. De reb. auct. jud. poss. 768. §. Si pupillus 769. §. Quod ergo 769. <i>L. Si ob turpem</i> 8. De condic. ob tur. cau. 936. <i>L. Singulis</i> 6. De except. rei judic. 819. <i>L. Si optione</i> 10. Ad exhibend. 373. <i>L. Si patronus</i> 45. De bonis libert. 1064. <i>L. Si patronum</i> 44. De bon. libert. 1024. §. Patronus 1025. §. Si ex bonis 1025. <i>L. Si pater dotem</i> 12. De pact. dotal. 553. §. Ex pactis 553. §. Si mulier 554. §. Si fundo 554. §. Si pacta 554. <i>L. Si petitor</i> 8. Judic. solvi. 855. <i>L. Si pignori</i> 29. Famil. ercisc. 359. <i>L. Si plures heredes</i> 9. De vi, & vi arm. 799. §. Dejectum 799. <i>L. Si plures simul</i> 2. De pop. act. 14. <i>L. Si plures sint</i> 9. De pact. 785. §. Cumulum 785. §. Summæ 785. <i>L. Si pœnam</i> 18. De verb. oblig. 27. <i>L. Si possessor</i> 32. De relig. & sump. fun. 385. §. Si eodem 385. <i>L. Si possideam</i> 2. Pro legato. 749. <i>L. Si post datum</i> 14. De procur. 104. <i>L. Si post moram</i> 10. De eo, quod certo loco. 975. <i>L. Si posteaquam</i> 43. De peculio. 443. <i>L. Si præcedente</i> 58. Manda. vel contra. 984. §. Lucius 984. <i>L. Si prægnans</i> 42. De evict. 689. <i>L. Si procurator</i> 9. De doli except. 477. <i>L. Si pro te præsentem</i> 40. Manda. vel contra. 134. <i>L. Si publicanus</i> 4. De public. & vectig. 687. §. De rebus 688. §. In omnibus 688. <i>L. Si pupillus</i> 43. De adm. & peric. tut. 1098. <i>L. Si pupillus</i> 4. De tribut. act. 434. <i>L. Si pupillus</i> 21. Ad leg. Falcid. 1091. §. Si ego 1092. <i>L. Si quasi</i> 16. De hered. vel act. vend. 510. <i>L. Si quis ab alio</i> 7. De calumn. 137. & 139. §. Si ut filiosam. 149. §. Cum Publicanus 149. <i>L. Si quis alienam</i> 46. De act. empt. 1146. <i>L. Si quis creditorem</i> 14. Quib. ex caus. in possess. eatur. 921. §. Sed si 921. §. Creditor 921. <i>L. Si quis cum</i> 29. Comm. divid. 906. §. Pomponius 906. <i>L. Si quis delegaverit</i> 12. De novat. 456. <i>L. Si quis dolo</i> 2. Si quis aliq. test. prohib. 630. §. Fratris 630. §. Si fidei 631. <i>L. Si quis enim</i> 40. De relig. & sump. fun. 924. <i>L. Si quis hac lege</i> 3. De serv. export. 680. <i>L. Si quis inficiatus</i> 13. Depos. vel contra. 452. §. Competit 452. <i>L. Si quis interrogatus</i> 8. De interrog. in jur. fac. &c. 332. <i>L. Si quis legaverit</i> 72. De legat. 1. 654. <i>L. Si quis mancipiis</i> 17. De institor. act. 431. §. Si servum 433. §. Si impubes 433. §. Ejus 433. §. Proculus 433.</p>	<p><i>L. Si quis</i> 23. De neg. gest. 259. <i>L. Si quis</i> 25. De nego. gest. 383. <i>L. Si quis prægnantem</i> ult. De collat. bon. 619. <i>L. Si quis pro eo</i> 46. Manda. vel contra. 852. <i>L. Si quis pro eo</i> §6. De fidejuss. 1112. §. Item si 1113. §. Si nummos 1113. §. Pro furii 1114. <i>L. Si quis rem</i> 30. De recept. arb. 183. <i>L. Si quis servo</i> 84. De legat. 2. 1133. <i>L. Si quis servum</i> 7. Si quis caution. 815. <i>L. Si quis societatem</i> 74. Pro socio. 790. <i>L. Si quis solutioni</i> 24. De usur. 567. §. Cum reus 567. §. Mora videtur 569. <i>L. Si quis sub conditione</i> 1. De curat. bon. dand. 763. §. Quod si nihil 763. §. Sed si grave 763. <i>L. Si quis sub hoc</i> 56. De contrah. empt. 680. <i>L. Si quis testamento</i> 81. De leg. 2. 1063. <i>L. Si reliquero</i> 8. De legit. tutor. 580. <i>L. Si res mobilis</i> 10. De rei vindic. 282. <i>L. Si semel</i> 26. De peculio. 442. <i>L. Si servus ante</i> 48. Ad leg. Aquil. 582. <i>L. Si servus</i> 11. Judicat. solvi. 855. <i>L. Si servus depositus</i> 22. De noxal. act. 228. §. Is qui 229. §. Quod est 229. §. Dominus 230. §. Si negavit 230. <i>L. Si servus mancipium</i> 57. De ædil. edict. 1018. §. Quod si 1018. <i>L. Si servus quem pen.</i> Commod. vel contra. 333. <i>L. Si Servus</i> 14. De adquir. possess. 811. §. Tutore 811. <i>L. Si servus rapuerit</i> 3. De vi bon. rapt. 750. <i>L. Si servus</i> 4. De reb. auct. jud. possid. 764. §. Si quis 764. <i>L. Si servi</i> 10. Ususfruct. quemad. cav. 592. <i>L. Si servo</i> 26. De adim. leg. 1065. §. Quid ergo 1065. <i>L. Si servo</i> 84. De hered. instit. 1144. §. Idem 1144. §. Item 1144. <i>L. Si servum</i> 17. De accusation. 1184. <i>L. Si sine dolo</i> 20. Depos. vel contra. 237. <i>L. Si sint pen.</i> De tab. exhib. 818. <i>L. Si socer</i> 44. Solut. matrim. 1022. §. Lucius 1023. <i>L. Si socius</i> 16. De reb. cred. 493. <i>L. Si socii sumus</i> 28. Pro socio. 780. <i>L. Si statua</i> 27. De injur. 386. <i>L. Si sterilis</i> 21. De action. empt. 515. §. Si prædii 515. §. Quamvis 516. §. Cum per 516. §. Si tibi 517. §. Sed & si 517. §. Qui domum 518. <i>L. Si Sticho</i> 53. De peculio 1084. <i>L. Si stipulatus</i> 76. De verb. oblig. 238. §. Cum stipulamur 239. <i>L. Si sub impossibili</i> 29. De fidejuss. 240. <i>L. Sit actio</i> 4. De dolo malo. 145. <i>L. Si tamen</i> 11. De procur. 104. <i>L. Si tantum</i> 12. Ad S.C. Maced. 440. <i>L. Si testamento</i> 31. De servit. urb. præd. 639. <i>L. Si tibi alienam</i> 7. Locat. & conduct. 519. <i>L. Si tibi decem</i> 17. De pact. 54. §. Quædam 55. §. De pignore 56. §. Si quis 56. §. Si pactus 57.</p>
---	---

Ad

Index Alphabeticus Legum, & Paragraphorum.

<p><i>Ad vers. & hoc Julianus</i> 58. <i>§. Pactum</i> 59. <i>§. Cum possessor</i> 60. <i>§. Filius</i> ibid. <i>L. Si tibi</i> 8. <i>Usuf. quemad. cav.</i> 864. <i>L. Si Titio</i> 22. <i>De pign. & hyp. &c.</i> 1186. <i>L. Si tutor</i> 17. <i>De auct. & conf. tut.</i> 97. <i>L. Si tutoris jussu</i> 2. <i>Quod jussu.</i> 445. <i>§. Si jussu domini</i> ibid. <i>§. Si jussu meo</i> ibid. <i>L. Sive autem</i> 12. <i>De leg. præst.</i> 607. <i>L. Sive de itineris</i> 6. <i>Si men. fal. mod. dix.</i> 367. & 372. <i>L. Si vendideris</i> 9. <i>De evict.</i> 871. <i>L. Si vero mala fidei</i> 12. <i>De rei vind.</i> 282. <i>L. Si vero mihi</i> 8. <i>De constit. pec.</i> 406. <i>L. Si via, iter</i> 26. <i>De servit. rust. præd.</i> 638. <i>L. Si unus ex argentariis</i> 27. <i>De pact.</i> 66. <i>§. Si cum reo</i> 73. <i>§. Pactus</i> ibid. <i>§. Illud</i> 76. <i>§. Pacta</i> 77. <i>§. Si cum</i> 79. <i>§. Sed si stipulatus</i> 80. <i>§. Sed si generaliter</i> ibid. <i>§. Item si</i> 81. <i>§. Si acceptilatio</i> 82. <i>§. Servus</i> ibid. <i>L. Si unus ex sociis</i> 67. <i>Pro socio.</i> 493. & 494. <i>§. Si unus</i> 494. <i>§. Si quid</i> 495. <i>§. Non alias</i> ibid. <i>L. Si usufructus</i> 21. <i>Quib. mod. usuf. amit.</i> 1167. <i>L. Si usufructum</i> 23. <i>De liberali causa.</i> 682. & 683. <i>§. In summa</i> ibid. <i>§. Si mater</i> ibid. <i>L. Si vulneraveris</i> 43. <i>Loca. & condu.</i> 316. <i>L. Si uxor</i> 28. <i>Rer. amot.</i> 1032. <i>L. Societas coiri</i> 1. <i>Pro socio.</i> 479. <i>§. In societate</i> ibid. <i>L. Solet à principe</i> 10. <i>De his, qui not. infam.</i> 102. <i>§. Quæ virum</i> ibid. <i>L. Solent enim</i> 2. <i>De aleat.</i> 257. <i>§. Senatusconsultum</i> ibid. <i>L. Spatiumque</i> 5. <i>De edendo.</i> 35. 36. <i>L. Sponsio</i> 7. <i>De verb. signific.</i> 30. <i>L. Statuliberos</i> 25. <i>De statulib.</i> 1197. <i>L. Stichum</i> 55. <i>Ad leg. Aquil.</i> 1139. <i>L. Subsignatum</i> 39. <i>De verb. signific.</i> 690. <i>§. Bona</i> ibid. <i>§. Detestari</i> ibid. <i>§. Incertus</i> ibid. <i>L. Substitutio</i> 42. <i>De acquir. rer. dom.</i> 163. <i>L. Sub diversis</i> 51. <i>De cond. & demonst.</i> 1172. <i>L. Supra iter</i> 11. <i>De aqu. pluv. arc.</i> 672. <i>§. Cassius</i> 673. & 674. <i>§. Apud Ferozem</i> ibid. <i>§. Officium</i> 676. <i>§. Quod si</i> ibid. <i>§. Si ex privato</i> 678. <i>§. Trebatius</i> ibid.</p>	<p><i>§. Injuriarum</i> 160. <i>§. Si libertate</i> ibid. <i>§. Item cum</i> ibid. <i>L. Tutor ad utilitatem</i> 22. <i>De adm. tut.</i> 53. <i>L. Tutor incertus</i> 20. <i>De testam. tut.</i> 579. <i>§. Testamento</i> ibid. <i>L. Tutor lege</i> 16. <i>De pign. act.</i> 420. <i>§. Contrarium</i> 421. <i>§. Etiam</i> ibid. <i>L. Tutor pupilli</i> 35. <i>De jurejur.</i> 216. & 227. & 402. <i>§. Prodigus</i> 216. & 228. & 402. <i>§. Qui non</i> ibid. <i>L. Tutor, qui</i> 10. <i>De auct. tut.</i> 368. <i>L. Tutor, vel curator</i> 36. <i>De rit. nupt.</i> 1020. <i>L. Tutoris quoque</i> 15. <i>De pact.</i> 53.</p>
V	
<p><i>L. Ubi domicilium</i> 2. <i>De reb. auct. jud. possid.</i> 750. <i>L. Ubi Ubicumque</i> 105. <i>De regul. jur.</i> 17. <i>L. Ubi non voce</i> 224. <i>De regul. jur.</i> 206. <i>§. Furiosus</i> ibid. <i>L. Vel ab eo</i> 2. <i>De dolo malo.</i> 145. <i>L. Vel alium</i> 10. <i>De recept. arb.</i> 176. <i>L. Vel filiorum</i> 4. <i>De jurejur.</i> 214. <i>L. Vel in operis</i> 36. <i>De procur.</i> 108. <i>L. Vel judicio</i> 20. <i>De procur.</i> 105. <i>L. Vellejano</i> 1. <i>Ad SC. Vellej.</i> 446. <i>§. Nam ficut</i> ibid. <i>§. Equum</i> 447. <i>L. Vel luxuriosum</i> 2. <i>De ser. cor.</i> 249. <i>L. Vel mortis causa</i> 2. <i>De publ. in rem act.</i> 240. <i>L. Vel per literas</i> 2. <i>Si men. fal. mod. dix.</i> 370. <i>§. Sed si ego.</i> ibid. <i>L. Vel qua in usum</i> 7. <i>De pign.</i> 809. <i>L. Vel similem</i> 5. <i>De alien. jud. mut. caus. fac.</i> 163. <i>L. Vel solvendi</i> 4. <i>De publ. in rem act.</i> 240. <i>L. Vel totum</i> 2. <i>De tab. exhib.</i> 798. <i>L. Veluti cum lege</i> 77. <i>Pro soc.</i> 987. <i>L. Veluti si</i> 7. <i>De edend.</i> 35. 36. <i>§. Hac vox.</i> ibid. <i>L. Veluti si in dotem</i> 23. <i>De relig. & sumpt. funer.</i> 383. <i>L. Venditor hereditatis</i> 21. <i>De hered. vel act. vend.</i> 1121. <i>L. Veniunt in hoc</i> 9. <i>Fam. ercisc.</i> 341. <i>L. Ventri</i> 20. <i>De tutor. & curat. datis, &c.</i> 1188. <i>§. Curatorem</i> ibid. <i>L. Verbum oportebit</i> 8. <i>De verb. signif.</i> 46. <i>§. Actionis</i> ibid. <i>L. Verum est</i> 3. <i>De bon. poss. sec. tab.</i> 623. <i>L. Videamus</i> 17. <i>Quod metus causa.</i> 885. <i>L. Vinum, quod mutuum</i> 22. <i>De reb. cred.</i> 325. <i>L. Unde si Nerva</i> 79. <i>Pro soc.</i> 987. <i>L. Voluntate</i> 10. <i>Quib. mod. pign. vel hypo. solv.</i> 959. <i>§. Creditor</i> ibid. <i>L. Urbis appellatio</i> 2. <i>De verb. signif.</i> 15. <i>L. Usurpatio</i> 2. <i>De usurp. & usucap.</i> 719. & 803. <i>L. Usufructus in multis</i> 4. <i>De usuf. & quemad. &c.</i> 27. <i>§. Et extat</i> 23. <i>L. Ut quandoque</i> 9. <i>De capit. minut.</i> 160. <i>L. Ut scriptus</i> 12. <i>De bon. poss. sec. tab.</i> 1049. <i>L. Ut tamen merx</i> 2. <i>De tribut. act.</i> 434. <i>L. Ut tantum veniat</i> 14. <i>De ser. cor.</i> 252. <i>§. De filio</i> 254. <i>§. Si servus</i> ibid. <i>§. Si is</i> ibid. <i>§. Pignoris</i> 255. <i>§. In hac actione</i> ibid. <i>§. His consequenter</i> ibid. <i>§. Item non solum</i> ibid. <i>§. Estimatio</i> ibid. <i>§. Interdum</i> ibid. <i>L. Utique autem</i> 16. <i>De rei vind.</i> 284. <i>§. Culpa</i> ibid. & 303. <i>L. Utique</i> 22. <i>De recept. arb.</i> 180. <i>L. Vulneris magnitudo</i> 8. <i>De injur.</i> 755. <i>L. Uxor marito</i> 55. <i>De donat. int. vir. & uxor.</i> 1030. <i>L. Uxores viri</i> 9. <i>De iis, qui not. infam.</i> 90.</p>	<p style="text-align: right;">GRÆ-</p>
T	
<p><i>L. Tenetur Faviana</i> 5. <i>Si quid in fraud.</i> 625. <i>§. In actione</i> ibid. <i>L. Titius cum decederet</i> 43. <i>De act. emp.</i> 1001. <i>L. Titius, qui</i> 21. <i>De jur. fisc.</i> 961. <i>L. Titius servum</i> 9. <i>De ser. expo.</i> 998. <i>L. Titio cum morietur</i> 15. <i>De usufruct. & quemad. &c.</i> 1196. <i>L. Trebatius</i> 25. <i>De damn. infect.</i> 872. <i>L. Tutela est</i> 1. <i>De tutel. s.</i> 577. <i>§. Tutores</i> ibid. <i>§. Mutus</i> ibid. <i>§. Surdum</i> 579. <i>L. Tutelas etiam</i> 7. <i>De capit. min.</i> 559.</p>	

G R Æ C A R U M D I C T I O N U M

Quæ continentur in hoc Secundo Tomo
Operum Postumorum .

I N T E R P R E T A T I O H A C T E N U S D E S I D E R A T A .

Pag. 7. ἐπὶ τὸ δέσπομαι, ad dominium obtinendum.

pag. 8. ἀορίστος, interminatè. *bis ead. pag.*

pag. 9. στεφγγαλίζην, obtorquere.
ἀπὸ πυλῶνος, ἢ λυτρῆς, ἢ θεατρῆς, à janua à balneo, & theatro.

pag. 28. στωϊκώτερον, secundum stoicos, subtilius;

pag. 30. τὸ τυχόν ἔργον, quaecunque opus.

pag. 32. προσδιορισμός, restrictio, limitatio.

pag. 36. πρὸς Τιμόθεον, ad Timotheum.
οἱ τραπεζίται εἰσάθασιν ὑπομνήματα ἑκφέρειν ἄν, &c. solent argentarii monumenta, commentarios edere eorum, quæ &c.

pag. 40. κολληβιστῶν, trapezitæ.
κέρμα, nummulus, ærusculus;

pag. 44. ἀμφίβολα, dubia.

pag. 45. τὸ κλονόμενον, subjectum.
περὶ τῆς ἀνὴρ βολῆς, de qua re agitur;

pag. 48. τὰ παλαιὰ συμβολαῖα τῶν κροσφιλότων ἑκαμψῆν, vetera creditorum monumenta combussit.

pag. 50. συνθήσασ, &c. fœdera inire.

pag. 64. τῆ δυνάμει, vi ipsa. *pluries ead. pag.*

pag. 65. τῆ ἐνεργείᾳ. Τῆ δυνάμει, actu, potestate, vi ipsa.

pag. 66. τῆ δυνάμει, vi ipsa. *bis ead. pag.*

pag. 75. φαίνεσθαι, ἢ ἀναφαίνεσθαι παροχρησῆμα, comparere, sive existere statim.
εἰ συνήνευσεν, ἢ ἐν τῷ δευτέρῳ συμφωνῶν, modo & posteriori pacto annuerit.

pag. 77. τῆ δυνάμει, vi ipsa, potestate.
ἰσοδυναμεῖν, parem vim habere.
ἰσομερίας, ἰσονομίας, æquæ divisionis, æquæ distributionis.

pag. 78. ὁμοίως τὰς ἐν τοῖς λόγοις ὁμολογίας, ὡσπερ τὰς ἐν τοῖς ὅρκοις, pariter in sermonibus, quæ profiteretur, ac in sacramentis.

pag. 79. ἰσοδυναμεῖσάν, parem vim habentem.

pag. 84. ὡς τὴν μέλλουσαν συμβῆσθαι ζημίαν; tanquam damnum, quod futurum est.

pag. 85. παχυμερῶς, non subtiliter.

pag. 88. Ἐστὶν δὲ μήτηρ φίλος τέκνω μᾶλλον, est filio mater admodum amica.
Μήτηρ μὲν τ' ἐμὲ φησι τῶ ἐμμεναι, me quidem mater ipsius esse dicit.
Ἀντοκαστηνῆτα, τὴ μοι μίᾳ γενέσθαι μήτηρ, Germanos, quos una mihi genuit mater.
Μὴ με κτείν', ἐπεὶ εἶχ' ὁμογάστρου Ἑκτορός εἰμι, ne me interimas, uterinus enim Hectoris frater non sum.
Ὅς τοι ἐταῖρον ἐπέσεν ἐνήεα τι κροσφιλόν τε, Qui mitem tibi interfecit, ac fortem focium,

ἐπιμήτρως ἕδεις ἐκποιητός; nemo adoptivus matris.

pag. 92. διὰ τῆς γοῆς ἀδελίαν, ob incertum generis.

pag. 97. ἐνστάσει, ἀντιπαροστάσει, pugnaci contentione, obfilitentia.
ἐνστάσει, ἀντιπαροστάσει, contentio pugna; depulsio.

pag. 105. διδασιν, dat.

pag. 113. ἀμηχανία, rerum difficultas;

pag. 118. ἢ κινῶν ἕτερος μετὰ ταῦτα, ἐκβάλλεται δὲ ἀλλοπαροστροφῇ, aliusque postea litem instituens, repellitur except. doli.

pag. 129. κἂν μὴ ἴω ἢ διοίκησις ἠγομένη, licet conexa non sit administratio.
ἢ διοίκησις ἐχρησίσθη, administratio separata est.

pag. 144. στεφγγαλιᾶς βιαίων συναλλαγμάτων, laqueos contractuum vi factorum.

pag. 160. νόμος τινέντος, lege lata.

pag. 179. τὸν ψήφον, sententiam.
πολυπροσγμονῆν, investigare sedulo;

pag. 182. ἐπιγραφῶν, inscriptionem.

pag. 188. ἀπροσώπος, sine persona.

pag. 189. κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, prima ratione.
pluries ead. pag.
φλέγμονας, inflammationes.
κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, ἐφ' αὐτὰ, ἢ ἀμέσως, ἀλλὰ κατὰ τὸν δεύτερον λόγον, prima ratione, vi sua, & sine medio, sed secunda ratione.
πλοκή, implicatio. *bis ead. pag.*

pag. 190. δικαζόμενον, ἐδικάζοντα, in iudicium vocatum, non vocantem.

pag. 191. συνδικαστής, alius arbiter, qui simul iudicat.

pag. 193. τῆ δυνάμει, vi ipsa. *bis ead. pag.*

pag. 194. σχῆμα, figura.

pag. 195. αἵρέσεως, haeresis;

pag. 196. ναυφυλάκας, navis custodes. *pluries ead. pag.*
χειρῆβολον, manus injectio. *pluries ead. pag.*
μισσαντιῶν, nautarum in media nave remos agentium.
μηχανικοῖς, mechanicis;

pag. 214. κατ' ὁμῶν, ἢ κατὰ παιδῶν ὑμῶναι, per vestrum, vel liberorum caput jurare.

pag. 216. πρὸς ἀντιδιαστολλῶν, ad differentiam.

pag. 217. ἀδεκτον δικαστηρίῳ, ἢ ἀπρόσωπον, iudicii suscipiendi incapax, & sine persona.

pag. 220. ὁμοιότητα, similitudinem.
ταυτότητα, identitatem.

pag. 223. κλέπτει, furis, ἀπὸ τῆς κλύπτειν, ab abscondere.

pag. 230. ψυχῇ δεσπόζοντος, animo domini;

pag. 248. τὸ ἀνάλογον αὐτοῖς, portionem ipsis pro rata.

Græcarum Dictionum

- pag. 249. κλέπτῃ δὲ τῆ ὕλητος ἡμίονα , furi autem no-
ctæ utiliozem .
ἄστων , perditum .
- pag. 250. καταδρομον , funem decurforium .
ἐν πρὸς ἐν , unum ad unum .
- pag. 255. εἰ δίδουαι , &c. non datur extra rem du-
plum .
- pag. 257. ἀνάκοφαι , impedire , retinere .
- pag. 258. πεντάθλυ , quinquertii .
παγκρατίον , παμμαχίον , pancratium .
- pag. 270. κατὰ φυσικῶ φθορῶν , κατ' εἰκην μοῖραν ,
ex naturali corruptione , sua morte .
- pag. 272. ὑπερβολικῶς , per exuperantiam .
- pag. 288. ἐμβλημα , emblema , valis ornamentum ,
quod avelli potest .
ὑπεροχῶ , præstantiam :
- pag. 289. πνεύματος τινὸς διὰ πάσης εἰσίας διοικῶντος ,
quodam spiritu per naturam omnem
permeante .
διηρημένα , diffita , disjuncta .
- pag. 292. ἐμβλημα , Emblema .
- pag. 295. ἐγγεγραφὸν διαμαρτυρίαν , scriptam testatio-
nem .
- pag. 296. κατὰ παρακολουθίαν , per sequelam .
- pag. 299. καλλιγράφοι , bene scribentes , librarii .
εὐπρεπῶς , decenter .
- pag. 304. διάλυτον , ἀσύνθετον , solutum , incomposi-
tum .
- pag. 305. ἐμβατευτικόν , superficiarium . pluries ead. pag.
ἐμφυτευτικόν , emphyteuticum .
ἐμβατεύειν , ἐμβατεύσαι , descendere , inam-
bulare .
ἢ ἐπορεύθησαν ἐμβατεύσαι πτω γῆν , & pro-
fecti sunt descendere , pedem ponere
in terram .
- pag. 308. ἐμβατευτικόν , superficiarium .
- pag. 309. ἀμηχανία , rerum difficultas .
- pag. 316. πολυάνδρα , coemeteria .
- pag. 317. πλοκίω , implicationem .
ἀπὸ τῆ κοινῆ , ex communi .
- pag. 323. ἐκσφύλλωαι τὸν ὄφθαλμόν , oculum effun-
dere .
- pag. 337. ἐργασμένοι , αὐτομαίτες , qui industria per-
cipiuntur , qui ultro promanant .
- pag. 338. αὐτομαίτες , qui sua sponte promanant .
- pag. 342. ἢ ἀναστρέφει ὁ λόγος , non convertitur fermo .
- pag. 360. εἰς τὸ ἐναρρῖσασθαι ὄλον τὸ ἐνέχυρον , ut
luat totum pignus .
- pag. 361. εἰ μὴ ἄρα ὑπὲρ τὸ δέον ὑπερθέματισεν , nisi
quidem supra iustum pretium licitus sit .
- pag. 362. θετικῶς , συγκρητικῶς , positive , compa-
ratè .
- pag. 374. κέρδος ἐστὶν ἢ τῆ σκοπῆ ἀποπλήρωσις , lu-
crum est ad scopum pervenire .
- pag. 381. ἀμφίβωλα , dubia .
- pag. 390. μονόπλευρος , διπλευρος , qui ex altera par-
te parit obligationem , qui ex utra-
que .
- pag. 392. ἐν προχρείᾳ , in promutuo .
- pag. 394. συγκρητικῶς comparatè .
- pag. 395. κιστοφόροι , cistoferos .
σφραγιότηριον , Iconium .
χαρακτήρ , Character .
- pag. 401. ἀντινομασία , nota , quæ sit vice nomi-
nis .
- pag. 405. φάσμα , visio , spectrum .
- pag. 419. ἢ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων ἐκείστος , contra-
ctuum initium voluntarius .
- pag. 421. ἀνυπόθετον , non obnoxium .
ἐμβατευτικόν , superficiarium . pluries ead.
pag.
- pag. 422. ἐμφυτευτικόν , ἐνοικικόν , Emphyteuticum ,
superficiarium .
- pag. 423. προσημείωσις , prælationis . pluries ead. pag.
- pag. 430. ὡς ὑποδοχεὺς τῶν κερῶν , tanquam fru-
ctuum susceptor .
- pag. 447. πλείστα τῶν λειτουργημάτων , pleraque mune-
rum publicorum .
- pag. 448. Οὐκ ἐστὶν ἐν γυναικὶ πλείστη χάρις , non
multa est in muliere gratia .
- pag. 449. ἀναφορῶν , regressum . pluries ead. pag.
Ἀλλ' ἐστὶν ἡμῖν ἀναφορῶ τῆς συμφορῆς ,
sed nobis est regressus ad calamita-
tem .
ἀπατάμεναι , ἀπατώσαι , deceptæ , decipien-
tes .
- pag. 459. ἀντίδωρον , remuneratio .
- pag. 479. εἰς ἀπέραντον , in infinitum .
- pag. 483. ἐπὶ διαλύσει τῆς κοινωνίας , ad diftrahen-
dam societatem .
- pag. 487. περὶ τῶν ἀπιόντων εἰς Ἱεροσόλυμα , de in-
Hierusalem migrantibus .
Θεὸ προσεγγυσμὸν τοπικὴ μεταθέσις ἢ κατε-
ργάζεται , ad Deum accedere loci trans-
mutatio non efficit .
διὰ δημοσίαν ἀποδημίαν , ob publicam pro-
fectionem .
- pag. 489. πῶρῶ τὰ φρύγῶν , ἢ περῶν ἐστὶν ὄριασματα ,
Phrygum , & Persarum termini longè
absunt .
- pag. 491. ἀναλόγως , pro rata .
- pag. 492. κατ' ἐξαιρέτον , per præstantiam .
- pag. 495. τὸ δανῆσαι , ἢ εἶναι σύγκλησιν , scenerare ,
non esse converti in proprios usus .
- pag. 496. μηδὲ κασιγνήτω ἴσον ποιῆσαι ἐτάριον , nec
fratri parem amicum facito .
..... ἢ μὲν τι κασιγνήτοιο χε-
ρείων .
Γίνεταί ὅς κεν ἐτάριος εἰὼν πεπινυμένα ἐ-
δῆ , non quidem germano fratre infe-
rior est , qui socius cum sit , pruden-
ter , sapienterque noverit .
- pag. 498. ἐξ ὑποθέσεως , κατὰ συνθήκην , ex com-
muni consensu .
ὁ χαρακτήρ ἐτέθη τῷ ποσὲ σημεῖον , forma
posita est quantitatis nota .
οἶνον ἀνῦντο , οἶνον ἡγούραζον , vinum eme-
bant , vinum comparabant .
- pag. 499. ἀμείβειν , ἀλλάττειν , πείρασθαι , ἀνῆσθαι ,
permutare , mutare , emere , vendere .
Ἐνῆδιον γὰρ ἔπος εἰπῆν , βόε δὸς ἢ ἄμαξαν ,
Ἐνῆδιον δ' ἀπαυῆσθαι . Facile enim dicere
boves da , & plaustrum , facile autem
reculare .
- pag. 501. βεβαιωταὶ , προσηγοῦτες , adstipulatores , ven-
ditorum sponsores .
- pag. 503. ἑλλειψιν , ellipsin .
- pag. 504. συνάλλαγμα , contractus .
ἀνόνημον , nominis expers .
- pag. 510. ἐπώνιον , quod ob res venditas fisco infe-
rebat .
- pag. 515. ἐμφατικῶς , significanter .
- pag. 530. εὐνομία , ἢ ἡ ἐπιμέλεια πρὸς τῆ πτω ἀλλῶ
πολιτείαν , ἢ πρὸς τὰ ναυτικά , recta-
legum institutio , & cura & ad coete-
ra , quæ ad res Civitatis pertinent , &
ad nauticas .
- pag. 533. γυμνωθέντα χρήματα , res nudatas .
- pag. 534. συμβολίω , contributionem , collationem .
ἀποβολῆς γινομένης ὁ ἔμπορος πρῶτος ῥίπτει-
το , cum facienda jactura est , mercator
primus projiciat .
- pag. 535. ἀναλόγως , pro rata .
- pag. 544. ἀνόνημος , innominata , nominis expers .
συγγενῆς , cognatus .
- pag. 545. μεταφραστικῶς , interpres .
ἀνόνημος , innominata . bis ead. pag.
τῶν σημείων , signorum .

Interpretatio hactenus desiderata.

- τεκμήριον, ἀνώνυμον, σημεῖον, indicium, nomine non designatum, signum.
- pag. 548. Θεοί, Deos.
νομιζόμενος γονεὺς, οἰόμενος γονεὺς, qui creditur, qui putatur Pater.
τὸ εὐπρεπές, ἢ τὸ σεμνόν, decus, & honestum.
διὰ τὸ εὐπρεπές, honestatis gratia.
- pag. 549. μητὴρ, μητρίαις, matris, novercæ.
- pag. 552. κυριός, dominus.
- pag. 556. ὀξύμαχία, tenue jurgium.
τῷ ὀργίῳ μανίαν ὀλιγοχρόνιον εἶναι, iram furorem brevem esse.
- pag. 559. φέρε, τὸν δακτύλον λάβε, age, digitum accipe.
ἢ καταφαρῆ τὸς δακτύλους, τὰς συνθήκας ἐξεδίδουσαν, & accipit digitos, pacta, conditiones tradunt.
- pag. 564. τὸ πλάτος βασιλικῶν, extensos Basilicon libros.
- pag. 566. παρσίμα, venalia.
- pag. 567. μόνα, mora.
ὑπερθέσεως μόνης χάριν, producendi duntaxat gratia.
- pag. 570. ἢ ἐστὶν ἄξιον, æquum non est.
- pag. 579. ἀρχαϊσμον, archaïsmum.
- pag. 581. τὰ εὐφημῶ, τὰ νομιζόμενα, digna, legitima iusta.
χαρίστια, munera, quæ mutuò symposia agitantes cognati mittebant.
- pag. 582. χαρίστια, ἐφέστια, munera, quæ ultro citroque mittebantur inter cognatos, familiaria.
τὰ ὀφειλόμενα, ἀποφέρηται, debita, quæ dabantur ut ferrentur.
- pag. 584. κελαινά, Celæno, nigra.
μυθολογικῶν, mythologicis.
κλεῖπτη δὲ τὸ νυκτὸς ἀμείνω, furi autem nocte utiliore.
- pag. 586. προαίρεσις, propositum.
- pag. 594. διασαφηνική, ad aperiendum, explanandum, posita.
- pag. 598. σχεδαρίω, pugillari.
- pag. 616. ἀναλογία, partium mensura, modus.
- pag. 628. τεχνικῶς, μεθοδικῶς, secundum artem, ex artis ratione.
- pag. 638. ἀρμόζει κατὰ τὴν χρῆσιν ἔχοντος ὁ ἀκύλιος, datur contra usufructuarium Aquilia.
ἀσέλγως, sine terminis.
- pag. 640. ἐκ τῆς ἰδίας ἐραπίσεως, ἢ τῆς ψευδῆς, ἢ ἐκ τῆς τῆς πρῶτοντος ἀυθεντίας, ex propria interpretatione, dicto, sive mendacio, non ex Prætoris edicto.
- pag. 641. ἐμβατευτικόν, superficiarium.
- pag. 642. ἐμφυτεύσεως, emphyteusis.
- pag. 650. ἀλαθινόν ἐστὶν ἢ ἀπορηματικόν, certum est, non dubium.
- pag. 663. ἐν πλατεῖ, πλατυτέρον, cum laxamento, latius.
- pag. 666. περὶ ὕδατων, de aquis.
- pag. 673. παρῆλληλισμός, ejusdem, aut similis vocis repetitio.
- pag. 674. παρῆδιαζυξίς, falsa disjunctio.
- pag. 676. ἀπῶρος, inanis.
- pag. 683. ἐπῶνιον, quod ob res venditas fisco inferretur.
- pag. 688. ὀνόματι τῆς τέλης, vectigalis nomine.
- pag. 689. ἀποσπασμάτια, fragmenta.
- pag. 696. παχυμέρεστερον, crassius.
πλοκή, implicatio.
- pag. 706. ἀσέλγως, interminate, sine terminis.
διὰ τὸ ἀσέλγως, ex eo, quod fines defunt.
- pag. 708. ἢ ἐπέθηκαν, & posuerunt super caput ejus causam scriptam.

- ἔγραψε δὲ, &c. scripsit autem titulum Pilatus.
- pag. 715. κατηργμένα ζῶντα, inclusa animalia.
- pag. 753. μήτε σφοδρότερον, μήτε παροχλακρότερον, nec acerbè nimis, nec omnia prætermittens.
- pag. 754. ἐπιγράμματα, epigrammata. bis ead. pag.
- pag. 756. πρὸς τὸ παίδων πρὸς τὸ γυναικῶν, pro liberis, & pro uxoribus.
- pag. 768. πρὸς διαστολῶν, ad differentiam.
- pag. 772. τῷ καθόλου νομῶ τῶν δανιστῶν, creditorum possessionem in genere.
- pag. 776. λαμβανόμεν, accipimus.
- pag. 785. ὑπερημερίαν, ἐχέμερίαν, dilationem.
- pag. 806. εὐώδης κυπάρισσος, bene olens cupressus.
- pag. 816. πολυπροσγύμονα, curiosum, anxium.
- pag. 817. πολυπροσγύμων, curiosus.
- pag. 819. ἀμυχανίαν, rerum difficultatem.
- pag. 820. παχυτέρον, crassius, pinguius.
- pag. 826. τὸν μετὰ προκαταρξιν, qui post litem contestatam.
- pag. 830. ἀναβολαῖα, subices pedanei.
- pag. 831. πανδέκται, omnia continentes.
- pag. 832. ἀπὸ κοινῆς, ex communi.
- pag. 836. τῷ βασιλικῶν δήμῳ τὸ βουλευτήριον ἢ ἀγορῆ παρέλαβε, basilica, nempe Senatus à foro suscipitur.
- pag. 841. ζεύγμα κατ' ἑλληνικῶν, Zeugma per ellipsin.
ζεύγμα, Zeugma.
- pag. 859. προπράτωρ βεβαιωτής, sponsor, adstipulator.
- pag. 876. ἐγκληροῦσιν τῷ κληρονομίαν, ad hereditatem manus admovere.
θετικῶς, comparatè.
- pag. 879. παντὸς ἀμφισβητούμενος δικαίος, κειμήλιον εἶναι δοκεῖ κάλλιστον, ὁ χρόνος, omnis dubii juris, interpres optimus esse videtur tempus.
- pag. 883. διαθέσει, &c. proposito, gratum faciendi, non animo repetendi.
ἢ ἐν γυναικί φέρεται πλείστη χάρις, non est in muliere multa gratia.
- pag. 884. κατὰ προλήψιν, ex præsumptione.
- pag. 889. διὰ τὸ σῶμα, κατὰ τὸ σῶμα, ex corpore, secundum corpus.
- pag. 891. ἐπὶ τῷ συμφηρισμῶ, in adstipulatione, in adprobatione.
- pag. 895. ἱερῶν νόσων, sacrum morbum.
κατ' εὐφημισμὸν, boni omnis gratiæ.
ψευδομένοι δ' ἱερῶν φημιζόμεν, falsò sacrum dicimus.
- pag. 896. νόσος ἀλεθρεία, morbus noxius.
- pag. 898. μονομερῶς, una parte duntaxat præsentè.
- pag. 901. κατὰ συναρπαγίαν, per obreptionem.
οἱ γινώσκοντες τὸ ἴδιον δικαῖον, οἱ γινώσκοντες τὸ ἑαυτῶν δικαῖον, qui jus suum norunt.
- pag. 902. ἐξ ἀντιδιαστολῆς, ex adverso.
- pag. 905. ἐν ὑπονοίᾳ τῆς καταδίκης, opinione condemnati.
- pag. 909. τὸ εἰς διαίτητον καθ' αἴρεσιν δικαστήριον, judicium communi dividundo.
- pag. 913. ὁ ἐθέλων ἐκδικῆσαι, qui vult vindicare.
- pag. 917. ὡς ἐν ἐπιχειρηματί τὸ ἐναντίον, τῶ ἐναντίῳ λογισμῶ παρῆσκειν, tanquam in argumentatione contrarium, contrariæ rationis apparatu.
- pag. 924. λείψανα, reliquia.
- pag. 925. ἀτίμον εἶναι, minime decorum esse in fune- ris elatione ab amicis, &c.
ἡγεμονικόν, principale.
- pag. 930. ἰδιοχρηστέον, propria scriptura.
ἀποδῶναι τὸ ἀργύριον δόκιμον, probatum argentum reddere.
καθὼς ἔλαβες, δόκιμον ἀπόδος, prout accepisti, probatum redde.

Græcarum Dictionum Interpretatio hæcenus desiderata.

- pag. 941. συνεστῶτος τῷ δικαστηρίῳ, stante iudicio.
 pag. 955. ἀντίστροφον, reciprocum, & inversum ordinem. *pluries ead. pag.*
 ταυτολογία, ejusdem rei repetitio.
 ἀντιστρέφοντες, inversi, & reciproci ordinis.
 pag. 957. ἀντίστροφον, reciprocus ordo, & inversus: *bis ead. pag.*
 pag. 958. τῆς γεωμετρικῆς, geometricas.
 pag. 963. ἐπὶ παντῶν τῶν εἰρημένων θεμάτων, in omnibus thematibus, quæ posuimus.
 pag. 966. προθίστηρον, præposterum.
 δέκα, ἢ ἅνα δέκα, decem, & dena.
 pag. 968. ἀπροσώπως, persona non adjecta.
 pag. 970. ἀπροσώπως, persona non adjecta.
 pag. 971. ἀντινομία, legum contrarietas.
 pag. 981. ἀλλ' ἢ τοῖς βαρταῖς, sed non iis, qui graviter, &c.
 pag. 1007. εἰς δύο ἀρχάς, ad duo principia:
 ἀνονομοί, ἀκατανομάστοι, innominati, nomine non designati.
 pag. 1008. συναλλαγματος, contractus.
 συναλλαγμα, contractus.
 pag. 1010. διάψαλμα, rhythmici commutatio.
 pag. 1012. ἀντίστροφον, ordo reciprocus, & involutus.
 pag. 1014. εἰάν θλάψῃ, si læderetur.
 pag. 1020. μὴ ἀπαυτηθῆναι, non repeti.
 pag. 1027. ἀπὸ κοινῆ, ex communi.
 pag. 1030. διὰ τὴν θάλην τῶν γάμων, ob favorem nuptiarum.
 pag. 1039. διχασταὶ divisores.
 pag. 1046. παρτυμολογία, etymon tradit.
 pag. 1051. ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut plurimum.
 pag. 1083. τὸ ἴσαζον, par causa.
 τὸ ἴσαζον τῶν πραγμάτων, τὸ ἴσαζον τῶν προσόντων, parem causam negotiorum, & parem causam rerum præsentium.
 pag. 1084. τὸ ἴσαζον, æqualitas. *bis ead. pag.*
 pag. 1093. ἐλευθερία, felix instar liberorum.
 pag. 1110. τὸ μᾶλλον, magis.
 pag. 1115. μελιτροφία, alvearia.
 pag. 1118. τὸ ἴσαζον, æqualitas. *bis ead. pag.*
 pag. 1130. γεγραμμάτων, quod solvitur civitati, in quam migramus.
 pag. 1159. διὰ τὸ κατὰ τῶν συγγενῶν ἐρέσθαι, ex eo, quod à cognatis alantur.
 pag. 1171. πένης, πενχός, pauper, egenus.
 pag. 1198. ἀστεργαλον, talum.
 pag. 1200. τὸ δὲ καθ' ἕκαστον διαμερικόν, hoc quidem singula dividens.



JACOBI



JACOBI CUJACIJ J. C.

IN LIBRUM PRIMUM

PAULI

AD EDICTUM

COMMENTARII,

S E V

RECITATIONES SOLEMNES.

Anno 1584.

PRÆFATIO.



ANTE diem quartum nonarum Sextilium, quo die cœpi me onere deponere, feci in potestate vestra ut statueretis interim quid mihi esset interpretandum; & alii quidem mox accepta conditione, rogati tamen sententiam prius optarunt Codicis, cui muneri mos scholæ exigit, ut impendatur opera, librum quartum, satis jam longo tempore dicentes me extra morem, & ordinem scholæ, velui extra carceres evagatum, & vel nunc tempus esse regredi, quod dicitur, ad limen atque gradum. Quos ego, non dicam dolo, non audiebam libenter: revocabant enim me in viam vulgarem, & à me jam ter quaterque peractam, revocabant tractanda, recitanda rursus ea, quæ nescius non eram haberi inter omnes, qui juris studiosi sunt. Et multo certe gratiores mihi fuerunt, qui his supervenerunt, & me

invitavere ad libros Pauli ad edictum: jucundior enim semper fuit mihi tractatio juris, quam Constitutionum, quia, & eadem multo plus acuminis, & eruditionis, multo plus nervorum, & momenti habet. Accedit etiam, quod interpretando libros Pauli ad edictum, simul una saliva, & Ulpiani libros ad edictum interpretabimur, & in conspectu, & luce clara constituemus sensum, & ordinem omnem edicti perpetui, qui re nulla potest esse juris studioso utilior. Cum Deo igitur, cujus semper numen advenor, & adoro, rogoque ut studia cujusque vestrum foveat; sanitate semper reddita allaborantibus, qui ex vestro numero sunt non pauci, & huic meo instituto aditu placatus propitiisque.

Ad L. ult. de Jurisdic. Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, & si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.



CUM hac l. conjungenda est l. 26. & 28. ad municip. & l. 7. de admin. rer. ad civitat. pertin. & l. in honorariis 6. de oblig. & act. quoniam hæc omnes sunt de magistratibus municipalibus, quas omnes ordine interpretabor, excepta l. in honorariis, quam decrevi prætermittere, quandoquidem eam non ita dudum sum interpretatus. In Lult. de

Jurisdic. Paul. ait, eum, qui non obtemperat jus dicenti extra territorium, id impune facere, id ei non esse fraudi. Idemque B esse, si quis non obtemperet ei, qui jus dicit supra jurisdictionem suam. Quia juris dicendi verbo utitur, ex eo apparet, eam l. pertinere ad magistratus, non ad judices datos, qui Tom. II. Post.

A jus non dicunt, sed judicant, cognoscunt, arbitrantur tantum. Sed videamus ad quos magistratus pertineat. Alii sunt magistratus urbani, alii provinciales, alii municipales. Si pertineret ad magistratus urbanos, non diceret, extra territorium, sed extra urbem, vel extra terminos urbis, ut l. 1. in pr. & §. initio, l. ult. de offic. præf. urb. præfelli urbi nulla esse potestatem, cum exiit terminos urbis, id est, nullam ejus esse potestatem extra terminos urbis, qui clauduntur centesimo miliario. Unde apud Herodianum lib. 2. prætoriani milites, qui exauctorantur, & faceffere jubentur ultra centesimum miliarium, jubentur excedere terminos urbis: Præfelli igitur urbi extra territorium, extra centesimum miliare, nullam esse potestatem: extra urbem posse eum jubere, judicare, posse judicem dare, quæ est pars mixti imperii, & jurisdictionis, l. 3. h. s. extra urbem, intra terminos tamen, non extra terminos urbis. Non pertinet etiam hæc lex ad magistratus provinciales, quoniam ad eos si pertineret, non diceret, extra territorium, sed extra provinciam, vel extra provinciæ terminos, l. 10. & l. 16. C.

A

Theod.

Theod. de accusat. Intra terminos provinciae, in qua crimen admissum est, accusationem instituendam esse, apud praesidem ejus provinciae, non extra. Nec igitur praesidis cujusquam extra suam provinciam potestatem ullam, aut notionem esse: quamobrem, & quem praeses prohibet pro aliis postulare citra infamiae notam, is in ea tantum provincia non recte postulat, cui praest is, qui sententiam dixit. Caeterum in alia provincia, si ut dixi, non sit notatus infamia sententia praesidis recte postulat, *l. ex ea causa, inf. de postul.* At quia haec *l.* proprie pertinet ad magistratus municipales dicit extra territorium. Est enim territorium universitas agrorum unius oppidi, aut municipii, vel coloniae, *l. pupillus, §. pen. de verbor. sign.* Est, ut eleganter Siculus Flaccus *lib. de limitibus agrorum* ait, universa limitatio municipii, sive pertica: nec usquam ea appellatio terminis attribuitur urbis Romae, vel provinciae cujusquam, qui longissimi sunt, sed municipii tantum circumsepto permodico. Proinde, vel sola territorii appellatio ostendit, hanc legem proprie pertinere ad oppidaneos, sive municipales magistratus, qui plerumque, ut erant, & duumviri appellabantur. Et ita *l. duumvirum 53. C. de decur. lib. 10.* ait: *duumvirum non impune extollere potestatem fascium extra metas territorii propriae civitatis: ipse, qui jus extra territorium dicit, id non facit impune.* Is tamen, qui ei non obtemperat, id facit impune. Et *potestatem fascium*, inquit, quia, & duumviri jus virgarum in saevitia habebant, *l. 12. h. i. l. si privatus 17. inf. qui, & à quib. manum.* Et fascies, aut bacilli eis praeferebantur, *M. Tull. 2. Agrar.* Caeteris in coloniis duumviris anteibant lictores cum bacillis: Capuae cum fascibus duobus. Duumviro autem impune non pareretur, non tantum si velit jus dicere extra territorium, sed etiam si velit jus dicere supra modum jurisdictionis suae, puta de re, vel summa majore, quam ei per leges liceat. Nec enim magistratus municipalis jus dicere potuit de quacunque re, vel summa, sed de minore tantum lege definita. De majore notio erat praesidis provinciae. *Paul. 5. sent. Res*, inquit, *judicatae videntur à magistratibus municipalibus usque ad summam, qua jus dicere possunt.* Idem *Paul.* hoc ipso *lib. in l. inter 28. ad munic. Inter convenientes, & de re majori apud magistratus municipales agi.* Unde ad *l. ult. ad denda est haec exceptio: Nisi inter convenientes, inter consentientes.* Nam si ex conventionione litigatorum magistratus municipalis de re majori aditus sit, de ea re jus dicenti litigatores morem gerere debent: qui morem gerere detrectat, id non fert impune. Conventio litigatorum prorogat jurisdictionem. Conventio privatorum non dat jurisdictionem nullam habenti jurisdictionem, vel apertius, non dat jurisdictionem privato, *l. privatorum 3. C. de jurisd.* At magistratus jurisdictionem prorogat, *l. 1. de judic. l. 14. de jurisdic.* Sicut, & notionem judicis, dati forte ad certam summam, etiam prorogat conventio litigatorum, *l. de qua re, §. 1. de judic.* Ad haec quaerit *Accurs. in d. l. ult. an magistratus, qui usque ad certam summam dumtaxat jus dicere potest, exempli gratia usque ad aureos 100. si supra eam summam jus dixerit, an rata sit sententia saltem intra summam 100. aureorum superfluo detracto, vel circumscripto?* Et veriff. est, irritam prorsus sententiam esse, quia res una est, summa una est, quae petita est, quae invito actore dividi, aut scindi non potest. Qua ratione etiam qui pro debitore certae pecuniae fidejussit, in majorem quantitatem nullo modo obligatur, quia una summa est, quae divisionem non recipit invito creditore, *l. Graece 8. §. illud, de fidejussorib.* Et idem est statuendum de judice dato, ut quodcumque pronuntiat, vel facit, per omnia irritum sit, si ad officium, vel cognitionem ejus non pertineat, *l. factum 170. de regul. jur.* Idem *Accurs. in h. quaest. l. ult.* facit differentiam inter jurisdictionem contentiosam, quae redditur inter invitos litigatores, in reum invitum: & voluntariam, quae exercetur inter volentes, ut inter patrem, qui emancipare, & filium, qui emancipari vult. Facit, inquam, differentiam, quasi possit magistratus voluntariam jurisdictionem exercere extra territorium, non etiam contentiosam, quod certe in magistratu municipali, de quo est *l. ult. non est verum.* Tantum enim abest, ut magistratus municipalis, qui scilicet etiam

A habet voluntariam jurisdictionem; nec enim omnis magistratus municipalis eam habet: sed & qui habet utramque jurisdictionem, tantum, inquam, abest, ut voluntariam extra territorium exercere possit, puta admissis iis, qui liberos emancipare, aut servos manumittere, vel etiam adoptare aliquem in filium, vel nepotis locum volunt, ut neque praeses provinciae, qui summum imperium habet, eam, exercere possit extra suam provinciam: Nam soli proconsuli hoc jus datum esse legimus, ut statim atque urbem egressus est, etiam si nondum pervenerit in provinciam, habeat jurisdictionem voluntariam, puta ut apud eum manumissiones, & emancipationes, & adoptiones fiant, atque etiam dum è provincia redit in urbem, quoad ingressus sit portam urbis, *l. 2. de offic. proconsul. & l. emancipari 36. §. 1. de adopt.* Et ita *Plin. lib. 6. Epist. 16.* apud proconsulem Baticae, in itinere, cum Baticam proficisceretur, servum quendam vindicta fuisse manumissum. Majus fuit proconsulis imperium, quam praesidis: majus fuit imperium proconsul. quam praesidis, id est, Legati Caesaris. Praesides, qui dicuntur specialiter, sive Legati Caesaris provincias obtinent, missu Caesaris. Proconsules autem provincias obtinent sorte, & auctoritate Senatus. Cura provinciarum proconsularium ad Senatum pertinet, non ad Caesarem. Dico proconsulis esse majus imperium, quia extra provinciam proconsularem, quae ei mandata est, voluntariam jurisdictionem exercere potest, non etiam Legatus Caesaris, quia proconsul de statu personarum cognoscere potest, non etiam praeses, sive Legatus Caesaris, *l. 1. C. de ordine judiciorum.* *Plin. libro 10. Epist. 77. Senatusconsulta, quae ad status causas pertinent, de his tantum provinciis loqui, quibus proconsules praesunt:* qui locus valde illustrat *d. l. 1.* fuit tamen provincialibus gravius, & molestius proconsul. quam praesidum imperium. Qua de causa apud *Corn. Tacit. 1. annal.* Achaja, & Macedonia postulat levari se proconsulari imperio, & tradi Caesari, hoc est, se regi à Legato Caesaris, non à proconsule. Cur ita? Sane quia ex Senatu, qui forte mittebantur, rapaciores erant, quam qui delectu Caesaris, nulla sorte ducta, mittebantur in provincias Caesaris: & quia cum dignitate proconsul. longe praecellerent (erant enim proconsules spectabiles, praesides clarissimi: proconsul. Senatorii ordinis, praesides plerumque inferioris ordinis) cum inquam proconsul. dignitate praecellerent, & consequenter majoribus impendiis provincias, quas obtinebant, onerabant. Porro de magistratibus municipalibus est etiam *l. 26. ad munic. ex eod. lib. 1. Pauli ad edictum.*

D Ad *L. XXVI. Ad municipal. Ea, quae magis imperii sunt, quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest.* Ad *§. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bonae rei servandae causa juberi possidere, aut dotis servandae causa, vel legatorum servandorum causa.*

Haec *l.* ait, *ea, quae sunt magis imperii, quam jurisdictionis, magistratus municipalis exequi, aut facere non potest.* Ubi uno verbo, ne id vos turbet, tollamus errorem *Accurs.* Non sunt confundendi magistratus municipales cum defensoribus civitatum, quod tamen ille facit semper. Magistratus municipales erant instar Consulium Romanorum: defensores civitatum instar tribunorum plebis, unde etiam dicuntur defensores plebis. Non etiam per omnia verum est, quod idem ait: *Magistratum municipalem neque habuisse merum, neque mixtum imperium.* Non habuisse merum sane verum est, at non habuisse mixtum falsum omnino est, quia jurisdictionem habuerunt, & jurisdicatio nunquam sine mixto imperio est. Unde & mixto imperio nomen, quod perpetuo jurisdictioni commixtum sit, quodque eam perpetuo comitetur, eique commisceatur, alioqui ridicula esset jurisdicatio, si nullae essent imperii vires jurisdictioni permixtae eo sublato. (†) Constituamus igitur magistratus municipales jurisdictionem, atque adeo mixtum imperium habere, sed ea, quae sunt magis

gis

(†) Vide *Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 4.*

gis mixti imperii, & majoris cujusdam potestatis, quam jurisdictionis nudæ, magistratus municipales non habere: quod declarat propositis his exemplis: Magistratum municipale non posse restituere in integrum, hoc reservari præsidibus provinciarum: magistratum municipale non posse bona rei servandæ causa, id est, crediti vel dotis servandæ causa, quæ mulieri soluto matrimonio restituenda est, vel legatorum servandorum causa, si eorum nomine non caveatur legatario: non posse inquam vice cautionis, quæ non præstatur, jubere bona possideri, quoniam hæc magis sunt imperii, quam jurisdictionis. Et utique hoc reservandum majori potestati, puta præfidi provinciæ. Ait: Rei servandæ causa, aut dotis servandæ causa, aut legatorum servandorum causa, adde, vel damni infecti nomine, ob id, quod vicinus vicino cavere recusat damnum infectum, non posse magistratum municipale mittere in possessionem ejus rei, ex qua damnum timetur. Missio in possessionem magis est imperii, quam jurisdictionis, & soli magistratui provinciæ competit, non municipali, nisi ei mandata sit ea potestas à præfide provinciæ: eam igitur magistratus municipalis non habet suo jure, sed ex mandato præfidis, l. pen. s. ult. de officio ejus, cui mand. est jurisdic. quod & Ulp. primo ad edictum scribens de eadem cautione damni infecti notat, plerumque à præfide mandari magistratibus municipalibus, puta ut jubeant damni infecti cavere, & ut vice cautionis mittant eum, qui sibi cavere desiderabat in possessionem earum ædium, ejusque partis ædium, ex qua damnum timebatur, l. 1. & 4. s. 1. de dam. infect. Eademque de re scribens Ulpian. eod. lib. 1. notat in l. 4. de jurisdic. jubere cavere prætoriam stipulatione, puta damni infecti, vel qua alia cautione prætoriam, & mittere in possessionem cautionis vice magis esse imperii, quam jurisdictionis. Et ideo id exequi magistratus municipales non posse sine mandato præfidis.

Ad Legem V. de damno infecto. Prætoris officium est, ut missus in possessionem, etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit.

Ad §. Si plures sint domini, qui cavere debent, & aliquis non caveat, in portionem ejus mittetur. Et contra, si aliquot sint, qui cavere sibi desiderant, & alius pretiosiores, alius viliores habeat ædes, sive unius domus plures habeant partes dispares: tamen non magnitudine domini quisque, sed æqualiter mittentur omnes in possessionem.

Ad §. Si & dominus proprietatis, & fructuarius desideret sibi cavere damni infecti, uterque audiendus est. Nec enim injuriam sentiet promissor, non plus cuique præstaturus, quam quod ejus interfit.

Libro 1. ad edict. Paul. scripsit de jurisdictione, & officio duumvirorum, sive magistratuum municipalium, ad edictum de damno infecto, quo prætor, vel præfes duas res magistratibus municipalibus injungit, & mandat, cautionem, & possessionem, ut Ulpian. ait in l. 4. s. 1. de dam. infect. cætera suæ jurisdictioni reservat, quæ pertinent ad causam damni infecti. Arcta & exigua admodum res est jurisdictionis magistratuum municipalium: Nam & finibus angustis circumscribitur, nempe territorio proprie civitatis: Extra territorium nulla est. Et certo quoque modo, certave quantitate & summa, supra quam, & eorum nulla est potestas, nisi inter consentientes, ut Paulus docuit in b. lib. 1. l. ult. de jurisd. l. 28. ad municipal. Item ea, quæ magis sunt imperii, quam jurisdictionis, suo jure magistratus municipales exequi non possunt: ut ecce non possunt in integrum restituere, non possunt cavere prætoriam stipulatione, non possunt vice cautionis in possessionem mittere, non possunt jubere possidere, quod eod. libro idem Paulus ostendit in l. 26. ad municipal. quoniam ea omnia magis sunt imperii, quam jurisdictionis, majoris scilicet potestatis sunt, non potestatis cujuslibet, non magistratus cujuscumque, l. 4. de jurisdic. Ea, inquam, magistratibus municipalibus suo jure non competunt, mandari tamen iis, & delegari possunt à prætore, vel præfide, qui ea suo jure habent: mandari potest cognitio restitutionis in integrum, l. ult. ubi, & apud quem cognit. rest. in integr. mandari potest, ut jubeant in-

Tom. II. Post.

terponi cautionem prætoriam, & ut detrectantem cavere puniant, missio adversario in possessionem ejus rei, de qua agitur, l. pen. s. ult. de officio ejus, cui mand. Quod etiam specialiter in illo edicto de damno infecto expressum est, nimirum, ut si res damni infecti celeritatem desideret, & periculosa prætori, vel præfidi dilatio videatur, si ex ea causa sibi reservet jurisdictionem, tum magistratibus municipalibus injungat, & mandet, ut ipsi jubeant cavere damni infecti: & ut reo non cavente actorem, qui damnum timet, & qui cum sibi cavere desiderat, mittant in possessionem ejus rei, ex qua periculum timet, l. 1. de dam. infect. Qua ex causa tria decreta interponi solent (ea mihi venia fit latius exponere) Si vicini tui ædes ruinosæ esse videantur, ita ut timeas, ne decidant in tuas, forte depressiores, easque demoliant, & res, quæ in eis sunt, corrumpant, postulare potes à prætore, vel pro prætore in provinciis, ut jubeat tibi vicinum, qui ædium earum dominus est, cavere damni infecti, id est, de damno nondum facto, sed quod tu factum iri speras: quandoquidem si hac cautione tibi non prospexeris, plerumque eveniet, ut ædibus illis in tuas prolapsis nulla tibi de damno dato, nisi ex magna causa, in eum detur actio, l. 6. h. t. Postulanti a. tibi cautionem damni infecti, prætor ex decreto, ut ipsemet ait in edicto, l. 7. h. t. jubet vicinum, ad quem pertinent ædes vitiosæ, tibi cavere damni infecti, hoc fere modo: quod earum ædium loci operisve vitio quodocunque tibi damnum contigerit, ejus rei nomine, quanti ea res erit, tibi heredive, successorive tuo, eive, ad quem ea res pertinebit, tantam pecuniam recte præstari. Et hæc formula cautionis damni infecti. At si huic decreto prætoris non pareat dominus vitiosarum ædium, id est, si neque fulciat, aut reficiat ædes suas, neque tibi caveat damni infecti, pænæ causa, & cautionis vice ex alio decreto prætor mittit te in possessionem earum ædium, vel ejus partis ædium, ex qua damnum times, l. si finita 15. s. si quis damni, hoc tit. l. 1. inf. quibus ex causis in possess. Qua quidem missione contrahitur jus prætorii pignoris, l. 23. de pecul. id est, ex eo decreto tibi ædes vicini pignori esse incipiunt, tu incipis esse custos earum ædium pignoratitius, non possessor proprie. Neque enim dominus earum ædium possessione expellitur: sed simul cum eo jubet te prætor esse in possessione, ut saltem tædio ejus rei extorqueas ei cautionem damni infecti, d. l. si finita 15. s. si quis autem. Aliud est esse in possessione, longe aliud possidere, l. 10. de acquir. poss. Id vero decretum quo te prætor mittit in possessionem, è tribus secundum est, quod ex hac causa interponitur, at quantum ad possessionem attingit, primum est. Quod si post hoc decretum adhuc vicinus perseveret non cavere, tunc prætor ex tertio decreto, quod similiter quantum ad possessionis causam attingit, est secundum, & ita appellatur in d. l. si finita, s. Julianus, expulso domino vitiosarum ædium, ut ait d. lex si finita, s. ubi autem: plane jubet te solum eas ædes possidere, & per continuationem possessionis earum ædium, eas tibi usucapere permittit, d. l. si finita, s. Julianus, s. si de veltigalib. in fin. l. is, cui pignor. 12. l. damni 18. s. pen. l. cum postulasset 44. s. 1. hujus tit. l. 3. s. ult. de acquir. possess. Hic est ordo, qui servatur in causa damni infecti. Et duas quidem res priores interdum prætor, vel præfes mandat magistratibus municipalibus, vel delegat, nempe cautionem, & missionem in possessionem, puta ut jubeant magistratus municipales cavere damni infecti ei, quem ea res continget: & nisi ei caveatur, quem ea res contingit, quia ex ea re timet damnum, ut eum mittant in possessionem ædium, quæ ad ruinam proclives esse videntur. Et hoc est, quod ait l. 4. s. 1. hujus tit. duas res prætorem, vel præfidem injungere magistratibus municipalibus, cautionem, id est, ut habeant, & current cavere damni infecti prætoriam stipulatione, & possessionem, id est, missionem in possessionem ex primo decreto: cætera prætorem, vel præfidem suæ jurisdictioni reservare, ut si post primum decretum possessionis nolit cavere, ex secundo jubeat actorem ædes ruinosas jure domini possidere, & reficere tanquam suas, atque etiam usucapere, vel ut missum in possessionem, si qua causa justa id suadeat, jubeat discedere de possessione, ut d. l. si finita, s. item

A 2

videa-

videamus, l. de die 28. §. tutor, Qui satisf. cog. l. 6. §. ult. ut in possess. legat. Unde recte Paul. in b. l. 5. prætoris officium esse, ut missus in possessionem, ex primo decreto scilicet, etiam ex secundo decreto eam rem possidere, & per longi temporis spatium usucapere possit. Prætoris, inquam, vel præsidis, non duumvirorum, quoniam hoc postremum decretum prætor suæ jurisdictioni reservare solet: quanquam & id quoque si vellet, mandare posset, quia ei jure magistratus competit, & possidere, inquit, & usucapere, quia prætor dominum facere non potest, l. qui usufruct. si usufruct. pet. sicut nec heredem facere potest, §. quod. a. Inst. de bon. possess. sed potest facere tantum possessorem jure domini: possessorem vice domini possessorem ejus conditionis, ut jure civili per usucapionem dominium acquirere possit: usucapio, non prætor dominum facit, usucapio, quæ à ll. proficitur non à prætore, ut M. Tull. ait, non à patre relinquitur, & in d. l. si finita, §. Julianus, & §. seq. & l. 1. de dam. infec. dominum constitui secundo decreto, id est, dominum possessionis, non dominum proprietatis, sive possessorem jure domini, ut ait l. 7. de usufruct. & d. l. si finita, §. illud queritur. Et ibidem alienationem fieri, alienationem possessionis scilicet non proprietatis citra usucapionem. Et in l. 5. communi divid. Si jussi sumus (hæc sunt verba legis) eas aedes possidere, ut ex hoc dominium earum nancisceremur, id est, si ex possessione nobis à prætore data, eaque continuata legitimo tempore jure usucapionis dominium earum nancisceremur. Et quod summe notandum est, in l. 3. §. 1. de reb. eorum, qui sub tut. cum dixisset, ex primo decreto à prætore vicinum, qui damni infecti sibi cavere velit, recte mitti in possessionem rerum pupillarum, quod deinde subiicit, ut procedat, juberi etiam possideri poterit: eo loco deest vox usucapio, ut Basilica ostendunt, quæ pro, ut procedat, habent, ἐπι τὸ δεσποσίου. Et hæc sententia manifesta est post missionem in possessionem, post primum decretum, ut procedat usucapio, opus esse secundo decreto, quo qui missus est in possessionem, jubeatur possidere. Secundum decretum probat usucapionis causam. Itaque nihil supradictis ll. juvantur Joan. Bulgarus, & Accurs. qui prætorem dominum facere posse, & vere facere secundo decreto contendunt, nihil etiam juvantur l. 2. in fin. si ex nox. causa agatur, quia non prætoris jussu in ejus legis specie, sed noxæ deditio, aut abductio servi indefensi, qui noxam nocuit, quæ quidem est à l. 12. tab. sicut usucapio, dominum facit eum, qui noxæ deditum accipit, vel qui eum indefensum abducit jussu prætoris, l. elect. 26. §. ult. de nox. act. l. 5. & 6. de Pub. in rem act. Ductio pro noxæ deditio est. Denique sola lex dominium facit non prætor: prætor possessorem tantum facit, vice domini tamen, quem & ipse tuetur quasi dominum. Nos in hac re Jacobi sententiam tuemur, Obser. XXI. cap. 36. adversus illos, quos & Accurs. refert in b. l. 5. & aliis plerisque locis. Cætera, quæ sunt in hac l. paucis absolvam. Quæ sequuntur in h. l. sunt de primo decreto possessionis. Initium est de secundo, cætera de primo.

Ad d. §. si plures, &c. Sententia hujus §. hæc est, si plures sint domini ædium vitiosarum pro indiviso (sic enim intelligere oportet) singuli specialiter cavere debent, pro partibus sui domini, quod in iis ædibus habent, non in solidum: vel si unus tantum pro sua parte caveat, alter cesset, in cessantis tantum parte mittitur vicinus, qui sibi cavere desiderat, neque enim singuli debent obligari in solidum, sed pro sua parte tantum, l. 27. plures, lex damni 40. §. 3. hoc tit. l. 6. §. si damnum, communi divid. l. qui servum 20. §. ult. de interrog. in jur. fac. At ex contrario si plures sint domini, qui sibi cavere desiderant, quorum ædes sint diversæ, & aliæ pretiosiores aliis, vel si unius domus plures sint domini, ex disparibus partibus, unus ex majore, vel pretiosiore, alter ex minore, qui sibi cavere desiderabant, Paul. eleganter ait, nisi eis caveatur æqualiter, omnes esse mittendos in possessionem ædium, quæ damnosæ inveniuntur, non pro magnitudine domini cujusque, quod in propriis ædibus habet; id est, non ut cujus domus, cujusve pars pretiosior est, is quoque mittatur in possessionem amplio-

A rem vitiosarum ædium, sed ut omnes mittantur ex æqualibus portionibus, etiam si inæquales partes domini habeant. Et ratio differentiæ hæc est, quia si hæc proportio servanda esset, nunquam exacte servari posset, cum plures sibi cavere desiderant, aut plane ea res nullum, aut perdifficilem haberet exitum, d. l. si finita, §. ex hoc edicto h. i. Et expeditius est, ea ratione non inspecta de suo quemquam damno stipulari, quod extimescit sine adjectione partis, propter rationem d. l. plures, quæ subtilissima est, ne specialiter, & nominatim stipulando in partem, videantur etiam stipulari in partem suæ partis, quia singulas partes indivisas habent, quæ intellectu, non corporis sensu percipiuntur, & vel minima quæque portiuncula ædium, vel minimum quoque tignum, aut cæmentum inter eos commune est. Melius est igitur non adjecta parte ἀποστρατος, de suo quemque damno, quod quandoque cuique contigerit, stipulari, quod vi quidem ipsa certe est stipulari in partem, sed non figura verborum. Vicino autem non promittente, omnes simul pro æqualibus partibus in possessionem mitti, quamvis ex inæqualibus partibus domini sint, post tamen concursu partes facturi, vel damno dato, si eis cautum sit, acturi ex stipulatu in partem pro suo quisque damno, non in solidum, d. l. ex damni, §. ult. d. l. si finita, §. si plures, & §. eum autem, & d. l. plures. At ex contrario cum plures sint domini vitiosarum ædium, qui vicino cavere debent, non est difficile, vel anceps in partem stipulari nominatim, & promittere, aut in partem mitti in possessionem, idque ita fieri oportere prætor in Edicto significat his verbis: eum, cui non cavebitur in possessionem ejus rei ire jubebo, l. 7. h. i. Ubi ejus rei sic accipit Ulp. l. 4. §. 1. sive tota res, sive pars rei sit, cujus fabrica urgeatur in lapsum, cogatur in labnam, ut Hieronymus loquitur. Aliquando domus tota vitium facit omnibus, pluribusve partibus præpetibus ad ruinam. Quod convitium dicitur in antiqua inscriptione Veronensi, quæ est in ostio curiæ pauperum. Et ita se habet; Magistri illi, quorum scilicet nomina in ea inscriptione ponuntur, convitium refecerunt. Aliquando una pars vitium facit, & vitium est veluti parietis vetustas, venter, ut Alphenus loquitur in l. si quando 17. si servit. vindic. Aut hians ruina. Ovid. in Metamorph. lib. 4. fab. 4.

Fissus erat tenui rima, quam duxerat olim,

Cum fieret, paries domui communis utrique.

Id vitium nulli per secula longa notatum, &c.

Hoc casu cum pars tantum ædium vitium facit, ex ea, vel in eam partem tantum missio fit, vel etiam in domum totam, ut declarat d. l. si finita, §. ex hoc edicto, & l. emptor 38. §. 1. h. i. Postremo subiicit Paul. dominum vitiosarum ædium, quem dixi supra pluribus proprietatis dominis, qui sibi cavere desiderant, cavere debere, subiicit, eundem etiam si unus sit dominus proprietatis, alter dominus usufructus, qui sibi cavere desiderant, utique cavere debere, puta unicuique pro damno futuro, quod cuique contigerit. Idemque est, si unus sit dominus soli, alter dominus superficiæ, l. 13. §. superficiarum, l. inter quos 39. §. damni, h. i. pluribus præstitam cautionem non onerare dominum vitiosarum ædium, quia non plus cuique præstat, quam quod ejus inter est, præstat scilicet non idem duobus, sed suum cuique damnum seorsim, d. l. plures, ubi scilicet damnum contigit: nam antequam damnum contigerit, non pro portione ejus damni nominatim, quod cuique contingere potest, sed ut dixi supra, ἀποστρατος, de suo quisque damno sibi cavet, & cuique cavet dominus vitiosarum ædium, vel si non caveat, omnes æqualiter, & in solidum mittuntur in possessionem, d. l. si finita, §. cum autem.

Ad L. XIX. De in jus vocando. Satisque pœnæ subire eum, si non defendatur, & latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus. Sed si aditum ad se præstet, aut ex publico conspiciatur, recte in jus vocari eum, Julianus ait l. 21. Sed & si is, qui domi est, interdum vocari in jus potest: tamen de domo sua nemo extrahi debet.

Ad L. Sed etsi is XXI. eod. L. Qui vetante prætore CIII. de reg. jur. L. in honorariis XXXV. de oblig. & action. L. Filiiusfam. si volente VIII. de administrat. rer. ad Civit. pert.

Cer-

Certum est, neminem invitum de domo sua in jus vocari posse, vel (ut fieri solebat) olim, si vocantem non sequeretur, extrahi, & rapi adstricta cervice, obtorta gula, quod Græcis est *σπραγγαλιζεν*, vel ut est in Phormione, *pugnis in ventrem ingestis*: hic erat mos vocandi in jus adversarium, nec erat opus vocanti præcepto judicis. Et ita quidem vocabatur ab adversario is, cum quo ei res erat, cum quo acturus erat, si forte eum offenderet in publico. Nam de domo sua in jus vocari non potuit. Et rationem hanc esse Cajus ait in *l. 18. h. t.* quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, ut Cic. pro domo sua: *Domus est, inquit, profugium ita sanctum omnibus, ut inde neminem abripi fas sit*. Et propterea eum, qui inde in jus vocaret adversarium, Cajus in *d. l. 18* ait, vim inferre videri. Ideoque eo nomine, & de vi accusari, puta si domum ejus domino invito introiverit, eo, inquam, nomine, & de vi accusari, & injuriarum act. conveniri potest, quasi imminuta dignitate patrisfamil. cujus domum eo invito, vel inscio introjerit. Idque confirmat *l. qui in domum 23. de injuriis*. Ob eam ergo rem injuriarum conveniri potest: Sicut & eum, qui vocatum in jus, & satis offerentem, sive fidejussorem idoneum offerentem judicio fisti, nihilominus manu injecta rapit in jus, constat teneri act. injuriarum, *l. 5. §. ult. qui satisd. cog.* Et eum quoque, si Porphyroni, & Acroni credimus, qui non antestatum in jus vocat, & ducit in illum locum Horatii, sat. lib. 1. 9.

--- Quo tu turpissime? magna

Inclamat voce, & licet antestari? ego vero
Oppono auriculam, &c.

Paulus itaque ait in *l. 19. eum, qui domi suæ abditus est, qui domi suæ latitat, etiamsi inde invitum in jus vocari non possit, non ideo actorem facere quicquam damni, & illum satis pœnæ subire, quia si boni viri arbitrato non defendatur, adversarius mittitur in possessionem bonorum ejus rei servandæ causa: pœna debitoris domi latitantis est missio in bonorum ejus possessionem, l. Fulcinus 7. ff. quib. ex caus. in poss. eatur*. Recte autem dicitur, in vitum ex domo sua non vocari ex *d. l. qui in domum*, puta domo ejus vi, aut fraude introita: nam si ipse ultro creditori, vel adversario suo præbet aditum in domum suam, tunc recte Paul. ait, *eum inde in jus vocari posse*, dicente creditore: *eamus in jus, veni, sequere me ad tribunal*. Potest etiam ex domo aliena, in qua diverfatur, aut demoratur, videlicet si in eam creditori pateat aditus, vel ex domo principis, cujus rei est exemplum apud Tacit. 2. & 4. Annal. de Uigulania, quam amicitia Augustæ extra modum extulerat. Ea ob creditam pecuniam in jus vocata à Lucio Pifone sequi noluit, & Pifone contempto, perrexit in domum Cæsaris: unde Pifone deflitit eam excire, sprete Augustæ potentia, quoad pecunia quæ petebatur, ad eum Augusta deferri juberet. Idemque esse Paul. ait, *si quis in domo sua ex publico conspiciatur, e fenestra, scilicet, e conspectu in jus vocari potest*, potest etiam ex janua, aut vestibulo domus suæ, si in eo consistat. Et ita in *l. 20. ubi ita scriptum: sed est à binea*, pro à vinea. Græci in Basil. habent, *ἀπὸ πύλωνος*, id est, à janua, quod ego valde probo. Nam & à vinea cur potius diceret in jus vocare licere, quam ab alio quocunque genere agri? sed etiam à vinea, inquit, & balneo, & teatro, nemo dubitat in jus vocare licere. Rectius Basilica *ἀπὸ πύλωνος καὶ ἀστράς καὶ θεάτρης*, à janua, vel ut veteres loquebantur, *janea*, quibus & Janitor Janius apud Festum. Supra dictis a. casibus in jus vocari de domo sua debitor potest, puta si aditum ad se præbeat, si in fenestra domus suæ, si in janua conspiciatur: vocari, inquam, non etiam extrahi, & abripi obtorto collo, ut fiebat, ut idem Paulus adjicit in *l. 21. quæ repetita est in l. 103. de reg. jur.* A magistratu quilibet domo extrahi potest, hoc aut certissimum, ut in oratione pro Cluentio, à Triumviro Oppianicus domo latitans extrahitur, sed non etiam à privato, nec si cum eo in jure experiri velit, quæ lex est etiam apud Quintil. 7. c. 8. *de domo sua in jus deducere, ne liceat*. Quid vero, inquires, hæc pertinent ad edictum de damno infecto? Sane plurimum. Nam si absit dominus vitiosarum ædium, vel quod idem est, si domi latitet, nominatim edicto comprehensum est, quod jubeat prætor ei

domum denunciare, vel libello postibus affixo, ut postulanti vicino sibi caveri damni infecti, in jure de ea re agenda adlit, *l. 4. §. prætor, de dam. infect.* quem in locum Ulpia. annotat, verecunde prætorem denunciare jubere, verecundiam prætorem desiderare in eo, qui denuntiat: verecunde, inquam, denuntiarum jubere debere, non extrahi de domo sua. Hæc sunt verba Ulp. ex *l. 1. ad edict.* Proculdubio igitur ad idem edictum referuntur, atque pertinent verba eadem, quæ Paulus æque usurpat *l. 1. ad edictum*. Porro eodem edicto datur actio in factum adversus magistratum municipalem, qui cum ab eo postularet is, qui periculum verebatur ex vitiosis ædibus vicini, uti curaret sibi caveri damni infecti, id non curavit, nec eum misit in possessionem earum ædium, quæ actio competit in id, quod actoris interest, rem enim persequitur, non pœnam, *d. l. 4. §. in eum*. Sed datur tantum, ut significavi, ei, qui à magistratu municipali, sedente pro tribunali ex edicto prætoris postulavit cautionem damni infecti, *d. l. 4. §. hæc autem*. Qui locus aperte ostendit, magistratus municipales tribunal habuisse. Quod notandum etiam est, nec enim omnes, qui jurisdictionem habent, tribunal habent, sed imam quandam sellam tantum, *l. 1. de jurisdic.* quin & lictores magistratibus municipalibus præbant cum fascibus aliquot, *l. duumvirum 53. C. de de decurion. lib. 10*. At illa actio in factum perpetuo datur in magistratum municipalem, qui postulanti non curavit caveri damni infecti: datur & heredi ejus, qui postulavit, & in heredem magistratus non temere, sed causa cognita, *l. 6. de magistrat. conveniend.* quam conjungi velim, cum *d. l. 4. §. ult.* Et hæc omnia, ut Ulpianus tractavit *lib. 1. ad edictum*, verisimile est etiam eadem tractasse æque Paulum *l. 1. ad edictum*, & ad illud idem edictum de damno infecto: & vero inde rapta occasione, quia, ut dixi, ea actio perpetua est in magistratus municipales, eodem libro 1. Paul. tractavit generaliter, quæ actiones prætoris essent perpetuæ, quæ temporariæ, *lin honorariis 35. de oblig. & actio*. Et quia actio in factum, quæ ob negligentiam eorum in magistratus municipales datur, non datur etiam in Rempublicam, id est, in municipium, cujus vice fungitur magistratus, quia scil. ex propria culpa, & delicto magistratus venit, cum nec detur in heredem ejus, nisi causa cognita, *d. l. 6.* Adjecit Paul. in *d. l. 35. ex contractu tantum magistratum municipalem, sive duumvirorum in Rempublicam perpetuo actiones dari, veluti ex locatione, ex venditione, ex mutuo, deposito scil. magistratu, & re versa in utilitatem Reipub. l. civitas 27. de reb. cred. l. 3. §. in eum, de administr. rer. ad civit.* Culpæ autem nomine, quam in eo officio gerendo admisit magistratus municipalis, tantum abest, ut Respub. teneatur iis, quibus ea res fraudi fuit, ut in eum magistratum potius, & in fidejussores, qui pro eo intervenerunt, caverunt Rempub. salvam fore, eo nomine Reipub. experiri liceat, si quid culpa ejus Reipub. nocitum sit. Et huc pertinet ex eod. li. Pauli *l. 7. de administr. rerum ad civit.* cum qua conjungi velim, quod proponitur in *l. 6. eod. tit.* ex Ulp. lib. 1. ad edictum, quod æque lib. primo annotasse Paulum credibile est, *magistratus municipales non tantum dolum, sed latam negligentiam, & hoc amplius, diligentiam Reipub. præstare oportere*. His verbis etiam diligentiam ostendit in administratione Reipub. & levem culpam magistratus municipales debere Reipub. præstare, ut in *l. contractus 23. de reg. jur.* Quosdam contractus (ii sunt commodatum, mandatam, tutela, negotium gestum) non tantum dolum, & culpam recipere, sed & diligentiam, id est, etiam in iis contractibus, quod commodatarius, procurator, gestor, tutor, levi, aut levissima culpa fecerit, quo quid abesset commodatori, mandatori, pupillo, vel domino negotiorum, venire, atque præstari: diligentiam ex adverso respondet culpa levis, & levissima, *l. ult. in fine, C. de pact. convent. tam sup. dot.* Huic vero sententiæ consequens est, quod proponitur in *d. l. 7.* ut si quis filiusfam. cum esset in duumviratu, male gessit, ita ut ob eam rem aliquid Reipub. absit, ipse quidem teneatur Reipub. in solidum, ut ex cæteris omnibus causis certum est, filiumfamilias, tanquam patremfamilias teneri in solidum, *l. 39. de oblig. & act. l. 6. §. si filiusfam. de act. empt. & vel carcere coerceri posse, si non habeat unde solvat, l. pen. & ult.*

Et ult. C. qui bon. ced. possunt. Pater a. ejus de peculio tantum, non in solidum, si eo nolente filiusfamil. magistratum municipalem gesserit, cum uterque esset decurio. Sumebantur enim magistratus municipales ex ordine decurionum, l. 3. §. ult. de pecul. At si volente patre duumvir filius factus sit, & pater ipse in solidum tenetur Reipubl. quasi fidejussor pro filio. Voluntas, & consensus patris, etiamsi non intervenerit stipulationi, pro fidejussione, & pro stipulatione est, l. 2. ad municipal. l. si filiusfam. de tutel. Et hæc tenentur veluti in unam lineam contuli ex lib. 1. Paul. ad edictum leges 9. quæ omnes sunt de magistratibus municipalibus. Et pertinent ad edictum de damno infecto, etiam l. 5. eod. quam heri exposui: nam etsi nominatim non loquatur de magistratibus municipalibus, quod tamen ait, *prætoris officium est, ut missus, &c.* sic exaudiri debet, prætoris, vel præsidis officium, non etiam magistratum municipalium, l. 4. §. si forte, eod. tit. ut missus in possessionem videlicet à se, vel à magistratibus municipalibus, ex 1. decreto, etiam secundo decreto à prætore, vel præside jubeatur eam rem possidere, & usucapere permittatur. Aliæ leges 8. hæc sunt, l. ult. de jurisdic. l. 19. & 21. de in jus voc. l. 35. de obligat. & act. l. 25. & 28. ad municipal. l. 8. de ministr. rerum ad civit. l. 103. de reg. jur. Cæteræ, quæ restant ex hoc lib. 1. an etiam pertineant ad magistratus municipales, vel quorsum pertineant, explicabimus die crastina.

Ad L. II. Si quis in jus vocatus non jerit. *Ex quacunque causa ad Prætozem, vel alios, qui jurisdictioni præsumunt, in jus vocatus venire debet: ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictione ejus sit.*

Ad §. Si quis in jus vocatus non jerit, ex causa à competenti *judice multa pro jurisdictione judicis damnabitur, rusticitati enim hominis parcendum erit. Item si nihil intersit actoris, eo tempore in jus adversarium venisse, remittit prætor prænam: puta quia feriatus dies fuit.*

Hæc tituli verba, si quis in jus voc. non jerit, sunt Edicti verba, quæ in h. l. 2. Paulus interpretatur. Hoc vero edicto coercetur is, qui in jus vocatus, vocantem, ut debet, non sequitur: sed statim se alio proripit, ne ducatur in jus, nam ire debet, & sequi illico (ut & l. 12. tab. sancitum est, his verbis: si in jus vocatus est, atque eat, id est, protinus eat) etiamsi forte vocetur ad magistratum incongruum, & incompetentem, cujus jurisdictioni suppositus non sit, ut vel hoc ipsum apud eum exploretur, an ejus jurisdictione sit. Et eleganter Ulpian. in l. 5. de judic. ait, *eum, qui ex aliena jurisdictione vocatur, ad prætozem venire debere: prætoris esse causa cognita existimare, an sua jurisdictione sit, vocati esse non contemnere prætozem, ad quem vocatur.* Nam etiam si privilegio fori sit munitus, venire debet, ut id privilegium alleget, notumque faciat prætori, ad quem vocatur, & revocet domum. Ac Paulus hoc loco indistincte ex quacunque causa ad prætozem, vel ad alios, qui jurisdictioni præsumunt. Ergo si ad magistratum municipalem, in jus vocatum venire debere, ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictione ejus sit, quo genere ne dicas, ut Accursius *eum sibi jus dicere, nec frustra, & inepte utare distinctione, qua utitur Accursius, nec enim, qui existimat, vel arbitratur, vel statuit, an sua jurisdictione sit, sibi jus dicit, non sibi jus dicit, aut rei suæ familiari, sed tuetur auctoritatem majestatemque publicam.* Aconius Pedianus in prætura urbana, *eum, qui potestatem suam non defendit, imminui magistratus veluti majestatis reum esse.* Et l. item apud, *quidem ait, eum, qui, de injur. magistratum injuriam factam sibi, dum præest jurisdictioni, factam honori, quem sustinet potius, quam sibi, ipsum ulcisci, nec tamen ideo sibi jus dicit.* Alia est persona ipsius, alia est civitatis, quam sustinet. M. Tull. proprium magistratus esse, inquit, intelligere, se gerere personam civitatis. Illo a. veluti anteloquio præmisso subjicit Paul. in h. l. 2. sententiam edicti, quæ est hujusmodi: *eum, qui in jus vocatus non it, & se subtrahit statim, ne sibi manus injiciantur, ex causa à competente judice multa pro jurisdictione judicis damnari.* A competente judice, inquit, quia non omnes judices multæ dictionem

habent. Prætores, præsidēs; atque etiam magistratus municipales dictionem multæ habent, l. 2. §. ult. de jud. l. aliud est fraus, §. ult. de verb. sign. non defensores civitatis, l. 5. C. de defenf. civit. non procuratores Cælaris, l. 2. C. de modo multarum, non curatores Reipub. l. 3. C. eo. Et pro jurisdictione judicis, inquit, quia non in omnibus magistratibus, qui jus multæ dicendæ habent, idem servatur modus, sed alii majorem, alii minorem multam infligere possunt, ut ostendit titulus de modo multæ. & l. 5. C. quando provocare non est necesse, & lex un. de via publica, quæ est Græca. Et ideo ait pro jurisdictione judicis, secundum jurisdictionem judicis, secundum jus potestatis, quod à lege habet. Rursus ait: *ex causa multa damnari, id est, causa cognita.* Basilica: *τὸ δὲ μετὰ διαγνώσεως.* Et hoc quidem, inquit, adhibita cognitione causæ, quia ut subjicit, rusticitati hominis, qui in jus vocantem non sequitur, venia datur, & tamen ex edicto superioris tituli de in jus voc. rusticitati hominis ejus, qui in jus vocat, quem non vocare debet sine venia prætoris, veluti parentem, aut patronum, non parcitur, l. 2. C. de in jus voc. quia reverentia, quæ his personis debetur, jure naturali debetur, cujus ne rustici quidem ignari sunt. Est enim hujus juris cognitio diffusa in omnes, & ea quoque irreverentia punitur in omnibus, & quemadmodum puniatur, superiori titulo ostenditur, l. 12. & ult. & penult. non hoc tit. Ideoque quod additur in h. tit. *si quis eum vocaverit, quem ex edicto non habuerit*, proculdubio in superiore tit. referendum est, ut ille sit de in jus voc. & si quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit. Hujus vero tituli sunt hæc tantum prima edicti verba: *Si quis in jus voc. non jerit.* Cur etiam dixerit *ex causa*, alia ratione Paulus declarat, hoc loco, nimirum, quia si in jus vocatus die feriato non jerit, quo nihil interest actoris adversarium in jus venisse, quia eo die, ut Plaut. loquitur Alcedonia sunt apud forum, nulla ei multa ob eam rem irroganda est, qui etsi venisset, frustra venisset. Multa his irrogatur tantum, qui congruo loco, & tempore vocantur, neque eunt. Et adjicitur in Basil. inter hanc l. & seq. ex l. 2. C. de annal. except. eum, cui non est bona copia in jus vocandi adversarium, vel quia abest, aut infans, vel furiosus est, nec procuratorem, aut tutorem, aut curatorem habet, vel quia potens est dignitate, gratia, pecunia multa, atque ita conventu difficilis, si velit interrumpere prescriptionem temporis, & jus, quod in illum habet, servare incorruptum, id ipsum debere contestatione completi apud præsidem provincie, vel Episcopum. Hanc contestationem vim habere interruptionis. Possis & in extremo hujus l. quo loquitur de die feriato, addere, quod eodem lib. Paulus scripsit in l. 4. inf. de feriis, ferias solemnes, veluti messium, & vindemiarum, secundum consuetudinem cujusque loci præsidēs provinciarum statuere debere, non magistratus municipales, ut l. si in aliquo 7. de officio procos. de his Statius libro 4. sylv.

*Certe jam Latio non miscent jurgia leges,
Et pacem piger annus habet, mensesque reversæ
Dimisere forum, nec jam tibi turba reorum
Vestibulo, querulique rogant exire clientes.*

Minutius Felix in Octavio: *ad vindemiam, inquit, Feriæ judicariam curam relaxaverant.* Et ea de re Theodos. Imp. ad Senatum in No. *ne decuriones ad Senatoriam dignitatem aspirent.* Nos, inquit, otio quodam vos frui quodam tempore (tempus illud vindemiarum, & messium intelligit) patimur, ne labore videamini defatigari continuo.

Ad L. I. In jus vocati ut eant. *Edicto cavetur ut fidejussor judicio sistendi causa datus pro rei qualitate locuples detur, exceptis necessariis personis. Ibi enim qualemcumque accipit jubet, veluti pro parente patrono.*

Aliud edictum idem Paul. eod. lib. 1. proponit in l. 1. in jus voc. ut eant. quo scilicet is, qui vocatur in jus, & fidejussorem dat judicio sistendi causa, ne eat in jus statim, & ne multam subeat, jubetur assiduum, & locupletem fidejussorem dare pro rei qualitate, l. 5. §. 1. qui satisd. cog. pro rei qualitate πὸς τὴν ἰσχύος, pro magnitudine rei, quam actor petit, l. 234. de verb. sig. Cum hac tamen

ex-

exceptione; nisi is; qui vocatur (apagete à Joannis, & Accursii interpretatione) nisi, inquam, is, qui vocatur, vocanti sit ex necessariis personis, puta pater, patronus, patrona, qui quæve vocatur cum venia Prætoris uti oportet, vel ex liberis ejus, qui vocat, vel uxor ejus, vel nurus, vel pronurus, l.2. hoc tit. vel quia ab iis personis Prætor hoc edicto qualemcumque, id est, etiam non locupletem fidejussorem accipi jubet, qualemcumque ab iis oblatum pro locuplete habet, l.3. hoc tit. Imo in eum, qui ab iis oblato fidejussore, eo non contentus, eos in jus ducit, qui oblato qualicumque fidejussore iudicio sibi eam sibi necessitudine conjunctam personam in jus ducit, actio in factum, sive iudicium pœnale 50. aureorum datur, l.2. hoc tit. Perinde atque si eum in jus vocaret sine venia, & hac, & illa causa pœna 50. aureorum inferitur, & persolvitur ei, qui in jus vocatus est, quia querela, injuria, indignatio ejus est, l.12. & l. ult. sup. de in jus voc. Et observa necessariis personis annumerari liberos nostros, sive sint emancipati, sive in potestate nostra. Nam & eos, qui sunt in potestate nostra, nonnunquam in jus vocamus, maxime si castrense peculium habent, aut quasi castrense, l.4. de judic. l. si quis uxori, s. sed si filius, de furtis. Et ab iis quoque non desideramus locupletem fidejussorem iudicio sistendi causa. Neque enim tam amare, & severe agendum cum illis est, qualicumque fidejussore contenti esse debemus. Et his adde parentes, & liberos patroni, vel patronæ ex l.2. s. prætor, inf. qui satisf. cog. ubi hoc edictum latius exponitur. Nam & cum patronis, parentibus, & liberis eorum, nobis quædam conjunctio, necessitudo, cognatio est, l. cum tale 72. de condit. & demonstr. illo loco: libertum conjunctum patroni liberis. Et in l. ult. quæ Græca constitutio Justiniani est, C. de bon. lib. videntur, inquit, liberti cognati esse patronorum, δουλοὶ συγγενεῖς ἐσσι. Non dubito quin ad hæc Paul. adjecerit etiam, quod Ulpian. notat lib. 1. ad edict. si iudicio sibi datur fidejussor non subiectus jurisdictioni illius, ad quem quis vocatus est, pro non dato haberi, l.1. sup. si quis in jus vocat. non, l.6. inf. qui satisf. cog. nisi ut additur in l.1. suo privilegio, id est, præscriptioni fori specialiter renuntiaverit, l.7. inf. qui satisf. cog. Ex quo intelligitur, fidejussorem iudicio sibi non alibi posse conveniri, quam in foro, in quo reus sibi promisit. Idcirco desiderari, ut ex eo foro sit.

Ad L. IV. de Petit. hered. Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat: etiam id, quod postea cepit possidere, restituet.

His addam ex eodem lib. Pauli, quod est in l.4. de petit. D hered. cujus verba hæc sunt: si hereditatem petam, &c. crediderim hæc verba P. referenda esse ad magistratus municipales, qui etsi de re majori jus dicere non possint, nisi inter convenientes, l. ult. de jurisd. l.28. ad municipal. tamen si apud eos actum sit de petit. hered. de re quadam hereditaria minima, quam possidebat is, cum quo agebatur: petitio enim hereditatis datur etiam adversus eum, qui vel rem minimam ex hereditate possidet pro herede, vel pro possessore, l.9. & 10. hoc tit. quamvis igitur apud magistratus municipales petitione hereditatis actum sit de re quadam minima: si tamen post iudicium acceptum reus ejusdem hereditatis alias res possidere cœperit, & hæc quoque res officio iudicis actori restituendæ sunt, etiam si omnes coarctatæ excedant modum jurisdictionis ejus. Et ratio hæc est, quoniam petitio hereditatis formatur ex persona actoris, non ex persona rei, sive possessoris, nempe hoc modo: si paret heredem non esse, quod ubi constiterit, damnatur, ut heredi id omne restituat, quod possidet ex hereditate rei iudicatæ tempore, litem veniunt, s. pen. l. si quo tempore, hoc tit. Et ad eundem modum sæpe fit, ut qua de re magistratus jus dicere non possit, neque adiri ab initio, cognitione suscepta alterius rei, quæ ad ejus jurisdictionem pertineat, si & in eam cognitionem res illa incidere, de qua principaliter adiri non possit, ut de ea jus dicere possit, ut in l.1. C. de ord. judic. l.3. C. de judic. Notanda est ratio, quam attuli ad hanc l.4. quia petitio hereditatis formatur ex persona actoris, non ex persona rei: secus si actio formaretur ex persona rei, veluti actio aquæ

pluviæ arcendæ, si paret te opus fecisse, quo aqua pluvia mihi noceret: sane in hanc act. venit tantum id operis, quod factum habuit, non quod post litem contestatam fecit, l. Antæus 14. s. ult. de aqua, & aq. plu. arcend. Et ita est accipienda l.23. sup. de judic. quam huic l.4. objicit Accurs. neque ab ea se expedivit, non animadversa diversa ratione formandæ actionis, modo ex persona actoris, modo ex persona rei.

Ad L. II. de Pop. act. Si plures simul agant populari actione, prætor eligit idoneiorem.

Quod attinet ad hanc l.2. quemadmodum Ulp. lib. 1. ad Edict. inter cætera proposuit Edictum, si quis jus dicenti non obtem. quod patet ex l. un. si quis jus dicenti non obtemp. quæ ex eodem lib. sumpta est, ita & Paul. de eod. edicto egisse probabile est. Quæ autem ex eo edicto datur actio pœnalis in actorem, vel reum, qui magistratui urbano, vel provinciali jus dicenti non obtemperat, jus, inquam, dicenti non obtemperat in eo, quod extremum jurisdictionis ejus est, in extrema linea jurisdictionis, in executione ultimi decreti sui, puta dum jubet rem restitui, de qua agitur, & qui damnatus est, eam restituere detrectat, vel eam non patitur auferri, vel abduci sibi: Quæ, inquam, in eum nec obedientem ex illo edicto datur actio in factum pœnalis, non perpetuo quidem, sed intra annum, & in eum tantum, non in heredem ejus, d. l. un. s. ult. ea actio videtur quidem fuisse popularis, quoniam pertinet ad vindictam publicæ Majestatis, quam reus, vel actor contempsit in extremo articulo jus dicenti, in eo scil. quod rei caput est, & publice interest omnes cives ad defendendam, & vindicandam causam publicam, ad defendendam Rempubl. admitti, l.4. de no. op. nunt. Qua ratione certum est, actionem etiam alibi corrupti esse popularem, l.7. de jurisd. id est, permitti cuilibet ex populo agere volenti. Nam quod dicitur ex illo edicto: si quis jus dicenti non obtemp. actionem esse annuam, & non dari in heredem, d. l. un. s. ult. id Ulp. eod. lib. generaliter ita se habere definit in omnibus popularibus actionibus, l. ult. hoc tit. omnes, inquit, populares actiones, neque in heredes dantur, neque in annum extenduntur. Quod confirmat etiam l.5. s. que autem, de his, qui deje. vel effud. Et omnes actiones, inquit, recte. Nam interdicta popularia, quæ habemus sunt perpetua, ut interdictum de lib. homine exhib. quod est populare, perpetuum est, quia tuendæ libertati nulla præscriptio temporis ob stare potest, l.2. C. de præscript. long. temp. pro libertate, & adversus libertatem. Itemque interdictum de via publica, ne fiat deterior: quod est populare, l. licet, de procurat. & perpetuum tamen, quia jus viæ publicæ tempore amitti non potest. Longeque est alia ratio actionum popularium, veluti sepulchri violati, quæ finitur anno, vel ex edicto de ejectis, vel effusis, si quid transeunti nocitum sit, quæ est annua. Et similiter actio de albo corrupto, & actio ex illo edicto, si quis jus dicenti non obtemp. quod idem dicitur in d. l. un. s. ult. eam actionem non concludi ad id, quod interest actoris, sed ad meram pœnam, id est, quanti ea res est, pro modo contumaciæ, quantique ad eam rem æquum esse videbitur: etiam si nihil intersit actoris, veluti agente quolibet ex populo vindicandæ tantum contemptæ majestatis gratia, non quod ad rem ejus familiarem quicquam ea res pertineat. Illud idem obtinet in plerisque actionibus popularibus, ubi certa pœna lege, vel edicto definita non est, ut in actione sepulchri violati, l.3. de sepulc. viol. & in actione de ejectis, vel effusis, l.1. de his, qui dejec. vel effud. Nec tamen in omnibus judiciis popularibus. Nam interdictum de via publica deteriorē facta datur in id, quod actoris interest, nimirum, quia nullus est de populo, cujus non aliquid intersit viam publicam non deteriorē fieri. Illius vero actionis causa, quæ competit ex edicto, si quis jus dicenti non obtemperaverit, impulit Ulp. non tatum, ut eo lib. annotaret, quod est in l. ult. hoc tit. populares actiones non extendi in heredem, nec ultra annum; sed etiam, ut de iis actionibus generaliter annotaret, sive ex causa edicti si quis jus dicenti, &c. sive ex alia causa actum sit

fit ab aliquo ex populo, post rem judicatam, si alius ex eodem populo ex eadem causa experiri velit, obstaré vulgarém exceptionem rei judicatæ, l. 3. *hoc tit.* quæ est ex eod. lib. Ulpian. Ab initio quidem patere omnibus ait actionem popularem, vel publicam, sed eum, qui occupavit agere, & qui peregit reum, excludere cæteros, nisi per collusionem causam egerit, & ejus collusionem alius probet, qui denuo agere velit eadem de re, l. eum, qui, §. in popularib. de jurejur. l. 3. §. si tamen postea, de lib. hom. exhib. Denique extra hunc casum, non amplius, quam semel, populari actione agendum est. Quid si ab initio sint plures ex populo, qui populari actione agere velint, quid fiet? Arbitrio judicis, seu prætoris, quod *divinatio* dicitur, delectu prætoris opus est, qui ex dignitate, diligentia, fide, consilio, auctoritate, probitate, cujusque arbitratur, uter agere debeat, ita tamen ut primum eligat eum, ad quem maxime ea res pertineat, id est, cujus maxime interest, l. 3. §. si tamen, de lib. hom. exhib. Ejus enim principaliter interest, cujus maxime interest, l. 3. §. sed utrum, de minorib. l. servo legato, §. si testator, de leg. 1. l. ult. de collus. deteg. & l. 19. C. de liber. causa. Debet igitur eum prætor præferre cæteris omnibus, cujus maxime interest, quod & Ulpian. notat in l. 3. *hoc tit.* Illo autem cessante, vel deficiente ex cæteris Paulus notat in h. l. 12. causa cognita prætorem eligere debere idonejorem ad sustinendam magnitudinem causæ, ut d. §. si tamen plures: si plures, inquit Paulus, simul agant, id est, agere velint populari actione, prætor eligit idonejorem, videlicet, si deficiat, cujus maxime interest. Et ita est hæc interpretanda, & aptanda edicto, Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

Ad L. II. de Verb. sign. Urbis appellatio muris: Romæ autem continentibus ædificiis finitur, quod latius patet. Cujusque diei major pars est horarum septem primarum diei, non supremarum.

Jam ex superioribus ll. satis odorati sumus, libr. primo Paul. tractasse de jurisd. & consequenter de magistratibus, qui jurisdictioni præsumunt, & de edictis ad eorum jurisdictionem pertinentibus, & generaliter de officio eorum, quod quidem latius patet, quam jurisdictioni, l. 1. de jurisd. Et sane quod in hac l. 2. proponitur de definitione urbis, & Romæ, & majoris partis diei, ad magistratus urbanos, puta, ad Tribunos plebis pertinet. Qua ratione vero, aut via? nempe hac: quia legē vetustissima sancitum erat, ne tribuni plebis abnoctare, vel, quod idem est, pernoctare urbe possent, neve interdium abesse majorem partem diei. Appian. 2. de bello civili: non licet, inquit, tribunis extra muros exire. Et Dio 39. μηδεμίαν νύκτα ἐκ τῆς πόλεως: Tribuno plebis nullam noctem ab urbe abesse licebit, quia scilicet ut vim fieri vetaret, assiduitate ejus, & presentibus oculis opus erat. Dionysius Halicarn. 8. περιεργεῖται τὸν δημαρχοντα. Circumscribitur, inquit, potestas tribunorum plebis mœnibus urbis, nec extra urbem eis pernoctare fas est, nisi, ut subjicit idem Dionys. feriarum Latinarum causa, de quibus in l. 2. de Orig. jur. quæ in monte Albano celebrari solebant, aliquot diebus intervenientibus omnibus magistratibus urbanis. Recte autem ibi, non posse Tribunum pleb. abnoctare ab urbe, extra urbem, extra muros, extra continentia urbis. Idemque Servius in illum locum Virg.

Torquet medios nox humida cursus.

scribens, diem civilem scilicet secundum Rom. à media nocte incipere, illa re juris indicari, quod cum tribuno pleb. inquit, abnoctare ab urbe non liceret, licebat tamen exire post mediam noctem, & ante meridiem reverti. Et ita quoque invenio apud Livium lib. 5. Flamini diali noctem unam manere extra urbem nefas fuisse, nisi adversa valetudo intercessisset. Quo etiam casu nec ultra binocinium abesse potuit, ut Cor. Tac. 3. annal. Recte igitur omnes illi extra urbem, vel extra muros. Et improprie Gell. 3. cap. 2. qui tribunum plebis dixit Roma nullum diem potuisse abesse. Roma pro urbe improprie. Aliud enim est urbs, aliud Roma. Urbis appellatio ostenditur esse in h. l. 2. arctior: Romæ latior, quia, ut ait Paul. in h. l. urbs muris finitur: Roma continentibus ædificiis, suburbiis, quæ sane sunt extra

urbem: id ostendit l. pen. §. pen. de excus. tus. & in hoc ipso tit. de verb. sig. l. ut Alfenus, l. ædificia: & l. qui in continentibus: urbs igitur finitur muris, Roma continentibus ædificiis, l. 4. §. pen. de pen. legat. l. qui Romæ 84. de leg. 3. Ideoque in legem committit tribunus plebis, qui pernoctat, sive abnoctat in suburbiis, id est, qui totam noctem manet in suburbiis, quia extra urbem pernoctare vetatur. Et qui in suburbiis pernoctat, licet non pernoctet extra Romam, pernoctat tamen extra urbem. Vis videre, quam hoc exemplum conveniat huic loco, conferas cum h. l. 1. urbana familia 166. inf. h. l. quæ explicata urbis appellatione, & inde urbanæ familiæ, deinde explicat quid significet verbum pernoctare. Quo fine? nisi quia respicit ad illam l. qua tribunus pleb. extra urbem pernoctare vetatur. Quia autem hoc loco subjicit Paul. quam dicamus esse majorem partem diei, crediderim ex d. l. urbana, §. pernoctare, licet alia mens videatur fuisse Servio in d. loco: hanc in l. illa fuisse factam differentiam inter diem, & noctem, quod non licuerit tribuno pleb. ne minimam quidem partem noctis abesse urbe; interdium non licuerit abesse majorem partem diei; cæteram partem licuerit: Quod sane hæc verba, majorem partem diei, inter notas Diaconi notata sunt singularibus literis tribus, id argumento est, ea verba esse ex formula legis alicujus, quam interpretatur Paul. hoc loco definiens majorem partem diei, naturalis scilicet, qui constat horis 12. tam æstate, quam hyeme, sed hyeme brevioribus, æstate majoribus: Majorem, inquam, partem diei esse 7. horarum primarum, non septem supremarum. Romani olim, imo & hodie pleræque civitates Italiæ à summo mane numerant horam 1. deinde 2. 3. 4. 5. & deinceps. Atque ita sexta hora diei est meridies, hora autem 12. suprema tempestas, id est, vespera, major vero pars diei est 7. horarum primarum, non supremarum, quia mane homines integriores sunt ad negotia omnia. Et quia illæ horæ potissimum foro, & negotiis infumuntur. Martialis, quem in hunc locum adducit Alciatus, Sexta quies lassus, septima finis erit. Octava dabatur balneo, nona cœnæ. Plin. lib. 3. epist. 1. ubi hora balnei nuntiata est. Est autem, inquit, hyeme 9. æstate 8. in Sole ambulat nudus, lautus accubat. Spartian. in Adriano: neminem nisi ægrum in publico lavari passum ante horam 8. Idem Martialis, Imperat. extructos frangere nona iboros. Cœnam intelligit. Major pars diei est horarum 7. non supremarum. Sane ita est. Nam & melior pars diei horarum 6. primarum, non 6. postremarum, qua de causa & iis, qui operas à mane debitas præstituerunt, quos transacta meliore parte diei, id est, medio die interjungere, & ut Varro loquitur, suo insitio somno diffindere licet, l. medicus 23. de oper. libert. Item qui diurnas operas promissit, sed non à mane eas præstitit, sed à sexta hora, id est, à meridie, totius diei nomine tenetur, perinde, ac si nihil egisset, l. 2. de ann. leg. quia deficit meliori parte diei. Quamquam, & eum liberari constat, qui eas præstitit à diluculo usque ad sextam tantum, l. 3. de oper. libert.

Ad Legem IV. de Verb. sig. Nominis appellatione rem significari, Proculus ait.

Hæc verba, quo referenda sint, non tam facile est dicere, quam verba qualiacumque condere: Nihil nos juvant interpretationes doctorum, nihil etiam Alciat. qui in hunc titulum scripsit melius, quam in nullam aliam partem juris: ita tamen, ut plus, ne quid in hac parte juris deesset, diffideret, quam in aliis omnibus. Et ille vero cum cæteris errans perperam legit in h. l. pecuniæ, pro nominis, ac proinde nihil ipse, neque alii afferre possunt, quod proprie ad verba h. l. pertineat, quæ sunt de nominis non pecuniæ appellatione. Possunt quidem meo iudicio ea verba non improbabilitate referri ad edictum ante relatam, quo prætor jubet eum, qui in jus vocatus est, iudicium sistendi causa locupletem fidejussorem dare pro qualitate rei, quam actor petit, l. 1. in jus vocat. eam. l. 5. §. 1. qui satisd. cog. ubi proculdubio est, rei appellatione non tantum contineri corpora, quæ actor petit, sed etiam nomina, id est, debita & obli-

& obligationes, quas constat in jure, non in corpore consistere, res incorporales, non corporales esse, l. 1. §. ult. sup. de rer. divis. Et ita rem accipi constat in stipul. rem pupil. salvam fore, id est, non ea tantum, quæ in patrimonio ejus sunt, sed etiam nomina, l. 9. rem pup. sal. fore. Et cum agitur de missione in possessionem rei servandæ causa: Rei enim servandæ, id est, debiti sive nominis servandæ causa, ut Nov. 53. debiti servandæ causa. Et sæpe apud Plaut. rem solvere, id est, nomen dissolvere, res tibi soluta est, recte in Curculione, & alibi sæpe, & in illo loco vexato Ciceronis, in eo decreto, soluta re Scaptio, ubi perperam Urfinus legit. Solvitur æs Scaptio. Nam nihil elegantius, quam dicere, rem solvere, aut dissolvere rem, id est, dissolvere obligationem pecuniæ debitæ, factam per numerationem: at ut in illo edicto rei appellatione etiam nomen continetur: ita è contrario Paulus ex Proculo docet hoc loco, interdum nominis appellatione rem significari, id est, corpus, quod est in obligatione. Proprie nomen est jus, id est, obligatio, actio, res incorporalis, quæ intelligi potest, tangi non potest, vel cerni. Item chirographum non est charta, tabella, instrumentum, sed obligatio, actio, l. servum filii, §. eum, qui, de leg. 1. l. Lucius, §. civibus, de leg. 2. l. qui chirographum, de leg. 3. At nonnunquam iis appellationibus nominis, vel chirographi etiam res, quæ debetur, significatur, veluti prædium, aut municipium. Et ita Basilica, quod hic de nomine Paulus, de chirographo interpretantur, quoniam utriusque appellationis eadem vis est, & potestas, τὸν ὀνόμασι τῆς γρογραμμάτων τὸ κεχρησαστημένον ποσῶν σημαίνεται. Appellatione chirographi etiam res debita significatur, quæ tamen non est propria significatio, vel nominis, vel chirographi: hæc enim duo verba juris intellectum habent.

Ad L. CV. de Reg. jur. Ubicumque causæ cognitio est, prætor desideratur.

Hæc l. unico tantum versu constat: ubicumque causæ cognitio est, prætor desideratur, nec in proclivi etiam est omnibus eam explicare, debui hanc legem, sive regulam aliis novem adjungere, quas initio exposui, quia & hæc ut illæ omnes possunt aptari iis, quæ diximus de magistratibus municipalibus, sive de duumviris, & de causa damni infecti, qua in causa tria decreta interponi ostendi: Unum, quo jubetur caveri damni infecti, alterum, quo in possessionem iri, & tertium, quo eam rem possideri, quæ de agitur, tria decreta, & ea, inquam, interponi causa cognita, explorata, & bene perspecta in consilio. Decretum enim est sententia, quæ sequitur causæ cognitionem. Hæc igitur duo fere simul comitant, decretum, & causæ cognitio. Et quod notandum, ea tria decreta interponuntur die feriato etiam, l. 2. de feriis. Ac rursus, ut dixi, interponuntur à prætore, vel præside suo jure, id est, jure magistratus, quem gerit, & vi jurisdictionis, quam exercet. Et per consequens eorum decretorum interpositio mandari potest duumviris, sive magistratibus municipalibus. Et vero injungitur prætoris edicto, ut quoties res celeritatem desiderat, & id à duumviris postulatur, duo priora decreta interponantur, l. 1. §. 4. de damn. infec. alioqui magistratus municipales, hisce rebus se immiscere non possunt, quia magis sunt imperii, quam jurisdictionis, & quæ hujusmodi sunt, magistratus municipales facere non possunt, nisi ex mandato, ex vice aliena, l. 26. ad municip. Tertium autem decretum, quod est majoris momenti, quoniam eo dominium, aut verius possessio jure domini, vel usucapionis occasio præbetur ei, qui decretum illud obtinet: prætor etiam mandare, id quidem potest, sed mandare non solet: tertium sibi, suæ jurisdictioni reservat. Sciendum est prætori, vel præsidi alia competere jure magistratus, & jurisdictionis suæ: hæc mandare potest, aut mandata jurisdictione tacito jure transferre in alium: alia vero prætori, vel præsidi specialiter competere jure legis certæ, aut Senatusconsulti, aut constitutionis Principum. Et hæc mandare non potest, quia legis sunt: aut permittente lege ei concessa, jurisdictionis non sunt. Hæc est certissima distinctio, quæ proponitur in l. 1. de offic. ejus, cui mand. Secundum quam

Tom. II. Post.

recte dicemus, aliam esse causæ cognitionem, quæ prætori, vel præsidi pro sua jurisdictione, suo jure, suo Marte, ut ita dicam, competit, veluti de damno infecto, & aliis quamplurimis causis. Et hujus causæ cognitionem mandari posse magistratibus municipalibus, sive duumviris, vel etiam aliis privatis, l. ult. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. Nullus vero est magistratus, ne municipalis quidem, cui causa cognita jus decernendi non sit de rebus ad suam jurisdictionem pertinentibus. Imo & quacumque de re adeatur, an de ea re jurisdictione sua sit, ut generaliter definit l. 2. si quis in jus voc. quod non fit sine causæ cognitione, l. 2. §. sed etsi, de judic. Ergo ubi hæc causæ cognitio est, ibi non omnino prætor desideratur, quia ea causæ cognitio etiam privato mandari potest. Nec igitur ad id genus cognitionis, quæ pro parte jurisdictionis est, & competit cuicunque magistratui, jure suo, hæc regula pertinere potest. Verum alia est cognitio causæ, quæ specialiter lege, aut Senatuscons. aut constitutionibus principum prætori, vel consuli, vel præsidi datur, veluti ex Senatusconsulto Syllanotio, sive cognitio de domino in familia occiso, ad quam omnino prætor desideratur, nec à prætore hæc notio alii cuiquam mandari potest, quia ei lege datur, non ei pro sua jurisdictione competit. Et lege speciali datur, quæ noluit alterius notionem esse, quam prætoris, l. 1. §. si à familia, de offic. ejus, cui mand. Et ex l. Cornel. cognitio inter sicarios, vel quæ alia quæstio, & cognitio prætori permittitur, qui legibus quærere propterea dicitur: legibus publicorum judiciorum. Nam & hanc quæstionem, sive notionem publici judicii alii delegare, vel mandare non potest, d. l. 1. de offic. ejus, cui mand. Et ex oratione D. Marci cognitio de transactione alimentorum, quæ non temere permittitur iis, quibus alimenta relicta sunt, sed causa cognita à prætore ipso, non ab eo, cui eam cognitionem mandaverit, nec enim eam mandare potest, quia eam habet à lege speciali, non à se, non jure magistratus sui, l. cum ii, §. sed nec mandare, de transact. Item ex oratione Severi cognitio de alienandis, vel obligandis prædiis minorum, quam 25. annorum, quæ etiam mandari non potest, l. 2. de offic. ejus, &c. Hæc notiones omnes alii mandari non possunt, quia ex lege veniunt speciali, non ex jurisdictione magistratus propria. Adde ex l. Ælia Sentia cognitionem, vel probationem causæ, quæ etiam mandari non potest, manumittendi servi, quem scilicet minor 25. annis vindicta manumittere vult, vel etiam manumittendi servi minoris 30. annorum, quem major ætate dominus vindicta manumittere vult, d. l. 2. de offic. ejus, &c. Quæ quidem probatio, & cognitio causæ manumissionis fit, aut fieri potest à prætore solo in urbe, vel à consule, & in provinciis à præside solo advocato consilio, quod quidem consilium in urbe à Theoph. nostro, & Ulp. lib. sing. reg. didicimus constituisse ex decem: prætore sedente in medio. Sexto igitur loco. Livius 29. sedebat prætor in medio consilii. Unde M. Tull. pro Cluentio: quid est Quinii Naso, cur tu in hoc sexto loco sedeat? id est, in medio. In provinciis autem, ut idem Theoph. & Ulp. docent, præside præbente consilium advocabantur 20. ut & in municipiis, quoties alia de re duumviri consultabant, ut indicat inscriptio Neapolitana, in qua ita habetur: hoc opus omne facito arbitrato duumvirorum, & duumviratum, qui in consilio esse solent Puteolis, dum non minus 20. adsent, ubi extitit Corrector lapidum, qui scripsit esse legendum, duumviratum, non duumviratum, perperam; cum ii, qui duumviratu functi sunt, non tantum duumvires dicantur, l. 1. de albo scribendo, ut consulares, sed etiam duumviratii, ut prætoritii, vel ædilitii, imo & duumviratitii, ut apud D. Augustin. de cura pro mortuis agenda: Curialis, inquit, pauper vix ejus loci duumviratitius. Duumviratitius, ut prætoritius, & quinquennialitius in antiquis inscriptionibus. Sed ad rem. Adde superioribus, ex Senatusc. Turpil. iudice sedente pro tribunali dari, præberi accusatori postulanti abolitionem, id est, veniam omittendæ accusationis, quæ etiam à præside, vel prætore alii mandari non potest, l. 1. §. abolitio, ad Senatusc. Turpil. Adde cognitionem tutoris ex inquisitione dandi lege Ætulia, vel lege Julia, & Titia, quæ quæstio, &

B

notio

notio etiam mandari non potest, & omnino desiderat prætoris, vel præsidis curam, & interventum, l.8. de iur. & curat. dat. Adde cognitionem indulgentæ creditoribus defuncti, & creditoribus heredis, vel indulgentæ inter hos, & illos separationis bonorum, quæ notio, ut ait l.1. §. de iis autem, de separat. Est prætoris, vel præsidis, & nullius alterius, inquit. Omnino igitur, & ea notio prætorem, vel præsidem desiderat. Et ad hæc nimirum genera cognitionum hæc reg. pertinet, ubicumque causæ cognitio est, ibi prætor desideratur. Nam ad eam notionem, quæ prætori suo jure competit, veluti de damno infecto, omnino prætor non desideratur, quia eam duumviris potest mandare, vel aliis quibuscumque. Quod cum Paulus ostendisset hoc libro, subjicit, ubi tamen causæ cognitio est, tributa scilicet prætori specialiter lege, aut Senatufconf. aut constitut. ubi, inquam, causæ cognitio proprie est, non jurisdictionis: est enim ea cognitio legis, non jurisdictionis, ibi prætorem omnino desiderari, prætoris notionem, & nullius alterius, ut ait d. §. De his autem prætorem scilicet, vel præsidem, quem constat in provinciis vice prætoris, & omnium magistratum urbanorum fungi, l. si in aliquem in fin. de offic. proconsul. Et ne ex mandato quidem ad eas quæstiones, & notiones, quodum exempla satis multa jam exposui, ne ex mandato quidem ad eas se adhibere magistratum municipalem possit. Et ita hæc regula est explicanda.



JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. II. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XII. de Officio proconsul. Legatus, mandata sibi jurisdictione, judicis dandi jus habet.

UT primo, ita secundo libro tractavit Paul. de jurisdictione. Neque enim omnis is tractatus uno libro comprehendi potest. Tractavit de officio ejus, cui mandata est jurisdictione. Et quod huic tractatui proximum est, etiam de cautione judicio sisti, de qua egerat libro primo, ut patet ex l.1. inf. in jus voc. ut eant, &c. pro qua l. ni fallor, heri adduxi legem 1. si quis in jus vocatus non jert, cum agebam de fidejussore judicio sisti, quem ex edicto prætoris idoneum dare oportet, l. §. qui satisf. cog. pro qualitate rei, quam actor restituendam esse petit, l.1. in jus voc. ut eant. Et ex illis quidem tribus legibus, quas hodie explicaturus sum, l.12. de offic. proconsul. legatus, inquit, mandata sibi jurisdictione, dandi judicis jus habet, de Legato proconsul. loquitur, qui ante mandatam sibi jurisdictionem jus dandi judicis non habet: post mandatam sibi jurisdictionem jus dandi judicis non habet nisi ex lege, l. cum prætor 12. de judic. Ideoque per se mandata jurisdictione Legato, non ideo & judicem dare Legatus potest, sed quia hoc ei lex dedit, proinde atque proconsuli. Et hac in re longe melior est conditio magistratum urbanorum. Nam ii cujuscumque ordinis sint, prætores, proconsul. quæstores. præfecti urbi, suo jure, sive lege speciali jus dandi judicis habent in singulis causis, l. ult. inf. quis, & à quo appell. l.3. de jurisd. suo jure, vel quod idem est, more majorum, & propter vim imperii, ut ait l. cum prætor, §. item hi, de judic. propter vim imperii, id est, magistratus jure. Et ideo juxta regulam l.1. de offic. ejus, cui mand. judicis dandi potestatem alii mandare possunt, quia eam jure suo magistratus habent. Et vero mandata ab eis jurisdictione, eaque quoque pars jurisdictionis mandata videtur.

Ad L. VI. de Jurisd. Et quia nec principaliter ei jurisdictione data est, nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam jurisdictionem: ideoque si is, qui mandavit jurisdictionem, decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est jurisdictione, geri cæperit: solvi mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis.

Certum est eum, cui mandata est jurisdictione, eam alii mandare rursus non posse, l. §. hoc tit. l. ult. de officio ejus, cui mand. Quæ sit ratio hujus sententiæ h. l. ostendit, quia nimirum ei, cui mandata est jurisdictione, non principaliter data est, mandata, non data jure directo, & principaliter. Principaliter data est magistratui, cujus beneficio eam habet, nec ipsa lex, ut ait, vel ipsum jus, quod est directum, ei jurisdictionem defert, ut magistratui, cum nec magistratus sit, nec mandata jurisdictione magistratus fiat, sed mandatam sibi à magistratu confirmet. Quæ datur magistratui principaliter, defertur ei: quæ mandatur, non defertur, aut datur, sed confirmatur. Et jurisdictionem quoque eum non habere suo jure, sed alieno beneficio, id est, beneficio magistratus, cujus vice fungitur, l. §. solet, 16. h. l. l.3. de offic. ejus, cui mand. ut apparet ex eo, quod morte prætoris, vel præsidis, id est, legati Cæsaris, qui mandavit suam jurisdictionem, si mors ejus contingat re integra, id est, antequam pro jurisdictione sibi mandata quicquam agere cæperit, mandatum dissolvitur, & jurisdictionem habere desinit, qui eam non potest exercere, nisi alieno nomine: Et ejus nomine, qui desit esse in rebus humanis nihil agere potest, & est certissima regula juris, mandatum re integra finiri morte mandatoris, quæ obtinet non tantum in mandato negotii cuiusque (qui contractus est bon. fid.) sed etiam in mandato jurisdictionis, itemque in jussu patris, vel domini, l. si per epistolam, de acquir. hered. & in cessione tutelæ, quæ morte cedentis extinguitur, ut Ulpian. scribit lib. sing. reg. Denique mandatum omne, quodvecumque mandato proximum est, re integra dissolvitur morte mandatoris, l. mandatum, C. mand. Secundum hæc recte dices cum l.1. §. qui mandatum, de offic. ejus, cui mand. eum, cui mandata est jurisdictione, proprium nihil habere: sed ejus, qui mandavit, jurisdictione uti, & quodammodo ei præbere vicariam operam. Ab hac sententia excipi tantum volo legatum proconsulis: quin l.13. de offic. proconsul. ex contrario præbet argumentum, quod est probabile, & in jure frequens probabile est, ut Aristot. definit, contraria de contrariis dicta esse probabilia: ex contrariis, inquam, d. l. 13. ostendit legatum proconsulis mandata jurisdictione non tantum mandatam, sed quodammodo propriam jurisdictionem habere, quia ait, legatum proconsulis nihil habere proprium, nisi à proconsule mandata ei jurisdictione fuerit. Ex diverso igitur, si à proconsule ei mandata jurisdictione fuerit, proprium aliquid habet. Cur hoc sit exceptum in legato proconsulis causa hæc est, quia non eum sibi delegit proconsul. Prætor, aut præses suo arbitratu deligit quem vult obire suas partes in jure dicundo, proconsul non item, sed ei datur legatus, cui mandet jurisdictionem à Senatu, vel populo, ut Servilio proconsuli à Senatu Pompejum legatum datum Appianus scribit 10. de bello civili, & Capitolinus in Gordiano, Gordiano proconsuli Africæ, legatum esse filium à Senatu datum. Et Vopiscus Probum Imperatorem permisisse patribus, ut proconsules crearent, & legatos darent proconsulibus. M. Tul. ad Quintum fratrem, proconsuli Asiæ comites, & adjuvatores negotiorum publicorum Remp. ipsam dare: propterea legato sibi dato proconsul mandare sibi cogitur suam jurisdictionem. Hoc scripsimus, & est verum. Ne turbet, quod ait lex solent, de offic. proconsul. mandare, vel non mandare jurisdictionem esse in arbitrio proconsulis, quia nec etiam in arbitrio ejus est, cuicumque volet eam mandare, sed si velit eam mandare, aut, ut plerumque necesse est, quum distringitur majoribus negotiis, & urgentioribus, proculdubio cogitur eam legato mandare, nec enim alii cuiquam, quam legato eam mandare potest. Proprium etiam aliquid habere legatum proconsulis, cui mandata est jurisdictione, & quasi jurisdictionem propriam, argumento est, quod & adfessores habet, qui comites dicuntur, comites scilicet sedendi, l.6. §. ult. De pænis. Et in quibusdam etiam provinciis habet legatus lictores, & fasces, & sellam curulem, ut legatus proconsulis Africæ auctore Spartiano in Severo. Quod item ab eodem legato proconsulis ipse proconsul appellatur, quasi alius, l.2. quis, & à quo appell. Et tamen ab eo, qui mandatu prætoris, vel præsidis, id est, legati Cæsaris jus dicit, prætor, vel præses non appellatur, sed ma-

major magistratus; quia idem ab eodem appellari videntur, propterea quod jus dicit vice prætoris, vel præsidis, non sua, l. 1. §. ult. quis, & à quo appell. legatus autem proconsulis suo quodam proprio jure jus dicit potius, quam vice proconsulis, quamquam non ante jus dicere possit, quam ei assensus fuerit proconsul mandata jurisdictione. Ideoque, & ampliora jura constitutionibus principum legato proconsulis dantur, quam aliis, quibus mandata est jurisdictione, qui nec legatorum nomen habent: nam & legatus proconsulis ex oratione Divi Marci tutorem dare potest, l. 1. de tut. & curat. datis: & judicem, ut habuimus in l. 12. de offic. proconsul. Quod tamen non potest is, cui præses mandavit jurisdictionem, quia præses provinciarum suo jure, judicis dationem non habent, sed ex lege speciali, ut dixi in d. l. 12. Omnium quidem urbanorum magistratum vice, & officio, & partibus funguntur, omnes præses provinciarum, etiam proconsules, l. 7. inf. de offic. proc. l. 10. & seq. de offic. præsid. Qua comparatione Aristoteles 4. Politic. utitur: Præses provinciarum, qui soli in provinciis summam rem obtinent, sunt veluti ὀφειλάκια, quæ vasa militaria erant, auctore Polluce, variis ulibus apta, ut & præses similiter variis officiis, & muneribus, & functionibus variis, nempe omnium magistratum urbanorum. Sed ut illa vasa non omnes usus præbent, sic nec sine exceptione ulla, & sua vi, suove jure omnia præsidis habent, quæ omnes magistratus urbani. Certe non judicis dationem, nisi ex lege, d. l. cum prætor. Omnium vice, & jure funguntur, sed non possunt omnia tamen, qui omnium vice funguntur, qui in eorum vicem maxima ex parte veniunt. Datur etiam quandoque legato proconsulis, si ei mandata sit jurisdictione, quæ non datur ei, cui prætor, vel præses jurisdictionem mandavit, judicii publici, judicii criminalis disceptatio, l. 11. de offic. proconsul. l. 1. C. eod. Qua ex re Græci interpretes rectissime ad d. l. 11. colligunt, legatum proconsulis jurisdictionem habere, non tam ex mandato, quam ex lege, proprio quodam jure, cum & nonnunquam criminale judicium exercere possint, sicut & lege nonnunquam ei datur jus gladii, ut Capitolinus scribit, proconsuli Africæ Gordiano, filium ejus legatum esse datum à Senatu cum jure gladii. Et hoc argumento fortiter defendi potest, mortuo proconsule, legatum, cui mandata est jurisdictione, etiam si mortuus sit proconsul re integra, id est, antequam legatus jurisdictionem exercere cœpisset, legatum non amittere jurisdictionem, quoniam eam proprio quodam jure habet, magis quam mandati jure. Ita ut plane hæc l. 6. intelligenda sit de iis tantum, quibus à prætore, vel præsidibus provinciarum, id est, legatis Cæsaris mandatur jurisdictione, qui legatorum nomine donati non sunt, non etiam de legatis proconsulis, ita ut mortuo proconsule re integra, non finiatur jurisdictione mandata legato.

Ad L. I. de Receptis, & qui arbit. Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur, & ad finiendas lites pertinet.

Commodissime videtur referri hæc lex ad cautionem, sive satisfactionem judicio sistendi causa, quam ex edicto prætor interponi jubet, ab eo, qui vocatur in jus, nisi in jus rapi velit, obtorto collo, de qua satisfactione, ut etiam dixi initio hujus recitationis, Paulus egerat libro 1. Ad eam, inquam, satisfactionem hæc lex referri potest. Quo argumento? nam ex l. 9. & 13. §. si quis cautionem, intelligimus servum, qui quasi litigatorum satisfactionem sisti, sub pœna, ut sit, nisi sisteret vadimonium, id est, nisi sisteret se in judicio, non teneri pœnæ nomine ex stipulatu, neque fidejussorem ejus, quia servus in jus vocari non potest, qui non potuit antestari, ut l. 6. & 7. C. de judiciis. Idemque dicendum est, si servus, qui cum libero homine aliqua de re contendebat, compromiserit in arbitrum sub pœna. Nam ab eo servo, vel à domino ejus actione de peculio ex stipulatu, pœna ob causam compromissi peti non potest, l. 3. §. si servus, de peculio, quæ id aperte ostendit. Compromissum, inquit, hæc lex prima, ad similitudinem judiciorum redigitur, & ad finiendas lites pertinet: servus non est justus litigator, ergo nec jure compromittit; cum servo non est judicium,

Tom. II. Post.

ergo nec compromissum, sive arbitrium ex compromisso: argumentum à judicio ad compromissum optimum, & verum est, ut in l. 6. hoc tit. filiusfam. de re patris judex esse potest: ergo & arbiter compromissarius. Et in l. 46. hoc tit. minor 20. annis judex esse non potest, ergo nec arbiter compromissarius: compromissa comparata sunt ad similitudinem judiciorum.

Ad L. IV. de Usufr. & quemadmodum, & Sec. Usufructus in multis casibus pars domini est: & extat, quod vel præsens, vel ex die dari potest.

Quæ sequuntur leges, quas explicabimus, cui parti juris, vel edicto reddendæ sunt, non liquet, ideoque in eis interpretandis abstinere ab hujus rei expositione, vel notione. Series ipsa, & cohærentia librorum, & aliarum legum forte nobis adferet lucem aliquam, & quod spero patefaciet menda plerisque inscriptionibus inesse quamplurima. Ait autem Paulus in l. 4. de usufr. usufructus in multis casibus pars domini est, & extat, quod vel præsens, vel ex die dari potest: usufructus in multis casibus pars domini est, id est, pars proprietatis: quod non est ita accipiendum, quasi usufructus. revera sit pars proprietatis, qui certe non est pars proprietatis, sed pars, vel species potius servitutis, per quam homini res aliena servit, l. 25. de verb. signif. & in jure, non in parte consistit, ut ait l. Marcius, §. pen. de leg. 2. Denique jus est servitutis, quod quis in alieno fundo habet, non pars fundi, non pars proprietatis. Et recte dico fundi proprietatem totam esse meam: recte totum fundum meum esse vindico, etiam si usufructus meus non sit, sed nulla proprietatis tantum. Et usufructum non esse partem fundi, vel quod idem est, partem proprietatis, Papinianus ostendit in l. 35. §. 1. hoc tit. hoc argumento, quia si cum mihi, & Titio conjunctim fundus legatus esset, ab herede petiero partem fundi, nec obtinero; deinde partem suam Titius repudiarit, pars Titii mihi non adcrevit; quia pars rei parti adcrevit, veluti alluvione pars parti adcrevit, & non habeo partem meam: ideoque mihi petenti partem jure adcrevendi, obstat vulgaris exceptio rei judicatæ, quia quum judicatum est partem meam non esse, & hoc judicatum est, partem alteram consequenter mihi adcrevendi non posse, quia partem non habenti pars non adcrevit. Pars enim parti, non personæ adcrevit. Sed si cum mihi, & Titio usufructus fundi legatus esset, partem usufructus petiero, nec obtinero, deinde Titius repudiarit portionem suam, eam vindicare possum sine metu exceptionis rei judicatæ, quia portio usufructus non adcrevit portioni fundi, sed personæ, cui usufructus legatus est, quod jus personale est, etiam si portionem suam amiserit, l. interdum, de usufr. adsc. l. & an eandem, §. qui cum partem, de except. rei judic. Atque ita in hac specie non est eadem ratio partis fundi, & partis usufructus: pars enim fundi adcrevit parti fundi: pars usufructus, non adcrevit parti fundi, sed personæ: in multis casibus, nec igitur usufructus pars fundi, aut domini est. Quod autem ait Paulus hoc loco, usufructum partem domini esse, sic accipi oportet, esse instar partis domini, habere, & obtinere instar partis domini, ut cautius loquitur l. cum filius 66. §. dominus, de leg. 2. habere effectum partis domini, ut in d. l. 33. veritate inspecta ait Papinianus, usufructum in quibusdam casibus non obtinere effectum partis, id est, partis domini, ut Basilica supplet, & ὁμοίως τῶν μερῶν τῆς δεσπορίας, usufructum non similem esse parti domini. Et ut subjicit Pap. in d. l. 33. illum casum, quem supra exposui, quo portio usufructus longe distat à portione fundi, vel domini. Et potest addi alius casus ex l. 13. §. illud, de acceptil. si is, cui fundus debetur, debitori usufructum accepto ferat, nihil agit, quia qui accepto fert, vel totum, vel partem ejus, quod stipulatus est, accepto ferre debet, ut acceptilatio congruat stipulationi, l. nisi, eod. usufructus autem si verum amamus, neque fundus est, neque pars fundi. Item alius casus ex l. juslo, §. non mutat, de usurp. & usucap. & l. locum, §. penult. hoc tit. & l. 2. de usufr. leg. si usucepero fundum, proprietatem adquireo, quæ fuit

B 2

alie-

aliena, non etiam usufructum, qui à proprietate separatus fuit, quia vere pars proprietatis non est: at ut videamus tamen quibus casibus usufructus habeatur pro parte fundi, vel rei cuiusque, sive pro parte proprietatis, aut domini, non pro servitute, licet reipsa nihil aliud sit usufructus, quam servitus, quam res aliena homini debet. Multos vero Paulus dicit esse casus in hac l. 1. & nos etiam multos proferamus. Heres, à quo fundus legatus est, si ejus fundi usufructus alienus sit, vel ipsius heredis, non nudam proprietatem, sed & usufructum, id est, plenum dominium legatario præstare debet, quia usufructus totius fundi emolumentum continet, & ideo pro parte rei habetur. Hæc est ratio legis *Mævius, §. pen. de leg. 2.* Certe parum mihi proficit proprietas rei, nisi reipsa utar fruar. Denique usufructus totius rei emolumentum continet: & ideo pro parte rei habetur. Item ab eo, qui fundum debet, recte accipitur fidejussor in usufructum fundi, *l. si à reo, §. si reo, de fidejuss.* Quia fidejussor, & in partem rei accipi potest, *l. 9. eod. tit.* & usufructus pro parte rei est, quia ut ait *d. §. si reo*, jus rei, jus fundi est, ubi jus fundi (longe cave interpretari servitutem fundi) nam & in servitute fundi, veluti viam, vel iter, à debitore fundi inutiliter fidejussor daretur, & acciperetur, quia alia res est fundus, alia via ad fundum, & in aliam rem fidejussor inutiliter accipitur, & usufructus quoque non est servitus fundi, sed servitus hominis, sive personæ, *l. 1. §. quoties, de servitut. servitus in fundo, l. 2. hoc tit.* quæ scilicet homini debetur, non servitus fundi: nam servitus fundi ea est, quæ fundo debetur: hæc personæ debetur, non fundo. Jus illo loco est emolumentum, & utilitas omnis fundi, ubertas, bonitas, fertilitas, commodum, & perceptio fructuum, *l. quid aliud, de verb. signific.* Sequuntur alii casus, quibus usufructus etiam pro parte fundi est, ut si stipuler fundum, deinde usufructum, non novandi causa, posteriore stipulatione nihil ago, quia similis sum ei, qui post totius stipulationem, frustra partem stipulatur, non novandi animo, *l. qui usufructum, de verb. obl.* Usufructus, ut recte hoc loco Rogerius dixit, similis est parti fundi, non pars fundi: est similis parti fundi, quia usufructus, ut dixi, omne emolumentum fundi continet, seu amplectitur: emolumentum ab eo, quod fruges emolantur, ut apud Persium, & *granaria fas est emole. Satyr. 2.* & apud Cæs. 1. de bello civili, *sine magno comæatu, & emolumento, comæatus, & emolumentum idem sunt.* Præterea si petiero fundum, nec obtinero, postea petenti mihi usufructus obstat exceptio rei judicata, *l. si cum, §. si fundum, de except. rei judic.* Si pactus sum de fundo mihi debito non petendo, & petam usufructum, mihi obstat exceptio pacti, *l. si unus, §. item si pactus, de pactis.* Si emerò fundum, venditor evictio usufructus ejus fundi, quasi evicta parte, actione ex empto mihi tenetur evictionis nomine pro bonitate, & parte fructuum, quos fundus ferre solet, *l. 1. l. 15. l. vacca emptor, de evict. l. in vendendo, de cont. empt.* Item si mihi fundus legatus sit, quia legatum pro parte adimi potest, mihi ejus fundi usufructus adimitur recte, *l. 2. de adim. leg.* Et alia ratio est acceptilationis, quæ fundo debito ex stipulatu non fit recte in usufructum, ut supra dixi, quia acceptilatio est actus solemnis, *l. actus, de reg. jur.* cujus verba adamussim respondere debent obligationis verbis in totum, vel ex parte. Legati autem ademptio fit nuda voluntate citra proprietatem ullam verborum.

Ad §. & extat quod, &c. Sequitur in hac l. & extat, quod vel præsens, vel ex die dari potest. Ait extat, quod est constat, *l. unica, §. item, si ex die, quand. dies usufruct. cedat, & in l. Statius, de jure fisci,* testamentum non extare, id est, non constare, non valere, testamentum ruptum esse: extat igitur sive constat inter prudentes, quod usufructus præsens, id est, pure, vel ex die dari potest, adde vel ad diem, *d. §. item si ex die, l. & puto, §. usufruct. sam. ercisc. l. 2. quando dies leg. ced.* Et observa diligenter hæc Paulum scribere de usufructu. ad differentiam servitutum prædiorum urbanorum, vel rusticorum. Usufructus in multis casibus pro parte domini habetur, vel pro parte fundi: servitus nullo casu, *d. l. cum filius, §. dominus, de leg. 2. leg. 25. de verb. signif. usufruct.*

A ex die, & ad diem potest constitui ipso jure, ut & dominium, *l. Seja, de mort. causa donat. inf. l. ult. C. de legat. l. 2. C. de donat. quæ sub modo, servitus prædii non item.* His addamus paucula quædam, quæ idem Paulus proponit in *l. 1. de oper. serv.* his verbis: *Opera in actu, &c.*

Ad l. 1. de Oper. serv. *Opera in actu consistit; nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo præstanda est: quemadmodum cum stipulamur, quod ex Arctibus natum erit.*

Recte hanc l. aptamus superiori, quæ est de usufructu: nam in usufructu servi sunt operæ, & retro fructus servi consistit in operis, aut mercedibus operarum, *l. 3. & 4. hoc tit.* Multum tamen interest, quo respicit hæc lex prima, usufructus servi legetur, an operæ. Opera in actu consistit, ut ait initio hujus legis, & usufructus quoque in actu consistit, & in facto, *l. 1. in princip. quand. dies usufr. leg. ced.* Sed opera in actu consistit ejus, qui operam debet: usufructus autem in actu, vel facto ejus, cui usufructus debetur. Unde oriuntur multæ aliæ differentiæ inter usufructum & operas servi. Usufructus, fructuario non utente fruente per modum, & tempus, amittitur, quia deficit actus, in quo consistit: nam capitis deminutione fructuarii usufructus amittitur, quia is, in cujus actu consistit per capitis deminutionem tollitur è medio. At operæ, omittente vel capite deminuto eo, cui debentur, non amittuntur, quia is, in cujus actu consistunt, puta servus, idem manet, *l. 2. hoc tit. l. 2. de usufr. leg.* Eademque ratione legatum usufructus ad heredem fructuarii, vel legatarii non transmittitur, quia cum persona, cui cohæret, extinguitur: operarum legatum transmittitur, si modo supervivatur servus, in cujus actu operæ consistunt, *d. l. 2. de usufr. leg.* Item usufructus legati dies cedit statim ab adita hereditate, & ab eo die peti usufructus potest, intelligiturque esse in rerum natura, etiam antequam messium, aut vindemiarum, aut scenificii, aut olivitatis, aut mellis messionis maturitas advenierit, *l. unica, §. dies, quan. dies usufruct. leg. cedat. l. 2. quand. dies leg. ced.* Operarum vero dies non cedit statim ab adita hereditate, quod Glossa scripsit male. Operarum dies non cedit, antequam is dies venerit, quo præstandæ sunt, & exhibendæ legatario, quia, ut ait in hac l. v. nec ante sunt operæ in rerum natura, *l. operæ, de oper. libert.* sicut (qua comparatione utitur Paulus hoc loco) nec si legetur, quod ex ancilla natum erit, ante dies legati cedit, quam ancilla pepererit, *l. cum ita, in princ. quan. dies leg. ced.* nec ante etiam id esse in rerum natura notissimum est, quia quid sit paritura est incertum, *l. ubi autem, §. illud, de verb. oblig.* Et operæ similiter sunt incertæ, antequam edantur, præstentur, exhibeantur, vel indicantur, & petantur, *l. interdum, eod. tit.* Addam & alias differentias. Servo usucapto usufructus non perit, ut dixi ad legem superiorem, operæ pereunt, ut ex contrario significat *d. l. 2. de usufruct. leg.* quia servus dominum mutat. Iterum, usufructus divisionem recipit, *l. 5. de usufruct.* operæ sunt individua, *l. 1. §. sed operas, ad leg. Falcid.* Et ideo recte in *l. 5. hoc tit.* operis servi legatis usum datum intelligi. Usus dicit, non usum fructum, quia usus cuiusque rei individuus est, sicut operæ, *l. usus pars, de usu, & habit.* At usufructus est dividiuus: fundo pro parte frui, pro parte non frui possumus, nimirum demetendo partem fructuum tantum: at fundo uti pro parte non possumus, & pro parte non uti: non possumus per partem unam fundi ambulare, quin videar pro totum ambulasse; qui usum partitur, naturam ejus corrumpit. Cum igitur tot sint differentiæ inter usufructum, & operas, recte ait *l. 5. in fine, usufructuar. quemadm. cav.* operas non per omnia imitari usufructum, ut *d. l. 2. de usufruct. leg.* cum, cui operæ legatæ sunt, non esse fructuarium, & *d. lex 1. §. sed operas, ad l. Falcid.* in legato operarum, neque usum, neque usufructum esse, per omnia scilicet, sed proprium jus quoddam, ut de habitatione dicitur in *§. pen. Institut. de usu, & habit.* Quamobrem, & proprius titulus datur de operis serv. separatus à titulo de usufructu. & à titulo de usu, & habitatu.

Ad

Ad L.VI. Depositi. *Proprie in sequestro est depositum, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.*

Sciendum est, tria esse genera depositi, imo quatuor, si respiciamus ad jus antiquum, quo fiducia erat in usu, unum scilicet genus depositi. Est præterea depositum quasi diu positum, quo datur custodiendum aliquid in longum tempus. Hodie igitur primum est genus depositi, quod diu datur custodiendum. Secundum genus est, quod dicitur servandum datum, quod ad breve tempus custodiendum datur. Et hujus differentia inter depositum, & servandum datum, auctor est Paulus 2. Senten. apud Licinium Rufinum. Est & tertium depositi genus, quod dicitur sequestro depositum. Dico *sequestro* per adverbium, quod quidem à deposito, & servando dato hoc distat, quod deponere, aut servandum dare, tam plures, quam unus possunt. Unus potest deponere, vel servandum dare; sequestro autem deponere non nisi duo, vel plures possunt, *l. sequester, de verb. signif. l. licet, l. pen. h. tit.* nam tunc fit sequestro depositum, quum inter duos, vel plures de re aliqua mobili lis, aut controversia est. Eam enim rem, vel, ut in *l. 4. & 5. C. deod. tit. instrumenta ad eam rem pertinentia, vel ultro, vel auctore judice deponunt apud tertiam personam, cujus fidem sequuntur, eligunt, & quasi apud mediam litis manum, ut Fabius loquitur. Item, quæ est alia differentia, cum duo, vel plures deponunt apud alium veluti rem communem, non singuli eam in solidum deponunt, sed pro sua quisque parte, & pro parte domini, quod in ea re habent, & singulis quoque depositarius tenetur pro parte tantum, nisi aliud actum sit, ut vel unus totam rem tolleret, vel ut uni tota res redderetur, *l. 1. §. sed si duo, d. l. licet, hoc tit.* At apud sequestrum unusquisque in solidum rem, de qua agitur, videtur deposuisse, ea scilicet lege, & conditione, ut ei, qui vicerit, in solidum reddatur. Et finita lite, id est, re judicata: victori quoque in solidum datur actio depositi in sequestrum, quæ appellatur actio depositi sequestraria, *lin. Asia, §. cum sequester, h. tit. l. 9. §. Labeo, de dolo.* Et recte igitur Paulus hoc loco ait: proprie in sequestro depositum esse, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum, reddendumque, traditur. Condicio illa, est conditio rei judicatae. Plautus Aulularia, *Ego servabo, inquit, quasi sequestro detis, neutri reddibo, donec hæc res dijudicata fuerit.* At præterea rei depositæ proprietatis, & possessio, quia depositarius eam tenet nomine deponentis, apud deponentem remanet: rei autem apud sequestrum depositæ possessio plerumque ad sequestrum transit, quoniam id plerumque agitur inter partes, ut interim pendente conditione neuter eam rem possideat, neuter usucipiat, sed ut possessio sit apud sequestrum, denique ambo dimittunt possessionem apud sequestrum. Potest quidem id agi, ut possessio non transeat in sequestrum, ut sequester cultos tantum sit, non possessor, quo casu medio tempore usucapio victori processisse intelligitur. At plerumque utraque pars apud sequestrum possessionem dimittit, *d. l. licet, h. tit. l. interesse, de acq. pos.* ait autem hoc loco Paulus, *proprie in sequestro est depositum.* Proprie, nam improprie etiam sequester dicitur, qui à Græcis dicitur *συνθηκαφύλαξ*, qui garde les gages, id est, custos pignoris positi, quasi apud arbitrum, ab iis, qui aliqua de re inter se sponsione contendunt, ut apud Macrobr. 3. cum Cleopatra Antonium sponsione provocaret, se insumere posse in unam cœnam sextertium centies, & contra vicissim contenderet sponsione Antonius, id eam præstare non posse, eunc electo ejus rei veluti arbitro, ut ait digno sculna Numantio Planco, sculnam dicit veteri vocabulo quasi *seculnam*, pro *sequestro*. Sic vero Lactantius, sive Luctatius in 7. Thebaidos, *sequestrum esse eum, qui certaminibus mediis intervenit, apud quem cujuscumque certaminis futuri pignora deponuntur.* Verum improprie, ut dixi, quia quod unus pro sua parte pignora deponit, id etiam alter non deponit, sed aliud & seorsum quisque quasi suum, non fit unius ejusdemque rei depositum, sed duarum: denique*

apud illum duo vel plures eandem rem singuli in solidum non deponunt, sed duas. Ideoque in illum victori non est actio depositi sequestraria, sed quasi de novo negotio actio præscriptis verbis, *l. 18. §. ult. de præscript. verb.* Proprie autem, ut ait, sequester est, apud quem duo pluresve eandem rem, de qua inter se litigant, vel controversantur, singuli in solidum deponunt ea lege, ut ei reddatur, qui vicerit, qui causam obtinuerit. Et hoc fortasse Paulus scripsit, cum tractaret de cautionibus judiciariis, veluti judicatum solvi, vel rem pupilli salvam fore, vel eam rem recte præstari. Quæ cautiones si non præstantur, & possessoris, id est, ejus, qui rem possidet, qua de agitur, suspecta persona sit, ex qua cautio desideratur, arbitrio judicis res mobilis, de qua agitur, apud officialem judicis sequestro deponitur apud acta, donec cautio præstetur, vel lis finem accipiat, *l. 7. §. ult. qui satisf. cog. l. 11. §. pen. ad exhib.* Sequestro deponuntur res mobiles tantum, vel se moventes, non res immobiles, non fundi, non agri, non vineæ, sed fructus agri quidem, ex causa sequestro deponuntur; fructus agri, de quo agitur, si forte periculum sit, ne forte possessor agri eos fructus devastet, & depopuletur. Hoc casu solent fructus apud sequestrum, vel sequestratos deponi, *l. imperatores, §. ult. de appellat. l. postquam, §. sed nec si ipsi, ut leg. nom. cav.* Et ex simili causa, quæcumque res mobiles etiam sequestro deponi possunt, vel auctore judice, & consentiente utraque parte, *l. ab executione, C. quorum appellat. non recip. l. ult. C. de ord. cogn. l. ult. C. quib. ad libert. proclam. non lic.* Solent & res dotales constante matrimonio ob dissolutos mores mariti, ne ab eo dissipentur, sequestro deponi postulante muliere, *l. si cum dote, §. si vero dotem, fol. matrim.* Imo vero & in interdicto, quo agitur de liberis exhibendis, qui ab aliquo detinentur, si is controversiam faciat actori, & litis longior mora futura videatur, apud notæ auctoritatis matronam sequestro deponitur puella, de qua exhibenda agitur, vel etiam puer prætextatus, *l. 3. §. ult. de lib. exhib.* vel etiam puella, de cujus nuptiis inter aliquos disceptatur (Græci *επιδιδωσ* appellant) *cap. cum locum, ext. de spons.* Hoc fit quotidie. Sola pecunia numerata certa, quæ petitur actione si certum petatur, vetatur sequestro deponi, *l. unica, C. de prohib. seq. pec. l. 1. Cod. Theod. si certum petatur de chirographis.* Et ratio evidentissima hæc est: quia qui certam pecuniam petit, non petit certa corpora nummorum, sed certam quantitatem, puta 100. Quantitatis autem nullum subest corpus, quod corrumpi, aut interverti possit. Periculum rei corrumpendæ, aut perdendæ exigit, ut sequester eligatur: nullum periculum subest, quum de quantitate certa agitur. Genus perire non potest; quantitas autem debetur in genere, ergo quantitas perire non potest, nihil est igitur periculi. At res corporales, siue sint mobiles, & inanimæ, siue animales, quæ in litem deducuntur, corrumpi interim, & vitari, dum lis pendet, & interverti possunt. Et ideo ex causa consultius est, eas res interim apud sequestrum deponere.

Ad L.VI. De rescind. vendit. *Si convenit, ut res, quæ venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat: aut proxima empti in factum datur.*

In hac l. probatur hæc pactio, siue lex emptionis venditionisque, ut si res vendita, & tradita intra certum tempus emptori displiceat, venditori reddatur, & inempta fiat. Idemque est si non sit adjectum certum tempus, quo tamen casu, nisi aliud suadeat iustissima causa, emptor non potest rescilire ab emptione venditione eo prætextu, quod sibi res displiceat, nisi intra 60. dies, nisi nominatim convenerit: nam & hæc conventio valet, ut emptor in perpetuum, quandocumque ei res displiceret, eandem rem redhibere posset. Et apud Plautum in Mercatore dixit, *se redhibere si non placeat, & in l. quod si nolit, §. si quid ita, de edilit. edi. l.* Et ideo si res emptori displiceat, ait Paulus hoc loco ex Sabino, emptori adversus venditorem competere actionem ex empto, ut eam rem recipiat, & pretium reddat actione ex empto redhibitoria, *l. pen. C. de edil. action.*

Verum

Verum addit Paulus quodammodo corrigens Sabinum : *A* Aut proxima empti, in factum datur : ex empto, inquit, actio ut Sabinus putat, id est, actio præscriptis verbis, quæ proxima, vicina, finitima, similis est actioni ex emptio. Omnis actio præscriptis verbis est similis alicui actioni ex iis, quæ civile, & proprium nomen habent, *l. naturalis. sup. de præscrip. verb.* Ex hac causa si agatur in factum sive præscriptis verbis, quæ appellatio non est proprium nomen actionis, atque adeo actio omnis præscriptis verbis nomine vacat proprio: similis tamen erit actioni ex empto, quæ proprium nomen habet. Tutius autem est ex ea causa agere præscriptis verbis, sive in factum, quod est narrato facto, & narrata pactione, nec expresso ullius actionis proprio nomine. Tutius, inquam, est ita agere in factum, id est, *ἰσχυρισμῶς*, narrative, ut Theop. interpretatur, quia agitur in hoc, ut finiatur & resolvatur emptio. Et dubitari potest, *B* an in id recte agatur directa ex empto actione, *l. ex empto, §. is, qui vina, de act. emp. l. si fundus, de leg. commiss.* Igitur dubitationis tollendæ causa, scrupuli eximendi causa, melius est agere præsc. verbis, sive in factum civili actione, ommissa actione ex empto directa. Addamus etiam breviter quod subjicit Paulus in *l. 15. de tut. & curat. dat.*

Ad Legem XV. de Tutor. & curat. dat. In omnem rem curator dandus est in ejus tutoris locum, qui Reipub. causa absuit.

IN omnem rem, inquit, curator dandus est in ejus tutoris locum, qui reipub. causa absuit. In omnem rem, id est, in omnem utilitatem pupilli, non in lites tantum: In negotia omnia pupilli, in universum patrimonium pupilli. *C* Et curator, inquit, ut in *§. item si Reipub. Instit. de excus. tut.* Curator, non tutor, si strictam juris rationem sequimur, quia tutorem habenti tutor dari non potest; & tutorem habet, qui habet absentem Reip. causa: nec enim desinit esse tutor, sed excusatur tantum ad tempus ab administratione, *l. seq. hoc tit.* Sed placet etiam stricta juris ratione insuperhabita, & in locum tutoris absentis reip. causa tutorem dari posse: neque enim illa regula est perpetua, sed perdit in plerisque causis suum officium, & vitiatur. Idque demonstrat *l. 3. §. si absuturus, de susp. tut. l. si tutor reip. de tut. & rat. distrab. l. questum, de tutel. l. 1. C. in quibus caus. tut. bab. tut. det.* Loquor de absente reip. causa, nam in locum tutoris absentis alia ex causa, forte suæ rei causa, neque tutor, neque curator datur. Et ita est accipienda, quæ videtur huic oblatæ, *l. 11. hoc tit. curator, inquit, pupillo, vel pupillæ non datur, si tutor eorum absuerit, videl. non Reipub. causa.* Forte hoc scripsit Paulus ad tractatum de stipulatione judicio sisti, quæ si reus, qui promisit judicio sisti, abesse cœperit reip. causa, neque in eum committitur, neque in fidejussorem ejus, *l. 6. sup. si quis caut.* ut scilicet ostenderet idem esse in stipulatione rem pupilli salvam fore, quæ à tutore interponitur, nec committitur ob id, si aliquo tempore absuerit reip. causa, nec tutelam eo tempore attigerit, sed de eo, quod gestum fuerit eo tempore, pupillo in eum est actio, cui tutor, vel curator datus est in locum prioris tutoris absentis reip. causa.

Ad Leg. LXVIII. de Verb. oblig. Si pœnam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses: certa est, & utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero, pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio: quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

MUltum interest scire an stipulatio certa sit, an incerta, quia non eadem ex utraque datur actio. Ex certa datur certi conditio, ex incerta actio ex stipulatu, quæ & incerti, & incerta actio dicitur sæpe in jure nostro, & quia prior, & securior est stipulatio certa, quæ quantitatem continet certam, quam stipulatio incerta. Nam quantitas ejus minui, vel obliterari non potest, & nullum actori, qui agit ex stipulatione certa, probationis onus incumbit. At incerta stipulatio sæpe ad exiguam, aut nullam summam redigitur, vel quia parum, aut nihil actoris

interest, quod solum in eam stipulationem venit; vel quia difficile est actori probare, quanti sua interest, *§. ult. Instit. eod.* Utriusque stipulationis certæ, & incertæ exempla ponuntur in hac lege. Si certam pecuniam, puta 100. stipulatus fuero, si pecuniam, quam spem faciebas te mihi crediturum, mihi non credidisses in negotia mea, certa est stipulatio pœnalis in centum, & valet, quia neque turpe, neque incivile est, oblata officia pœnæ vinculo constringere: at si hoc tantum stipulatus fuero, te mihi pecuniam crediturum, incerta stipulatio est, quia si pecuniam mihi non credideris, mihi non competit ex illa stipulatione petitio ulla pecuniæ, aut pœnæ certæ, quam intendam mihi dari oportere: sed petitio ejus, quod mea interest, creditam mihi pecuniam non esse: cujus probatio, & æstimatione difficilis, & incerta est, quia in facto consistit, sive pendet ex facto, sive ex qualitate negotii, quo de agitur, quæ plerumque in obscuro est, *l. ult. de præst. stipul. l. quatenus, de reg. jur.* Stipulatio illa (*te pecuniam crediturum*) est in faciendo concepta, & in omnibus in faciendo conceptis stipulationibus venit id, quod interest, *l. 72. infr. hoc tit.* ubi, inquit, si quid fieri stipulamur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, id est, æstimationem ejus, quod interest actoris; denique litem pecunia æstimari oportere, ut quum quis à patre stipulatus est filiam in matrimonium sibi datum iri, ea uxore non data, ex Servio Sulpitio Jurisconsulto Gellius refert lib. 4. c. 4. litem pecunia æstimari, & quanti interest eam uxorem dari, patrem stipulatori damnari, quia scilicet ea stipulatio in faciendo consistit. Et hæc est sententia hujus legis, quam existimo Paulum adjunxisse iis, quæ hoc libro scripserat de stipulatione judicio sisti. *C* Quæ certa est, si certa pœna adjecta sit, ni judicio statum esset, ut apud Livium 3. *Sisti reum, & triginta millia aris, nisi sistatur, populo dari.* Incerta autem est, si nulla pœna adjecta, ita simpliciter concipiatur (*judicio sisti se, vel alium, pro quo quis intervenit*) incerta, inquam, est stipulatio, quia in eam venit, quanti stipulatoris interest reum sisti, *l. ult. si quis in jus voc. non jerit, l. pen. si quis caut. l. 81. hoc tit.* Et quod refert ex prætoris edicto Ulpianus in *l. 2. §. ult. qui satisd. cog. in fidejussorem*, qui non expressa certa quantitate aliquem judicio sisti promisit, quanti ea res erit, actionem dari, recte interpretatur, referri ea verba ad veritatem, id est, ad id, quod revera actoris interest, id est, quod actori ob eam rem absit, vel non absit, ad quantitatem æstimatam jurejurando actori præstito in litem; referri inquam, ad quantitatem veram, non ad quantamcumque quantitatem ex actoris libidine, & affectu, alioqui pœnalis esset actio, *l. 1. §. ult. si quis jus. dic. & l. pen. §. 1. D. ne quis eum, qui in jus voc. est vi exim.* Eam igitur actionem, quæ datur in fidejussorem, judicio sistendi causa datum, quanti ea res est, rem persequi, non pœnam. Quod & similiter dicitur de actione in factum, qua tenetur magistr. municipalis, qui postulanti non curavit caveri damni infecti, *l. 4. §. in eum, de dam. infec.* Observamus igitur ex hac *l. 68.* stipulationem, *tot pœnæ nomine dari*, esse certam, quod & de qualibet stipulatione certæ rei, vel summæ dici potest, quæ modo sit in dando concepta, *l. ubi autem, §. ult. hoc tit.* Idemque dici potest de stipulatione, *te mihi 100. crediturum esse, vel 100. te mihi mutuaturum, vel 100. te mihi daturum*, quoniam id agitur, ut 100. dentur: nec enim est credita, sive mutuata pecunia, nisi quæ datur, id est, quæ sit accipientis. Et inde etiam mutui nomen, ut Paulus noster paulo subtilius, *πρωτὶ κωρεφον*, interpretatur. Stipulatione autem non expressa certa quantitate, ita simpliciter concepta, *spondes te mihi pecuniam crediturum, vel mutuaturum, vel daturum mutui nomine*: nam non est cur Glossa inter hæc differentiam statuatur, spondes te mihi pecuniam crediturum, vel daturum, vel mutuaturum ad expedienda negotia mea, vel ad illam rem mihi emendam: stipulationem, inquam, illam, quia in ea non est expressa certa pecuniæ quantitas, esse incertam; & quia ita in faciendo, non in dando consistit, quum id, quod dandum est, certo non demonstraretur. Si igitur in negotio illo meo, me non juveris tua pecunia, tanti mihi competit actio incerti, quanti mea ob eam rem interest, quod non feceris, quod te facturum pro-

promiseras, & receperas. Ad hæc notandum, quod Accur-
fius in hac l. obiter significat, eum, qui pecuniam credidit,
nulla solutioni die prædicta, statim pecuniam repetere
posse, non esse verum, quia alioqui nullus fuerit pecuniæ
credite usus, nulla utilitas, si statim pecuniam creditam re-
poscere liceret. Commodatum statim repeti non potest,
l. in commodato, §. si quid, commod. mutuum quasi com-
modatum est. Illud mutuum est ad usum, hoc vero com-
modatum ad abusum, l. item legato, §. 1. de leg. 3. Ergo inter-
vallo aliquo iusto, & moderato opus est, quo qui accipit,
utatur, vel abutatur, & abusus deinde conquirit quod
reponat. Et ita Bartolus recte hoc loco. Potest etiam ad
cautionem iudicio sisti referri l. 5. de verb. significat.

Ad Legem V. de Verb. signif. Rei appellatio latior est,
quam pecuniæ; quoniam etiam ea, quæ extra computatio-
nem patrimonii nostri sunt, continet: cum pecuniæ significatio
ad ea referatur, quæ in patrimonio sunt.

Ad §. Opere locato, conducto: his verbis Labeo significa-
ri ait, id opus, quod Græci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον,
id est, ex opere factio corpus aliquod perfectum.

Potest etiam ad cautionem iudicio sisti referri hæc lex,
quia certum est, ex edicto Prætoris, eam cautionem,
sive stipulationem, si non sit expressa certa pœna, vel
actionem, quæ ex ea competit, concludi quanti ea res est,
vel quanti eam rem esse paret, l. 2. §. ult. l. 3. qui satisfi-
cog. l. pen. si quis caut. Plus dixit Prætor rem dicendo,
quam si pecuniam dixisset, quia ut ostendit hoc loco, la-
tius patet rei, quam pecuniæ significatio. Pecuniæ signifi-
catio refertur tantum ad ea, quæ sunt in bonis nostris, in
patrimonio nostro, ut in l. 12. tab. Paterfam. uti legasset su-
per pecunia, tutelave suæ rei, ita jus esto: & in alia lege, ut
qui prodigus existeret, ei prætor causa cognita bonis ejus
interdiceret, inque ipsius pecunia agnatorum gentiliumque
potestas esset. Rei autem significatio refertur non tantum
ad ea, quæ sunt in bonis nostris, in dominio nostro, sed
ad ea, quæ sunt tantum ex bonis nostris, veluti ad rem lo-
catam nobis, vel pignoratam, vel à nobis bona fide pos-
sessam iusta ex causa, vel ad eam, cujus usufructus ad nos
pertinet. Et ita explicandus est hic locus, Glossa circum-
scripta ex l. 2. §. in hac actione, vi bon. rapt. Hæc sunt extra
computationem nostri patrimonii: nec enim res locata,
aut pignoratata nobis, aut fructuaria, aut bona fide possessa,
dominii nostri est. Et hæc tamen si peturi sumus, hæc si
in litem deducamus, recte agimus eorum nomine ex sti-
pulatione iudicio sisti, quanti ea res erit: nam & rei appella-
tione illa continentur, quæ tamen non continentur pec-
uniæ appellatione: proinde augendæ orationis gratia in l.
Falcidia scriptum est, quas pecunias, quasque res, itemque
in definitione bonorum possessionis, l. 3. de bon. possess.
persequendi patrimonii sive rei. Sequitur in hac lege, §. 1.
opere locato, vel conducto; videtur hic locus accommodari
posse edicto, quod quisque juris, de quo Paulus tractavit
libro sequenti, & Ulpian. quoque, & Cajus prioribus li-
bris ad edictum de eo tractarunt. Ac forte, ut in Cod.
Theodof. & in Cod. Justinian. evenit sæpe, ut inscriptioni
legis respondeat prima pars tantum legis, non extrema,
& è converso, ut inscriptioni extrema, non prima: ita
sæpeprehendimus in his libris ad edictum, primam par-
tem legum respondere numero inscriptioni præfixo, ex-
tremam vero partem non esse ex eodem libro, sed ex se-
quenti, vel ex alio. Ita vero commodissime hic locus de
opere locato conducto referri potest ad edictum, quod
quisque juris statuerit, in quo, ut ait l. 1. §. ult. eod. l. ver-
bum, statuerit, significat rem perfectam, & consumma-
tam, injuriam, inquit, non conceptam, quod idem dici po-
test fere de omnibus verbis juris, ut cum dicitur, libertum
Latinum jus Quiritium consequi, si Romæ domum
ædificarit, apud Ulp. lib. reg. tit. 3. eod. verbo significamus
consummatum ædificium, quod jam in usu esse possit,
l. ædificia, inf. hoc tit. Et similiter, ut ostendit hoc loco,
cum locatur conducitur domus construenda, vel quod
aliud quodcumque opus faciendum, his verbis significa-

tur consummatio operis, ἐντελής, sive ut ait ἀποτέλεσμα,
id est, ex opere factio corpus aliquod perfectum, non το
ἐργον ἔργον, veluti impositio unius, vel alterius cæmenti,
opus inchoatum, imperfectum, informe. Et eleganter illa
lex, si is, qui quadringenta, §. ult. ad leg. Falcid. non videri eum
opus fecisse, qui ei propriam formam, quæ ex consumma-
tione contingit, non dederit. Et huic loco convenienter,
lea lege, §. ult. loc. opere locato conducto, univertitatem
consummationis ad conductorem pertinere, ubi Basilica
habent, το ἀποτέλεσμα τῆ ἔργου πρὸς τὸν μισθωτὸν φέρειται.

Ad Legem VII. de Verb. signif. Sponsio appellatur, non
solum quæ per sponsus interrogationem fit, sed omnis sti-
pulatio, promissioque.

Puto etiam ad cautiones judiciares pertinere hanc le-
gem, quæ est ex eod. libro. Sponsio, inquit, appellatur
non solum, quæ per sponsus interrogationem fit: sed omnis
stipulatio, promissioque. Inter stipulationes judiciares una
erat, quæ specialiter sponsio dicebatur, qua reus acto-
rem provocabat, laceſſebat, stipulando certam pecuniam,
quam amitteret, nisi probaret intentionem suam, ut Asco-
nius declarat 3. in Verrem, & vicissim actor reum provo-
cabat, æque restipulando ab eo certam pecuniam, ni vin-
ceret, & plerumque stipulabantur tertiam, ut in oratione
pro Roscio Comædo, aut frequentissime decimam partem
litis æstimatæ, ut in §. hæc autem, Institut. de pœna temere
litig. l. 2. §. antiqua, C. de jurejur. propter calum. dando, &
Novella 112. Ad hanc cautionem, quæ sponsio dicitur,
& mutua sponsio est, Paulus notavit, etiam generaliter
sponſionem dici, omnem aliam quamcumque stipulatio-
nem, & promissionem, nedum illam, qua adversarius
adversarium provocat initio litis calumniæ plectendæ cau-
sa, quæ, ut ait, per sponsus interrogationem fit, nimirum hæc
verbo, Sponde, spondeo. Unde ex sponsu dicitur actio:
ergo & quæ fit hoc verbo, promittis, vel fide promittis, fi-
de jubes, vel dabis, aut facies, vel dari, fieri, sisti, sponsio
dici potest, quæ per sponsus interrogationem fit: Sic enim
recte Florentini scriptum habent, & per sponsus, id est,
per interrogationem ejus, qui vicissim roget, & rogetur
pecuniam certam, ut in stipulationibus, aut in sponsali-
bus futurarum nuptiarum, quoniam utrinque fit stipula-
tio, sive restipulatio potius. Et hoc significari sponsus no-
mine demonstrat Varro 5. & 6. de ling. Lat. his verbis:
Sponsus contra sponsum rogatus.

Ad Legem CVI. de Reg. jur. Libertas inæstimabilis
res est.

Hæc lex potest etiam bellissime referri ad stipulatio-
nes illas judiciares, si servum, de quo noxalis actio
erat, iudicio sisti promifero, & sine facto meo manumissus
fuerit, non teneor ex stipulatu, ne in æstimationem qui-
dem, quia liberi hominis, id est, manumissi nulla æstima-
tio fieri potest: libertas res est inæstimabilis, libertas res est
sine pretio pretiosa, res, quæ pecunia lui, aut reparari non
potest, l. 9. §. pen. de statutiberis: sed noxa manumissum
sequitur, l. pen. si ex noxali causa ag. Jam si quis procura-
tor alieno nomine libero homini faciat controversiam sta-
tus, in stipulatione rem ratam haberi liber homo compre-
hendere debet certam summam, quam procurator amit-
tat, si dominus rem ratam non habuerit: certam, inquam,
summam, alioqui non adjecta certa summa liber homo
nihil ex stipulatu consequeretur, quia libertatis, de qua
periclitatus est, infinita æstimatio est. Quæ est sententia
legis procurator, §. ult. rem rat. hab. qua ratione, ut opinor,
etiam qui ex testamento libertatem accipit, nec præterea
legatum, aut hereditatem cepit, nullo fideicommissio one-
rari potest, quia libertas, quam accepit, nullam æstima-
tionem recipit, l. plane si filium, §. ult. de leg. 1.



JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. III. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. IX. de Jurisdic. Si familia alicujus album corruperit; non similiter hic edicitur, ut in furto, ne in reliquis actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine praestiterit, quantum liber praestaret, forsasse quia hic, & contempta majestas praetoris vindicatur, & plura facta intelliguntur: quemadmodum cum plures servi injuriam fecerunt, vel damnum dederunt: quia plura facta sunt; non ut in furto unum. Oestavenus hic quoque domino succurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur: quia tunc unum consilium sit, non plura facta. Idem Pomponius libro decimo notat.

S A T I S perspicuum est, hanc legem pertinere ad edictum de albo corrupto, quod etiam Ulpianus proposuit lib. 3. l. 7. hoc tit. Illo edicto non tantum liber homo continetur, qui corrumpit album praetoris; sed etiam servus, & familia, qui quæve id fecit. Familia, id est, grex servorum, qui sub unius domini potestate sunt. Verum eo nomine pro servis noxalis actio albi corrupti in dominum non competit, sed si à domino non defendantur, in ipsos servos datur actio extra ordinem, inflicta, & irrogata poena corporali, nam pecuniaria in servos non cadit, l. 7. hoc tit. Cur vero ex hac causa non est in dominum actio noxalis? An (quod Accursius, qui profecto rationem hujus legis non praevitit, tentat in l. 3. §. penult. de sep. viol.) an agitur, ut ille tentat, quia de albo corrupto popularis actio est, quod est verum, non actio privata; & in privatis tantum actionibus, quæ oriuntur ex privatis delictis, videtur adjici clausula noxalis, ut scilicet dominus, quo cum agitur, vel subeat litis æstimationem pro servo, aut servis, vel eos in noxam dedat: An igitur hæc est ratio, propter quam ex causa albi corrupti, non est in dominum ejus, qui corrumpit, noxalis actio? Minime, nam actio ex edicto de dejectis, & effusis, proculdubio est popularis, si servus insciente domino fecisse dicitur noxalis est, ergo, & popularis actio noxalis est, nedum privata, l. 1. §. 1. l. 5. §. praetor ait, de iis, qui dejecerunt, vel effud. Si inquam, ut hoc explicem solertius, & verbosius, servus ex cœnaculo, in quo dominus habitat, dejecerit, vel effuderit aliquid, quod transeunti nocuerit; vel etiam, si quid servus ibi posuerit, aut suspensum habuerit, cujus casus periculosus sit, in dominum est actio noxalis, non etiam, si seorsum à domino servus habitavit, & ex cœnaculo, in quo servus habitabat seorsum quadam alia parte urbis alius dejecerit, vel effuderit aliquid, non ipse servus, eo scilicet nomine non est in dominum noxalis actio, quia cum servi nulla sit noxia in ea re, id est, nullum factum, non potest de eo in dominum noxalis actio esse: sed quia tamen in ea re vertitur culpa servi, quod eos scilicet in habitationem suam receperit, qui id fecerint: servus culpæ nomine, quod parum sibi caverit, extra ordinem officio judicis coercetur, l. 1. §. cum servus, de iis, qui dejec. vel effud. Et hæc quidem ita se habent in actione populari ex edicto de dejectis, & effusis. At alia est actio popularis de sepulchro violato, quæ tamen, si servus in sepulchro alieno habitaverit, vel ædificaverit habitandi causa, juxta, vel supra sepulchrum, in domicum non est noxalis, sed in ipsum servum datur actio, quasi ex majore delicto, actio sepulchri violati, l. 3. §. pen. de sep. viol. ut scilicet in corpus torqueatur ob eam rem: quod Græci notant in hoc loco, *ὅτι οὐκ ἐπιτίθειται ἀπὸ τοῦ νόμου τῆς δίκης, ut à judice corrigatur, castigetur, d. l. 1. §. cum servus*: datur, inquam, eo nomine actio in servum, extraordinaria scilicet in corpore luat poenam. Ordinaria actio

A cum servo nulla est, l. cum servo nulla, de reg. jur. l. quoties, si quis cautionibus, l. 4. de judiciis. Extraordinaria potest esse, non tam in servum, quam in corpus servile. Quo sensu etiam actiones quædam, quæ sunt ex privatis delictis, & privatæ, non populares, dicuntur in servum dari, id est, in servi corpus extra ordinem, veluti de damno in turba dato, l. 4. §. pen. vi bon. rapt. Et de damno dato ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata, l. 1. §. 1. de incend. rui. & naufragio. Ex his causis dicuntur dari actiones, extra ordinem scilicet, in servum, & in familia. Uno tamen casu actio sepulchri violati est noxalis, quasi ex minore noxia, non in ipsum servum, qui casus proponitur in d. l. 3. §. pen. de sep. viol. puta si in sepulchro servus neque habitat, neque ædificavit, sed domunculam, ut ait illo loco (quamvis Grammatica exigat, ut potius domiculam dicamus) sed, inquit, domunculam ibi habeat, neque in ea habitet tamen. Aliud est ædificium, aliud domuncula: ædificium est *ἀποτέλεσμα*, domuncula est *ἐργον*: ædificium effectus: domuncula, actus fere non effectus. Et si domunculam, inquit, ibi habeat, si modo habere posse videatur. Hæc sunt verba. Placet valde exceptio illa sive *ἡ ἀποτέλεσμα* si modo habere posse videatur, quia ipso jure nihil proprium sane servus habere potest, sed habere tamen nonnunquam videtur, veluti somno conviventibus oculis domini, ut ait lex 4. §. 1. de manumiss. cum permittente domino quasi testamentum faciat, apud Plinium 8. epist. Porro ex ea l. 3. §. pen. intelligimus, actionem sepulchri violati, quæ est popularis, regulariter non esse noxalem, & illo uno casu esse noxalem. Videndum nobis illud restat, cur actionum popularium, aliæ sint noxales, in dominum scilicet, ut de dejectis, & effusis, & illo casu de sepulchro violato: aliæ non sint noxales in dominum, sed in corpora ipsa servorum dentur, in terga, in scapulas exercentur, ut de albo corrupto, & regulariter de sepulchro violato. Cur item ex privatis actionibus, quæ ex privatis delictis nascuntur, quæ plerumque solent esse noxales, quædam non sint noxales, sed ex, quæ in corpora servorum exercentur, veluti de turba, de incendio, ruina, naufragio. Ratio varietatis, ut breviter absolvam, pendet ex edictis, quibus actiones proditæ sunt: pro qualitate admitti, sive noxiæ; Prætoribus visum est, alias facere noxales, alias non item: nec alia ratio varietatis quærenda est, neque enim ulla est actio noxalis, nisi quam edicto nominatim prætor noxalem fore edixit; non arbitrato, aut interpretatione nostræ actiones sunt noxales: sed tota hæc res pendet ex edictis. Igitur si servus album Prætoris corruperit, nec dominus eum defendat, corpus servi torquendum est. Sin autem dominus eum defendat, pro eo inferre debet poenam edicto comprehensam, quingentorum aureorum, l. 7. hoc tit. At quid si plures servi ejusdem domini, quid si familia album corruperit, & dominus familiam defenderit? Videamus quatenus dominus teneatur, an satis est dominum semel inferre quingentos aureos, perinde atque si unus tantum servus deliquisset, non plures: Quod posset tentari hac ratione, quia familia, cum sub unius potestate sit, unius personæ vice fungitur videtur, tamquam eodem vinculo potestatis vinciente omnes, & faciente unum corpus, & quasi unum hominem ex multis. Qua ratione, & pater una cum filiis pluribus, qui in ejus potestate sunt, unus homo esse censetur, una persona, unum corpus. An vero si familia album corruperit, & dominus eam defendere paratus sit, an pro singulis servis, dominus debeat inferre aureos quingentos, veluti pro tribus mille, & quingentos, pro quatuor duo millia? Et Paulus ostendit in hac l. 9. quot sunt servi, qui proterve album Prætoris corruperunt, tot dominum, qui eos defendit; pro numero eorum ex edicto debere poenas dependere; quia securitate opus est in majestate Prætoris vindicanda, & quia revera plurium plura facta sunt. Plures igitur poenas exigunt, plura remedia: nam poenæ sunt remedia delictorum. Nam & ita si familia injuriam privato homini fecerit, quot sunt personæ injuriam facientium, tot injuriæ, tot facta sunt, & toties sufferre dominus debet litis æstimationem, l. si plures, de injuriis, si eos noxæ dedere nolit: nam actio injuriarum noxalis est. Verum obstat, &

tur-

turbat, quod habetur in edicto, si familia furtum fecisse dicatur, si familia furtum fecerit, satis esse à domino præstari pœnam semel dupli, vel quadrupli, quæ præstanda foret, si unus, tantum furtum fecisset. Cur non idem servatur, quum familia corruptit album Prætoris, vel quum privato homini injuriam fecit? Dico, quod & verissimum est, illo edicto, si familia furtum, Prætores specialiter (& ideo datur specialis titulus) dominis prospexisse, ne servi, quibus hoc ingentum est, ut furaces sint, unde & servile probrum pro furto apud Cornel. Tacit. 1. Annal. Servili, inquit, probro respersus est, tanquam scyphum aureum in convivio Claudii furatus: ne, inquam, servi dominos evertant omnibus fortunis suis, vel unum tantum furtum faciendo, furtum unius rei, si ob id dominus, vel omnes noxæ dedere cogatur, qui forte servos tantum in patrimonio habet, vel pro singulis eadem litis æstimationem offerre. Plura quidem sunt furta, si familia furtum fecerit, quamvis una tantum sit res, quæ subripitur, quia plures sunt personæ, quæ furtum fecerunt, sed beneficio edicti Prætoris habita ratione dominorum, unum factum tantum esse intelligitur, ut unam tantum pœnam domini pro servis exolvant. At rursus turbat, quod est certum, si familia damnum injuria dederit alii, satis esse à domino præstari, quod præstandum foret, si unus tantum damnum dedisset, l. 1. §. ult. si fam. furt. sec. dic. l. illud, ad leg. Aquil. Sed ut respondeam, quæ ratio est edicti, si fam. furt. sec. dicatur: in actione furti eadem versatur, & valet in actione damni injuria dati ex lege Aquilia, ne ob damnum, quod uni rei illatum est, dominus tota sua familia, totove suo patrimonio careat. Quid igitur est, quod ait Paulus hoc loco? si familia damnum dederit, plura esse facta, veluti si familia injuriam fecerit, vel si album Prætoris corruerit, non unum factum, sicut si furtum fecerit. Admittit Paulus, quod est in illo edicto, unum factum esse intelligi, si familia furtum fecerit. At idem non admittit, si familia damnum dederit. Sed & hoc casu vult plura esse facta, sicut plura sunt facta, si familia album corruerit, vel si convivium homini privato, & injuriam fecerit. Hoc vero ita explicandum esse censeo. Respicit Paulus hoc loco ad id, quod in re est, in veritate, quia revera si familia damnum dederit, plura sunt facta, nec ulla est lex, ullumve edictum, quæ quodve hoc specialiter caveat, sicut in furto, ut pro uno facto habeantur; si familia furtum fecerit, id pro uno facto habetur, quia edicto cautum est: si familia damnum dederit, id non habetur pro uno facto, quia id nullo edicto cautum est. Benigna tamen interpretatione receptum est, ut & in hoc casu, videlicet cum familia damnum dederit, domino subveniatur, quia ut dixi, eadem ratio intervenit in damno dato, & in furto facto, & quia, ut ait d. l. illud, ad l. Aquil. plerumque damnum ob delictum, quod ex lege Aquil. venit, in levi re versatur atque consistit; & non ex dolo, sed ex culpa facientis, aut facientium proficiscitur. Et ideo æquum est, ut & damnum à familia datum, sicut furtum, pro uno facto habeatur, quamvis id nullo edicto specialiter expressum, & cautum sit. Eandemque benignitatem Octavenus, ut Paulus hic refert, extendebat ad causam albi corrupti: sed refellitur Octaveni sententia, & prævalet durior sententia, venerandæ & ulciscendæ prætoris Majestatis causa, ut scilicet, quia sunt plura facta, etiam plura esse delicta intelligantur, & plectantur ut plura, cum & vindicandæ injuriæ privato factæ causa, si familia injuriam fecerit, plura facta non tantum sint, sed etiam esse intelligantur, d. l. si plures, de injuriis. Unde sic statuamus, familia injuriam faciente privato, vel prætoris albo corrupto, & plura facta esse, & intelligi: familia autem furtum faciente, vel damnum injuria dante, plura quidem facta esse in veritate, sed ex æquo, & bono propter utilitatem dominorum non intelligi plura, sed unum, domini allevandi gratia. Et differentiæ rationem hanc esse, quia gravior est injuria, & atrocior imminutæ, & contemptæ majestatis prætoris, imminuti honoris alieni, quod sit illata injuria imminutæ dignitatis alienæ; Et certe tanto gravior est, quanto à pluribus admittitur, d. l. si plures: gravior est injuria, quæ tibi fit à pluribus, si plures te

Tom. II. Post.

pulsaverint, quam si unus te pulsaverit tantum: non gravius est furtum neque gravior causa imminuti patrimonii, furto facto, vel damno dato à pluribus: neque enim numerus plurium delinquentium efficit, ut ratio damni creascit. Nam re mea mihi subrepta, aut deteriore facta à pluribus, non plus damni mihi fit, non plus damni patior, quam si unus fecerit. At longe gravius læditur honos meus, si plures, quam si unus tantum mihi convivium dicat, vel quid aliud faciat, quod pertineat ad injuriam meam. Idemque est in contumelia prætori facta multo magis. Et ideo facile patimur furtum, vel damnum, quod familia fecit, vel dedit, pro uno facto haberi: non item contumeliam prætoris, aut privati. Et uno tantum casu in causa albi corrupti, Paulus adjicit hoc loco, Octaveni sententiam esse probandam, si familia non corruerit album prætoris, sed curaverit ab alio corrumpti, quia tunc verum est, familiaræ unum esse consilium, unum eundemque motum animi, non plures. Quum autem ipsamet familia album corruerit, plura sunt facta, & quidem audaciora, plures manus, plures offensæ. Et ideo hoc casu, non est probanda Octaveni sententia, qui & ex eo existimabat, benigne plura facta pro uno habenda esse. Et si animus est, consule de hac re lib. observat. 8. cap. 20.

Ad L. IV. de Popular. act. Popularis actio integræ personæ pervenitur; hoc est, cui per edictum postulare licet.

Ad hæc vero, me auctore etiam conjunge l. 4. de pop. act. inf. quæ est ex eod. lib. Pauli, nam quum de actione albi corrupti hoc libro tertio tractaret Paulus, quæ popularis est, l. 7. de jurisd. docuit, eam patere omnibus, qui scilicet integræ frontis, opinionis & existimationis sunt, non infamibus, & ignominiosis, qui ex edicto, ut postulare non possunt, ita nec ullo populari judicio experiri possunt. Non posse infames postulare constat ex l. 1. §. ait prætor, de iis, qui not. inf. Et ratio est optima, quia ordo advocatorum, qui postulant pro aliis, est seminarium dignitatum, ut ait elegantius Valentinianus in Nov. de postulando, & infames in perpetuum omni dignitate privantur, omnique spe perveniendi ad dignitatem, l. 8. de interd. & releg. l. 1. ad l. Juliam de vi privata, l. 2. C. de dignit. lib. 12. l. 8. C. de decurionib. l. 3. C. de re militari.

Ad L. II. Quod quisque juris. Hoc edicto dolus debet jus dicentis puniri. Nam si adfessoris imprudentia jus aliter dictum sit, quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adfessori.

Ex hoc edicto punitur dolus malus magistratus, qui aliter jus dixit, quam oporteat. Et ita punitur, ut & ipse, postulante quocumque adversario, cum quo ei res sit, quandoque privatus idem sibi jus dici patiatur. Dolus, inquam, malus magistratus punitur, imprudentia ejus, vel imperitia non punitur, puta si per imperitiam juris, & legum jus iniquum statuerit, & adfessoris ejus, live consiliarii imperitia, quæ utique culpæ adnumeratur, ut est in regula juris, & imputatur iis, qui se jurisperitos esse præ se ferunt, adfessoris, inquam, imperitia punitur ex hoc edicto, in persona scilicet ipsius adfessoris, non in persona magistratus. Quia quod consilio ejus juris dixit magistratus, id ipse adfessor dixisse videtur, qui in partem magistratus habetur, ut Cassiodorus ait 1. 1. variarum ex l. omnis, C. Theod. de iis, quæ administ. vel gerentibus tradita sunt, quæ lex ait, adfessorem esse quandam uniuscuiusque judicis portionem. Ratio autem differentiæ inter judicem live magistratum, & adfessorem, ut imperitia magistratus hoc edicto non punitur, sed adfessoris ejus imperitia punitur, hæc est; quia adfessor præstare debet scientiam juris, & legum: neque enim ullus est adfessor, qui se non profiteatur esse jurisperitum, alioquin in consilium magistratum non adfessoretur, l. 1. sup. de offic. adfess. l. 1. C. de adfess. magistratus autem neque profitentur, neque præstare debent scientiam juris, quia plerumque ex nobilibus erant, & principibus civitatis, ex militaribus viris, ut apud nos præsides Pro-

C

vin-

vinciarum, aut Senescalli, quibus curæ magis sunt arma, quam leges, ex iis pauci jurisperiti reperiuntur. Atque ideo adfessores sibi optant, quorum in jure dicundo consilio utantur. Juris imperitum jurisdictioni præesse nihil vetat, sed adhibere in consilium debet certum numerum adfessorum. M. Tullius in orat. pro Plancio: In magistratibus, inquit, si qua est ars, pop. Rom. facile patitur, sin minus, virtute eorum, & innocentia contentus est. Quotus enim quisque disertus, quotus quisque jurisperitus est? Significans plane ex magistratibus paucos esse jurisperitos, qui tunc juri dicundo præerant. Quamobrem, quæ datur actio in factum adversus judicem, qui per imprudentiam male judicavit, l. ult. de extraord. cognit. non est exiitmandum, eam dari adversus magistratum, qui non debet præstare peritiam juris, sed dari adversus judicem datum, quia & judices, qui dabantur à Prætoribus, vel Præside in singulis causis, ex numero jurisperitorum erant. Ideoque ut est in Nov. 82. judices dati, id est, pedanei, præstare debent scientiam, ἡ δὲ πεδανῶν, vocat continuatam, & tritam meditationem usus forensis. Igitur judices dati præstare debent scientiam legum, & scientiam illius trituræ forensis. Ab hoc edicto transeamus ad edictum de edendo.

Ad L. II. de Edendo. Si legatum petatur, non jubet prætor verba testamenti edere. Ideo fortasse, quia heredes solent habere exemplum testamenti.

Ad edictum de edendo pertinet ex eod. libro Pauli l. 2. & 7. & 9. ejusdem tituli: ex iis quatuor tres explicaturus sum. Porro ex edicto, aut ex ejus parte prima, qui adversus alium acturus est, ante omnia ei debet edere genus actionis, qua experiri instituit, l. 2. in princip. hoc tit. l. edita, C. eod. l. 33. inf. de judiciis. Edere etiam ei debet instrumenta litis futuræ, quibus in litigando usus est, veluti chirographa, vel tabellas, & auctoritates prædiorum, vel rationes accepti, & expensi, ut l. 5. & 6. C. eod. tit. non quidem ipsa authentica, id est, originalia edere debet, sed exemplarum, sive ἀπογραφα, aut descripta, Lexempla, h. sit. quod & l. 1. §. editionis, hoc tit. demonstrat: quæ ait ea edi debere sine die, & consule: ergo exempla non authentica: nam authentica non ederentur sine die, & consule. Et hinc pendet ratio l. 2. h. sit. quæ est Paul. Sententia legis est, legatarium, qui vult agere ex testamento adversus heredem, hoc edicto non posse heredem compellere, ut edat sibi testamentum, quo sibi legatum relictum est, non posse, inquam, legatarium heredem cogere, denique legatario agente adversus heredem ex testamento, hoc edicto heredem non cogi edere verba testamenti, quia heres, inquit, habere solet exemplum testamenti: frustra, inquit, quis desiderat sibi edi quod habet. Qua de causa, maxime qui desiderat sibi edi instrumenta, jurare debet, se calumniæ causa id non desiderare. Quid enim, inquit l. 6. §. exigitur, hoc tit. si postulet sibi edi quod habet vexandi adversarii causa? Ergo frustra etiam desiderat heres à legatario agente ex testamento, sibi exhiberi, vel edi testamentum, quia exemplum ejus solet heres apud se habere. Vix enim, aut ne vix quidem quisquam adit hereditatem, antequam testamentum aperuerit, inspexerit, descripserit. Et hæc est sententia legis 2.

Ad L. V. de Edendo. Spatiumque ad perferendas eas tribuendum est.

Ad L. VII. Eod. Velui si peregre habere, quod primum editum est, doceat: vel minus plene editum: vel eas rationes, quas casu majore, non vero negligentia perdidit: nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi jubebit.

Ad §. Hæc vox iterum duas res significat, alteram, qua demonstraretur tempus secundum, quod Græci δεύτερον dicunt: alteram, qua ad insequentia quoque tempora pertinet, quæ Græce dicitur τρίτον: quod ita accipitur quotiens opus erit. Nam potest fieri ut bis editam sibi rationem quis perdidit, ut verbum iterum pro sæpius accipiatur.

Alia vero parte edicti Prætor argentarios, sive ἀργαριῶν ζήτας jubet postulantibus, & similiter jurantibus, se

non calumniæ causa postulare, rationes edere, quæ ad eos pertinent (& quodammodo eorum instrumenta sunt rationes) puta authentica ipsa rationum, codices ipsos rationum, sive exempla eorum adjecto die, & consule, ut l. 4. in princ. hoc tit. Et cur edat, aut edere cogatur argentarius instrumenta litis edat actor adjecto die, & consule, si scire aves, adi si placet observat. 10. cap. 14. Hac igitur parte edicti Prætor jubet argentarios edere rationes iis, quorum causa eas confecerunt, unde illi se instruant, & comparent, vel ad agendum adversus argentarios, vel adversus alios, sive ipsi argentarii adhuc faciant argentariam, sive deserint facere, eoque nomine prætor in argentarium, successoresque ejus pollicetur actionem in factum in id, quod interest, l. 4. §. 9. §. ult. & l. 10. hoc tit. Argentarii non sine magno quæstu in foro multorum pecunias, cautiones, nomina tractabant, exercebant, occupabant, & omnes actus sui rationes conficiebant, quas edere compellebantur iis, quorum intererat, qui fidem eorum, quasi publicam elegerant, vel secuti erant. Et inde l. 10. hoc tit. officium argentariorum, atque etiam ministerium publicam habere causam, & hanc principalem eorum operam esse, ut actus sui rationem diligenter conficiant, ut scilicet præscribant, quas, cujus pecunias, quo die, quo consule acceperint, crediderint, scænorum occupaverint, quarumque pecuniarum nomina fecerint cum aliis, quas solverint, quas receperint se soluturos pro aliis. Quod & Demosthenes ostendit aperte in oratione πρὸς Τιμόθεον illo loco, Οἱ ἀργαριῶν ἐδασιν ἡπομονήματα ἐκπέρον ὄν, &c. Illa autem actio in factum, quæ datur in argentarios, qui detrectant edere rationes, postulantibus, & jurantibus, ut dixi, in argentarios intenditur illo in loco, quo officium illud suum administraverint, quo argentariam exerceverint, eo scilicet loco coguntur codices rationum edere, & exhibere, & eo nomine conveniri possunt eo loco, quo mensam argentariam fecerint, quo mensam argentariam in foro positam habuerint, ac si forte rationes in aliam provinciam transfulerint, coguntur suis sumptibus eas in illum locum referre, quo argentariam fecerunt, quo mensam argentariam in foro positam habuerunt, l. 1. §. 1. l. argentarium, infr. de judic. At si quis adversus eos agat alio loco, quam quo officium illud publicum administraverint, ubi actus sui rationem habent, non compelluntur ad editionem, quia incongruo loco cum his agitur, nisi forte actor desideret suis sumptibus, & suo periculo in eum, quo agit locum rationes perferri, & æque suis sumptibus sibi earum exemplum edi, l. 3. §. ult. h. t.

Ad L. V. de Edendo. Cujus verba supra posita sunt.

Quo casu Paulus subjicit in l. 5. omnimodo dandam esse se argentario dilationem ad perferendas rationes à loco, in quo confectæ sunt, ubi est mensa argentaria, ubi exercetur, ubi ἀργυροποιεῖσθαι, in eum locum, quo agitur, illo, inquam, casu, quo alibi petitur rationes edi, quam ubi confectæ sunt, non temere danda est dilatio argentario, qui eas transfudit in alium locum, sed causa cognita, d. l. argentarium, quia plerunque argentarii frustrandi, & fraudandi causa simulant se alibi codices rationum habere, vel etiam dolo malo eos in alium locum transferunt, quibus non est æquum, ullam dilationem dari: sed protinus, nisi edant, damnandi sunt in id, quod interest, quia & in hoc maxime deliquerunt, quod alio rationum instrumenta transfulerint, quam quo loco eas confecerint. Eodem vero edicto Prætor declarat, se non jussurum edi iterum rationes mensæ argentariæ ei, cui jam semel editæ fuerint, nisi ex justa causa, l. 6. §. ult. hoc tit.

Ad L. VII. Eod. tit.

Justæ causæ exempla tradit Paulus in l. 7. Si peregre habebat exemplum, quod sibi primum editum est, quo nunc maxime indigeat: vel id casu majore, vel (ut Cajus Manilius loquitur) forte magistra amiserit, veluti, incendio, sive ruina, aut naufragio, non culpa sua, vel etiam si prior editio

editio manca fuerit, & imperfecta: ex his causis, quia iustissimæ sunt, etiam iterum rationes argentariæ mensæ eidem edi jubebit prætor. Idem Paulus in l. 7. quia Prætor ait, ei, qui iterum rationes mensæ argentariæ edi postulavit, causa cognita edi jubebo, docet hanc vocem, *iterum*, duas significaciones habere. Alteram, qua demonstratur tempus secundum, & quod Græcis est *δεύτερον*, sive *ἐκ δευτέρου* pour la seconde fois, ut in l. cum plures, §. ult. de reb. aut. jud. poss. creditoribus missis in possessionem bonorum debitoris concessam semel recognitionem, & disputationem rationum ejus, iterum permitti, si juraverint non calumniæ causa se postulare, nec habere, quo prius dispuerint, & disputaverint, nec amplius, quam bis permitti: ergo illo loco *δεύτερον* est *iterum*, non permitti, nisi una, & altera vice. Alteram vero significationem hujus vocis *iterum* non solum tempus secundum demonstrare, sed & insequentia tempora, ut *iterum* pro sæpius accipiatur, quotiens opus erit, ut Græcis, *πάλιν*, sive *ἐἰς τὴν πάλιν*, quod Gallice dicimus *derechef*. Et hoc sensu in hoc edicto, *iterum* accipitur, quia ex causa etiam amplius, quam bis, vel decies easdem rationes, ex causa, ut dixi, prætor edi jubebit. Et sic etiam iterum accipitur in l. oratione, supr. tit. prox. de feriis, oratione Divi Marci instrumentorum causa, non amplius, quam semel dilationem dari, sed utilitatis litigantium gratia, causa cognita, & iterum dilationem dari, id est, iterum, atque iterum, ex eadem provincia, vel ex alia, maxime si quid inopinato emergat, & iusta causa inter veniat.

Ad Leg. IX. de Edendo. *Quædam sunt personæ, quas rationes nobis edere oportet: nec tamen à prætore per hoc edictum compelluntur, veluti cum procurator res rationesve nostras administraverit, non cogitur à prætore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet, quia id consequi possumus per mandati actionem, & cum dolo malo socius negotia gestis, prætor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio, sed nec tutorem cogit prætor pupillo edere rationes, sed iudicio tutelæ solet cogi edere.*

Ad §. Nihil interest, si successores, aut pater, aut dominus argentarii ejusdem fuerunt professionis: quia cum in locum, & in jus succedant argentarii, partibus ejus fungi debent. Is autem, cui argentarius rationes suas legavit, non videbitur contineri (quia juris successor his verbis significatur) non magis, quam si ei vivus eas donasset. Sed nec heres tenebitur, cum non possideat, nec dolo malo fecerit. Sed si ei, antequam eas legatario traderet, renuntiatum fuerit, ne ante eas tradat, tenebitur, quasi dolo fecerit. Item antequam eas tradat, tenebitur. Quod si nihil dolo fecerit: causa cognita legatarius cogendus est edere.

Ad §. Nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere, Pomponius scribit: quia & hi nummularii sicut argentarii, rationes conficiunt: quia & accipiunt pecuniam, & erogant per partes, quarum probatio scriptura, codicibusque eorum maxime continetur, & frequentissime ad fidem eorum decurritur.

Ad §. Cæterum omnibus postulantis, & jurantibus, non calumniæ causa petere rationes, quæ ad se pertineant, edi jubet.

Ad §. Ad nos enim pertinet, non tantum cum ipsi contraximus, vel successimus ei, qui contraxit, sed etiam si is, qui in nostra potestate est, contraxit.

IN hac lege persequitur Paulus materiam edicti de edendis ab argentario rationibus, postulante eo, ad quem pertinent, cujusve causa confectæ sunt, & de act. in factum in id quod interest, quæ eo nomine in argentarium datur, qui dolo malo eas non exhibet. Ac primum quidem ostendit in h. l. cur edicto ut in argentarios, ita in alios etiam, qui rationibus edendis, & reddendis obnoxii sunt, eadem actio non detur. Rationibus edendis, & reddendis obnoxius est procurator, vel gestor, qui res vel negotia nostra administrat, vel socius, qui communes, vel tutor, aut curator, qui pupilli, vel adolescentis. Cur in eos, qui pariter rationes nostras administraverunt, sicut in argentarios ex hoc edicto, id est, ex hac parte edicti, non datur, vel ut

Tom. II. Post.

A inira ait, ex hac clausula edicti, non datur actio in factum? nempe, quia in hos comparatæ sunt propriæ, & speciales actiones: in procuratorem actio mandati: in gestorem, qui procurator, & amicus voluntarius dicitur, actio negot. gestor. in socium actio pro socio: in tutorem actio tutelæ: in curatorem utilis actio negot. gestor. nulla vero earum actio in argentarios congruit, aut competit: non mandati, non negot. gestor. quia non est gestor negot. nostror. sed omnium negotiorum, quæcumque pertinent ad eos, qui illorum opera, & ministerio uti volunt: non pro socio competit, quia non est socius ejus, qui cum eo contraxit: non tutelæ, quia non est tutor, non utilis nego. gest. quia non est curator. Videbatur tamen non improprie, neque inepte in argentarios, quasi in procuratores dari posse actio mandati, quia mandatu nostro argentarii, vel procuratores rationes nostras tractant, l. 6. §. ex hoc edicto, hoc tit. Sed & hæc actio mandati huic negotio, quod administrat argentarius, apta non est, nec conveniens, quia non ut procuratoris, ita argentarii privata fides est, sed publica, l. si ventri, §. in bonis, de reb. aut. jud. poss. alias de privit. cred. nec argentarius procurator est singulorum: sed publica persona, ut hodie tabellio, qui instrumenta singulorum accipit, & conficit. Sane singulorum procurator non est, sed publica persona. Et hac quidem ratione dicimus, neque proprie, neque apte in argentarium, ut rationes edat, quasi in procuratorem agi posse mandati. Aptam cuique negotio actionem, qua agitur, & proposito competentem esse oportet, l. 2. C. de form. & impetrat. Inepta actione agitur frustra, l. fidejussor, de negot. gestis, l. 1. §. si mensor fals. mod. dix. nec tantum si inepta actum sit, ideo consumitur, vel amittitur, quæ negotio prior, & aptior est. Licet enim ad eam redire, l. cum indebiti, de cond. indeb. l. 3. C. de edendo. Ideo, quoniam in argentarium inepta erat actio mandati, propriam in eum actionem de edendis, & reddendis rationibus proponi oportere visum est. Cæterum hæ omnes actiones, quæ de reddendis rationibus sunt, eodem loco instituendæ sunt, eo scilicet loco restituenda quæque ratio est, quo & administrata est, submotâ omni præscriptione fori. Ratio mensæ argentariæ, quo loco argentarius contraxit, & argentariam exercuit, l. 4. §. ult. hoc tit. Ratio tutelæ, quo loco tutela est gesta, & similiter quæcumque alia ratio, ubi gesta est, l. heres 19. §. 1. argentarium 45. de judiciis, l. 1. C. ubi de ratio. ag. op.

AD §. 1. Quia ex hoc edicto actio in factum datur etiam in successores argentarii, ad quos rationes pervenerunt, si eas dolo malo non exhibeant, l. 6. §. 1. h. l. subjungit hoc esse verum, etiam si successores eorum, ejusdem professionis non sint. Recte: nam & ipsi argentarii eadem actione tenentur, ex causa scilicet ante gestæ argentariæ, tametsi argentarii esse desierint, l. 4. §. is etiam, hoc tit. Et præterea docet Paulus, id esse intelligendum de successoribus juris universi, qui coguntur edere rationes, non de successoribus rei, qui in unius rei dominium argentario successerunt, quia ii non coguntur edere rationes, etiam si eas penes se habeant. Alii sunt successores juris, alii successores rei. Successores juris sunt heredes, bonorum possessores, fideicommissarii Trebelliani, bonorum emptores, & ii quibus libertatum conservandarum gratia bona addicuntur, & patres, qui filiisfam. defunctis intestatis, bona eorum castrensia jure suo occupant, & patres adrogatores, l. 53. de oblig. & act. l. 25. §. si operas, de usufr. l. 5. usufr. quemad. caveat, l. si cum quis, §. 1. si dominium, de furtis, l. actione, §. societas, pro socio, l. 7. de pecul. leg. Ac præterea domini, in quorum potestatem aliqua ex causa liberi homines rediguntur, & fiscus, in quem damnatorum bona recidunt, l. 2. de fundo dot. Itemque pater, vel dominus, cui per filiumfamilias, vel servum acquiritur hereditas, vel quæ alia successio universi juris, l. quamvis, ad Trebell. vel ut in specie proposita, cui jure potestatis acquiritur quæstus omnis mensæ argentariæ. Nam & filiusfamilias argentariam facere potest, & tabulas rationum aliis conficere, l. 4. §. 1. hoc tit. Nec obloquitur Cicero, qui pro Cælio, Tabulas, ait, eum, qui in potestate patris est, nullas conficere. Nam sibi quidem nullas conficit, qui nihil suum habet, ut rationes de eo conficere

C 2

ficere

ficere possit, sed conficit aliis, si tutor sit, si procurator, si A argentarii officio fungatur, & servus alienus quoque, quem & argentariam constat exercere posse, d. l. 4. Pater autem, vel dominus, quo sciente, & volente filiusfamil. vel servus argentariam exercuit, si & ad eum quæstus mensæ argentariæ redierunt, perinde tenentur actione in factum, ac si ipse rationes confecisset. Ergo tenetur in solidum in id, quod interest, de peculio autem duntaxat, vel de in rem verso, cum quæstus non ad eum, sed in peculium filii, vel servi redit, nisi forte rationes pater, vel dominus penes se habeat, nec edat eas. Hoc enim casu in solidum tenetur indistincte, sive scierit, sive ignoraverit filium, aut servum argentariam exercere; quæ omnia ostenduntur in d. l. 4. Et secundum ea est accipiendum, quod Paulus ait hoc loco, *patrem, vel dominum argentarii hac actione teneri*, quia, inquit, cum in locum, & jus succedant argentarii, puta omni quæ- B stui, omni jure, omnibus nominibus, cautionibus, actionibus ad eos relatis, quæ ex causa argentariæ veniunt; æquum est, ut partibus ejus fungantur hi omnes, qui successores juris sunt, si argentario successerint, coguntur edere rationes mensæ argentariæ, per metum actionis in factum, quæ in id, quod interest intenditur, adversus eos, qui dolo malo rationes edere detrectant. Successores autem rei, vel in rem, non juris, sunt legatarii, vel donatarii, quibus argentarius legavit, aut donavit rationes suas, l. fluminum, §. alii- citur, de damn. inf. l. 6. C. de except. l. 19. C. de donat. §. legatarii, Instit. de testam. Iis addi possunt victores, ad quos forte jure belli, capta urbe, rationes argentarii pervenerunt, ex Fabio lib. 5. Instit. qui aliam scribit esse conditionem victoris, aliam heredis: ad heredem jus, ad victorem rem transire, hoc est, heredem esse successorem juris, victorem successorem rei. Et in hos quidem successores rei, dicimus ex hoc edicto non dari in factum actionem, etiam si in rationes argentarii successerint, easque possideant. Ad summam ita res se habet. Actionem in factum hoc edicto propositam in successores juris dari, non in successores rei, & ut postea adjicit, quod maxime notandum est, in successores juris, ut in heredes argentarii, ita demum dari, si rationes argentariæ possideant, aut dolo malo desierint possidere, quia dolus malus pro possessione est. Quod si heredes argentarii, neque eas rationes possideant, neque dolo fecerint, quominus possiderent, proculdubio non tenentur, quia ex facto suo tantum tenentur, puta quod dolo malo non edant rationes, quas possident, vel dolo malo desierint possidere, l. ult. hoc tit. Quid ergo? Si ab heredibus argentarii alii rationes legatæ sint, & ante traditionem, id est, antequam heredes argentarii legatario rationes ediderint, vel præstiterint, tradiderint, æque tenentur hac actione, quia rationes possident, quas nondum præstiterunt legatario; & similiter post traditionem tenentur eadem actione, si modo denuntiatum, sive quod idem est, renuntiatum eis ante sit, ne eas traderent legatario, quia si nihilominus eas tradiderint legatario, intelliguntur dolo deliisse possidere. Sed si, ut dixi, heredes, vel alii successores juris rationes argentariæ neque possideant, neque dolo desierint possidere, neque ipsi tenentur, neque legatarii, quibus forte traditæ sunt ante denuntiationem, legatarios, utpote successores rei non teneri. Et aperte dicit Paulus hoc loco, & significat etiam satis, dum ait, *quum eo nomine in heredem argentarii agi non potest, puta, quia neque possideat rationes, neque desierit dolo malo possidere: causa cognita legatarium teneri ad editionem rationum sibi legatarum*. Si non nisi causa cognita, ergo non regulariter, qui non nisi causa cognita permittit aliquid alicui, id sane vetat, & prohibet interim. Quod aperte ostendit l. 6. §. prætor, hoc tit. Sic igitur statuo, eum, cui legatæ sunt rationes, non esse cogendum eas edere, quia non est successor juris, nisi causa cognita, id est, ex decreto Prætoris data utili actione in legatarium ex justa causa. Omnis actio utilis est decretalis, & contra, l. si finita, §. eleganter, de damn. inf. si prætor, inquit, putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat.

A D §. pen. Nummularios. Sequitur in §. pen. hujus legis, hac actione de rationibus edendis teneri non solum

argentarios, sed etiam nummularios. Ii sunt quasi minuti, minimi, infimi argentarii, certe argentariis adsimiles: si essent absimiles, *ἀνέμοροι*, hac actione non tenerentur, l. seq. in prin. illo loco, ideo argentarios cogi rationem edere: nec ullos alios absimiles eis cogi: nummularii coguntur edere, ergo argentariis proximi sunt, non absimiles. Plerumque sunt coactores, qui cogunt pecuniam, & collectarii argentariorum, & *καλλυβισταί*, qui pecunias solent permutare, sive cambire (quod sane verbum latinum, & vetustissimum est, apud Carisium, & Priscianum) veluti, qui solent mutare nummos veteres cum recentibus, & asperis. Unde & quod datur illis pro præmio mutationis appellatur aspratura in glossis Philoxeni (vide obs. 10. cap. 14.) Vel etiam aureos cum argenteis, aut contra, majores cum minoribus, aut contra. Et quod datur iis nummulariis, quali minorum nummorum attractoribus (inde enim nomen habent) etiam Collybus dicitur, & *κέρμα à κείρω, tondeo, divido in minutas partes, inde κέρματα, χρίματα, nummuli, minuta æra*) & ut dixi, aspratura. Hi vero etiam coguntur rationes edere, quia ii nummularii, inquit, sicut argentarii, rationes conficiunt, quia & accipiunt pecuniam, & erogant per partem, *κατὰ μέρος, ut in l. 2. §. novissime, de orig. jur. per partes evenit, &c.* Erogant per partes, per minutias æris, quas & Græci *κέρματα* vocant, quarum probatio, inquit, scriptura, codicibusque eorum maxime continetur, & frequentissime ad fidem, inquit, eorum nummulariorum decurritur, quæ tamen sublata est, & fallit multos, illis foro cedentibus, ut ait l. si hominem 7. §. quotiens, de pos. quoties, inquit, foro cedunt nummularii, id est, quoties fugiunt abjecta mensa, *qu'ils font banqueroute*: Plautus in Perla act. 3. sc. 3. *faceres*, inquit, *quod parium faciunt argentarii, ubi quid credideris, citius, & extemplo à foro fugiunt, quam ex porta ludis cum est emissus lepus*. Et in sequentibus: *citius tam à foro argentarii abeunt, quam in cursu rotula circumvortitur*. Postremo docet Paulus in hac lege edendas rationes esse à nummulariis, vel argentariis iis, ad quos pertinent, ut est in edicto Prætoris, puta iis, quibuscum contraxerunt, vel successoribus eorum. Nam & hæc actio successoribus eorum perpetuo datur, l. ult. h. tit. Item patri, & domino, in cuius potestate est, qui cum argentario, vel nummulario contraxit, & edendas esse postulanti- bus, & jurantibus, se calumniæ causa non postulare, quod prætor omnino exigit in edicto l. 6. §. exigitur, hoc tit. ne forte, vel supervacuas rationes, vel quas habet, edi sibi postulet, vexandi argentarii causa. Et ita etiam in l. cum plures, §. ult. de reb. auct. jud. poss. creditor es, qui iterum postulat, sibi permitti dispersionem rationum debitoris, ante omnia jurant se calumniæ causa id non postulare, & similiter, qui postulat à vicino cautionem damni infecti ex edicto Prætoris, jurat se calumniæ causa non postulare, l. 7. in princip. l. qui bona, §. qui damni, de damn. infect. Iisdem verbis ita descriptum est in fragmento legis Serviliæ (quod Petro Bembo debemus) ad judicem in eum annum, qui ex ea lege pactus erit, in jus ducito, nomenque ejus deserto, si de juraverit calumniæ causa non postulare. Hoc Cœlio in epistolis ad Cic. & Livio 33. est calumniam jurare, quam & qui publico judicio accusaturi aliquem erant, ante omnia jurabant.

E Ad L. IV. de Noxal. action. In delictis servorum, scientiæ domini quemadmodum accipienda est? utrum cum consilio, an & si videris tantum: quamvis probare non potuerit? quid enim, si ad libertatem proclamans domino sciente faciat? aut qui condemnat dominum: vel cum trans flumen sit servus, vidente quidem, sed invito domino, noxiam noceat? rectius itaque dicitur, sententiam ejus accipiendam, qui prohibere potest, & hoc in toto edicto intelligendum est circa scientiæ verbum.

Ad §. Si extraneus servus sciente me fecerit: eumque redempto: noxalis actio in me dabitur: quia non videtur domino sciente, fecisse: cum eo tempore dominus non fuerim.

Ad §. Cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est, nisi forte prætor unam penam

pœnam à domino exigi voluit. Ergo dolus servi imprimitus A erit: quod est iniquum. Imo utroque modo dominus tenebitur. Vna autem pœna exacta, quam actor elegerit, altera tollitur. Ad §. Si detracta noxæ deditio, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutioe facta, & finito iudicio, amplius agendo cum noxæ deditioe, exceptione rei iudicatae summovebitur: quia res in superius iudicium deducta, & finita est. Donec autem prius iudicium agitur, licentia agendi est, si eum de scientia domini arguenda pœniteat. tum ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo, qui scit, cum noxæ deditioe, actum sit: amplius in dominum, detractæ noxæ deditioe, danda actio non est. In ipso autem iudicio, si voluerit, & scientiam domini arguere, non est prohibendus.

Priusquam veniam ad interpretationem leg. 2. & 4. de pœn. leges quasdam, quia ad edictum de edendo B pertinent, jungam superioribus, & interpretabor. Hæ sunt l. 4. de noxal. act. l. 14. de iurejur. l. 7. de nau. sœn. l. 38. de obligat. & action. & l. 8. de verbor. signif. ac primum quidem lex 4. de nox. act. nam ex eo edicto dominus, quo sciente, & volente servus argentariam fecit, compellitur postulantibus iis, quorum interest, rationes edere, & eo nomine perinde in eum datur actio in factum, ac si ipse argentariam fecisset, sed si inscio domino servus argentariam fecerit, satis est dominum jurare, eas se rationes non habere, satis est, si de ea re purget iurejurando: nec ab eo quicquam amplius requiritur. Hæc est sententia l. 4. §. *et si servus, de edendo*, ubi scientiæ, aut conscientiæ verbum cum ostendisset forte Paulus accipi pro taciturnitate, & patientia, puta, si prohibere dominus potuit, ne servus argentariam faceret, nec prohibuit. Eodem quoque modo, & eadem salva Paulus docuit, scientiam dominorum accipi in delictis servorum, & ut ait hoc loco, in toto edicto, id est, in omnibus partibus, in omnibus titulis edicti prætorii, ubicunque sit mentio scientiæ domini, scientia pro silentio accipitur, atque patientia domini. Quod comprobatur l. *scientiam, in princ. ad leg. Aq. & l. 6. §. si autem, si famil. furt. sec. dic.* Distinguitur autem merito conscius dominus ab inscio in delictis servorum, ut & in aliis plerisque causis. Nam si conscius domino servus deliquerit, suo nomine in solidum tenetur dominus, detracta noxæ deditioe, id est, non adjecta actioni hac clausula, *aut noxæ dedere*, quia nec dedendo servum dominus liberari potest, sed plane in solidum defungi debet æstimatione integra damni, vel pœnæ; sed si inscio domino servus deliquerit, servi tantum nomine dominus tenetur noxali actione, l. 2. *h. tit. in princ.* Scire autem videtur dominus non tantum qui jubet, sed & qui patitur servum delinquere, id est, qui cum prohibere servum potest, non prohibet. Atque ideo merito tenetur suo nomine in solidum, quia hæc patientia sive conniventia pro iussu est: vel ut ait d. l. 2. *hujus tit.* ipse dominus delictum admisisse videtur, id est, ipse dominus delicti reus est, qui id ne fieret, cum posset impedire, non impedierit, qui id fieri perpetuus est. Seneca in Troade: *Qui non vetat, inquit, peccare, cum posset, jubet.* Et Salyianus 7. de providentia: *in cuius manu esset, ut prohibeat jubet agi, si non prohibeat admitti.* Contra si dominus prohibere non potuit, etiam si sciverit, & viderit servum delinquere, non tenetur, nisi noxali actione, quia quantum in ipso est, sane ipse dominus noluit id fieri, neque probavit, quod servus fecit, & ea tantum scientia obligat dominum in solidum, quæ habet, vel tacitam voluntatem, id est, patientiam, etiam si non propterea eius rei servo auctor fuerit. Cæterum, si cum non posset servum prohibere cum effectu, & absterre à delicto, non prohibuit, vel si prohibuit frustra, servo vel dominum contemnite, vel proclamante ad libertatem; vel etiam, ut ponit initio hujus legis, si cum servus esset trans flumen, dominus cis flumen, servus noxam nocuerit, vidente & sciente, sed reclamante domino, dominus non tenetur, nisi noxali actione, quia à scientia domini longissime absuit consilium, & voluntas approbandi factum: id fecit quidem servus sciente, & vidente domino, sed invito & reclamante. Et ita accipiendum est, quod ait d. l. 1. §.

is autem, si famil. furt. sec. dic. Cæterum, inquit, si scit, prohibuit tamen, dicendum est, usurum edicti beneficio, perinde scilicet, atque eum, qui omnino nesciverit. Ita scilicet ea verba accipienda sunt, si scit, prohibuit tamen, verbo tenus, non cum effectu, ut & Græci interpretantur, *εάν εἰδὼσεν, ἢ πεισθῆναι δὲ κείνου*, id est, si prohibuit quidem, sed superior non fuit, si dicto audientes servi non fuerunt, si vim domini, vi & audacia sua vicerunt. Est hoc quidem ita definit Paulus initio hujus legis.

AD §. I. Si extraneus. Subjicit in §. 1. quod & lex 2. §. 1. *hoc tit.* significat, ut ex noxa servi dominus ob scientiam teneatur in solidum, perquam necessarium esse, ut dominus fuerit eo tempore, quo non prohibuit, cum prohibere posset. Nam si servum alienum non prohibeat, tamen si satis virium habeat ad eum prohibendum, non tenetur in solidum, quamvis postea ejus servi dominium adquisierit: quia eo tempore, quo deliquit, ejus dominus non fuit, sed tantum tenetur noxali actione; quia, ut est in l. *nullus 109. de regul. juris, nullum crimen patitur, qui non prohibet, quum prohibere potest.* Sic habent Florentini, & Basilica. Sic constanter legunt interpretes Græci. Vulgo male additur negatio, *quum prohibere non potest*, quoniam etiam si addita negatione vera sit ea regula, tamen additio ejus expungit sententiam præclarissimam, & verissimam, quum persæpe nullum pati crimen eum, qui non prohibet, quum prohibere potest (quod latius explicabitur libro 5. ex quo est illa lex, *si quis servum alienum, aut liberum hominem non prohibeat, quum prohibere potest*) quia jus ei imperadi non habet: sed non etiam, si servum proprium, vel filium familias non prohibeat, quum prohibere potest; hic enim non prohibendo, crimen facit suum. Ego te non prohibendo à scelere, qui tui juris es, non mei, etiam si prohibere poterim, quamquam honestius fecerim si etiam prohibuerim, non tamen propterea cessando, crimen illud faciam meum.

AD §. cum dominus. Additur in §. cum dominus, dominum, qui ob scientiam tenetur in solidum suo nomine, tene-ri etiam servi nomine noxali actione, quod & l. 2. §. ult. *hoc tit.* docet. Itaque, quæ constituitur differentia inter scientem dominum, & nescientem, ut sit plana, ita dicendum videtur, nescientem, aut eum, qui nescienti comparatur, noxali tantum actione teneri, scientem tam suo in solidum, quam servi nomine, noxali iudicio teneri, utroque modo teneri, ita scilicet (nam res indiget interpretatione, neque ita abscessisse pronuntiata, vera est hæc sententia) ita, inquam, ut liberum sit actori, vel cum domino agere in solidum ob scientiam, vel noxali iudicio ob servi dolum. Verum una pœna exacta, vel domini, vel servi nomine, quam actor elegerit, altera tollitur, & consumitur, optima ratione, quia utroque modo teneri dominum placuit, ne eluderetur actor, ne luderet operam, non etiam ut lucrum faceret, bis exacta eadem pœna, ut in l. *electio, in princ. infr. hoc tit.* eluderetur actor, si haberet tantum actionem ex scientia domini, & dominus non esset solvendo, vel si noxalem tantum actionem haberet, & servus, qui noxam nocuit, vilissimus esset, & nullius prope modum pretii, ut eum habere non expediret. Itaque electio ei datur, ut prout ei videbitur hoc, vel illo modo agendo unam pœnam, non duas exigat. Unius facti duæ pœnæ nunquam proditæ sunt. Itaque si servus exempli gratia, furtum manifestum fecerit conscius domino, & actor à domino duplum exegerit pœnæ nomine, ac præterea simplum uti oportet, conditionis nomine, id est, rem furtivam, vel æstimationem ejus; deinde non potest servum petere sibi dedi ad noxam, non potest agere noxali actione. Et è converso, si servus petitus sit in noxam, & deditus, non potest à domino duplum petere pœnæ nomine, nec conditionis nomine simplum. Quod tamen ita procedit, & hoc summe notandum, si ex pretio servi noxæ dediti, quod computari placet, l. *si ex duobus, l. quod aut, hoc tit.* si, inquam, ex pretio servi noxæ dediti, tantundem colligatur: nam si minus colligatur, æquum est, in id, quod amplius est, in damni, aut pœnæ persecutione, dominum qui scivit, suo nomi-

nomine conveniri, & condemnari, *d. l. si ex duobus*. Bene autem Paulus ait hoc loco, *una poena exacta*, quia non petitione unius poenae, sed exactioe demum, altera tollitur. Sicut si duobus dominis scientibus servus deliquerit, uno quidem exacto, & solvente solidum, alter liberatur, ut *l. electio, §. si servum, inf. hoc tit.* Sed uno convento tantum, nondum exacto, alter nondum liberatur, quia fieri potest, ut ab eo, qui conventus est, propter ejus inopiam, aut adversam fortunam, quae subito contingit, nihil exprimi, nihil exigi possit. Ita recte Azo interpretatur *l. seq.* illo loco, *nec altero convento alter liberabitur*. Bene, *convento*: nam altero exacto, certe alter liberabitur; alioqui unius facti actor duas ferret poenas, & duo remedia. Huic autem dicto Pauli ob stare videtur *l. i. §. i. si fam. furtum fec. dic.* nec ut ei respondendum sit, ne quid dissimulem, interpretes sciunt. Sententia ejus §. haec est. Si familia furtum fecerit, vel damnum culpa dederit, ignorante domino, dominum, vel omnem familiam noxae dedere debere, vel ex beneficio praetoris, quod in eo edicto proponitur, si solvat unam poenam, perinde ac si unus tantum fecisset, retinebit omnem familiam, nec dedit in noxam. Summum est beneficium, quod exposui in *l. 9. de jurisd. dist.* ut plura furta, plura damna, plura facta pro uno habeantur, ut dominus unius tantum poenae praestatione defungatur. Et hoc, si familia deliquerit domino insciente, & ignorante: sed si sciente domino, dominus in solidum, & suo nomine tenetur, & singulorum servorum nomine noxali actione, nec uti potest beneficio illius edicti, id est, in ejus arbitrio non est, vel omnes servos noxae dedere, vel si omnes retinere malit, unam tantum poenam sufferre, quam sufferret liber homo, si id fecisset. Sed si omnes retinere velit, nullum dedere in noxam, debet pro singulis poenam inferre, pro singulis duplum, si familia furtum fecerit: nec una poena exacta tollitur altera. Hoc est verum, nec tamen ullo modo pugnat cum sententia *§. i. cum dominus*, quia & id verum est, quod proponitur in *d. l. i. §. i.* & hoc quoque. Quod omnino congruit cum hoc §. dominum scilicet si pro singulis servis, quum familia noxam nocuit, poenam intulerit, cum singulorum nomine noxali judicio conveniretur, rursus suo nomine conveniri non posse: & contra, si prius suo nomine conventus solidum praestiterit, quantum scilicet efficiunt poenae omnium nomine, non posse conveniri noxali actione. Nec alia est sententia hujus §.

AD §. penult. & ult. In §. penult. ostendit Paulus eum, qui cum domino egit in solidum, quasi cum sciente, qui non erat sciens, per errorem post rem judicatam, absolutumque dominum, quia actor probare non poterat scientiam domini, agentem noxali actione, qua debuerat agere initio, repellere vulgari exceptione rei judicatae, quia etsi eadem actio non sit, qua nunc agit, tamen eadem res est, eadem servi noxa, *l. 5. l. 8. §. generaliter, de except. rei jud.* Et potest ei praescribi quod M. Tull. ait *§. de finibus, & 13. epist.* quodque sumit à nobis, *de eadem re agi alio modo, alia actione*. Haec est exceptio rei judicatae, quae non opponitur tantum moventi eandem actionem, de qua agitur, sed moventi aliam actionem eadem de re tamen. Ergo post rem judicatam, qui male egit adversus dominum quasi scientem in solidum, non potest redire ad noxalem actionem. Verum ante rem judicatam etiam si lis contestata sit, mutare actionem potest, puta, agere noxali actione, & errorem suum corrigere. Idemque ait obtinere ex contrario, si prius egerit noxali actione, cum ignoraret scientiam domini: nam post rem judicatam agere in dominum non potest in solidum, ante rem judicatam mutata agendi forma, domini scientiam arguere potest. Quae est elegantissima sententia §. ult. Ergo sic statuo: in ipso judicio, id est, pendente judicio, cognitione suspensa, actorem posse errorem suum corrigere: Quod & aperte proditum est in §. *si quid, Instituit. de act. & in l. hujusmodi, §. qui servum, de leg. 1.* posse eum, qui agit ex empto mutata formula ante rem judicatam agere ex testamento. Sed dico Praetoris decreto opus esse, qui scilicet decernat, licere ei mutare genus actionis, quia judex datus, certa judicii forma tenetur. Et ut fem-

per existimavi, sententia *l. 3. C. de edendo*, haec est; *ante litem contestatam mutari editam actionem posse ex edicto de edendo, edita alia actione; post litem contestatam, & ante rem judicatam non posse, nisi ex decreto jus dicentis*. Mutatio actionis, vel sit ex edicto ipso jure. Ex quo vero alio, quam ex edicto de edendo? mutatio nimirum editae actionis nondum in judicium perlatae, nondum contestatae, quae prima causae conflictio est. Ex decreto autem mutatur post litem contestatam, ideoque ad eundem est praetor, qui in ipso judicio, quod jam initium cepit, permittat mutari actionis genus. Et haec quidem sententia vera est, non tantum si qui egit cum uno, cum eodem mutata actione, eadem de re agere velit, ante rem judicatam priore judicio, sed etsi priore adversario dimisso, cum quo agere coeperat, cum alio experiri velit. Et quidem multo magis, quia etiam si rem non obtinuerit à priore, ut puta, si prior absolutus fuerit post rem judicatam, integrum est ei transire ad alium. Quod ostendit aperte *l. cum indebitum, in fine, de cond. indeb.* Sed si priorem vicerit, atque ita quod petebat, consecutus fuerit, sane non potest transire ad alium ne bis idem consequatur. Et ita recte Accursius accipit *l. 7. §. 1. hoc tit.* quo loco ait Pomponius, *si emptor servum noxali conventus sit, venditorem, quo sciente factum est, conveniri jam non posse*. Accursius rectissime verbum *conventus* accipit cum effectu, ut exactus fuerit emptor, id est, ut vel praestiterit aestimationem litis, vel servum in noxam dederit, alioquin pugnaret *l. 7. §. 1. cum §. cum dominus, & cum l. electio, §. si servum, hoc tit.* quibus locis exactio desideratur, & perceptio unius poenae, nec sufficit conventio, aut sola litis contestatio. Ergo si unum convenero, & nondum exegero, non prohibeor mutato adversario alium convenire. Sed si convenero unum, & exegero, aliud dicendum est. Agendi, conveniendi, petendi verba sunt *ἀπιπέδα*, & varie accipiuntur pro subjecta materia: alias agere est exigere, ut *l. 3. conjuncta, l. 4. supr. tit. prox.* Itemque petere, non tantum est petere, sed exigere pretium, & extorquere, *l. 2. de duobus reis*: ubi petitione sic accipitur pro exactioe ex *l. si ut certo, §. ult. commod. l. 8. §. 1. de leg. 1. l. 8. §. 1. de neg. gest.* Alias eadem verba rem inchoatam tantum demonstrant, non perfectam, non finitam, puta editionem actionis, aut litis contestationem.

Ad L. XIV. de Jurejurand. *Quotiens propter rem juratur; nec parenti, nec patrono remittitur jusjurandum. Propter rem autem jusjurandum exigitur, veluti de pecunia credita, cum jurat actor sibi dari oportere, vel reus, se dare non oportere. Idem est cum de pecunia constituta jusjurandum exigitur.*

Haec lex ideo eidem edicto reddenda est, quia ex eo edicto is, qui postulat ab argentariis, vel nummulariis sibi edi rationes, quae ad se pertinent, ante omnia jurare debet, se id calumniae causa non postulare, *l. 6. §. exigitur, l. 9. §. pen. de edendo*. Ad quam partem edicti cum adnotasset Paulus, id tamen jusjurandum remitti parentibus, & patronis, qui postulant à liberis, vel libertis suis editionem rerum ad se pertinentium (à liberis, inquam, vel libertis suis, qui argentariam faciunt, vel fecerunt) quod & in omnibus aliis causis remitti solet propter reverentiam personarum, *l. licet, de obseq. par. l. de die, §. 1. qui satisf. cog. l. qui bona, §. pen. de damn. inf. l. 16. hoc tit.* Unde quod est in Florentinis *l. 34. §. qui jusjurandum, hoc tit.* jusjurandum scilicet de calumnia, neque patrono, neque parenti remitti, portento simile est, & verius rectiusque est, quod vulgo, & in Basilicis, aequè patrono parentibusque remitti. Cum igitur scribens Paulus ad edictum de edendo adnotasset jusjurandum propter calumniam parentibus, & patronis remitti, subjecit, quod est in hac *l. 14.* jusjurandum tamen propter rem eis non remitti. Propter rem scilicet, qua de agitur, veluti propter creditam pecuniam, quae certa petitur ex nominum obligatione, si à parente, vel patrono petatur, vel si parens, aut patronus petat, & deferatur parenti vel patrono jusjurandum, ut juret sibi dari oportere, aut se dare non oportere, ei hoc jusjurandum non remittitur, & vel

& vel jurare debet, vel jusjurandum referre. Idemque erit, A ut ait in fine hujus legis, si de pecunia constituta agatur, quæ res frequens est in argentariis, qui plerumque pro se, vel pro aliis constituunt, se pecuniam soluturos, ut recte Ulpianus dixerit in l.6. §.rationum, de edendo, constitutum ex argentaria venire, id est, officii argentarii partem esse, ut Basilica interpretantur, ἀντιλήθη μέρους τῆς ἀργυρίας, constitutum esse partem officii hujus, quod argentarius, vel nummularius exercet. Id quoque confirmat l.pen. §.ult. C.de constit. pec. Et hoc argumento fortissime defendi potest, hanc legem edito de edendo esse reddendam. Cur enim alioqui de pecunia credita, factis scilicet nominibus, vel de constituta tantum diceret? Cur de credita, & constituta potius, quam de legata, aut relicta per fideicommissum, aut deposita, aut indebita soluta, vel quæ alia? Jusjurandum igitur, quod propter calumniam exigitur, separavit Paulus à jurejurando propter rem: hoc non remitti parenti, vel patrono, illud remitti: quia non de re est, vel contractu, quo de agitur, sed de persona, l.28. §.1. infr. hoc tit. & in personam patroni, vel parentis calumniæ suspicio non cadit, ut de ea re purgare se debeat jurejurando, arg. leg. pen. §. de uno, de ritu nupt. Ridiculus hoc loco est Accursius, qui rem interpretatur veritatem, cum satis aperte declarat Paulus, rem esse, exempli gratia, pecuniam creditam, & constitutam, qua de agitur: denique rem esse id, de quo lis est, rem esse, quod nos vocamus, Quia de re agitur, in formulis nostris. Et sæpissime iteramus, quod rhetores τὸ κενόμεινον, & Plato in Phædro, πρὸς τὸν Ἰδάλῃ, quum ait, in consiliis maxime animadvertendum esse, πρὸς τὸν Ἰδάλῃ, de qua re agitur. Rursus ridiculus, quum ait jusjurandum calumniæ esse jusjurandum de credulitate, quo verbo plerumque error significatur, & persuasio quælibet, etiam falsa: ridiculus, quum comminiscitur olim jusjurandum calumniæ omnibus fuisse remissum: nunquam enim frequentior hujus jurisjurandi fuit usus, quam olim. Fac igitur, ut totam Glossam Accursii in spongiam tuam adducas.

Ad L.VII. de Nautico scœnore. In quibusdam contractibus etiam usuræ debentur, quemadmodum per stipulationem, Nam si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam: dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere.

Hæc lex respicit etiam ad rationes argentariorum. In argentariis hoc jus singulare est, ut pecuniarum, quas aliis crediderint usuræ eis debeantur sine stipulatione, ex pacto nudo, ex percriptione sola, ut extat in Novella 136. relatum ex jure veteri, regulariter pecuniæ creditæ usuræ non debentur sine stipulatione, l. Titius, de præscr. verb. l. qui negotia, mandati, l.3. C. de usur. At jure singulari argentariis, aut nummulariis ex pacto nudo perinde, atque ex stipulatione usuræ debentur. Quod cum scripsisset Paulus, tractans de rationibus argentariorum edendis, exhibendis, subducendis, sive calculo subiiciendis, facta collatione expensarum, & acceptarum pecuniarum debitarum, & creditarum, subjecit, non in mensariis, sive argentariis hoc tantum obtinere, ut creditarum pecuniarum usuræ eis debeantur ex pacto nudo sine stipulatione: sed etiam in omnibus, qui pecuniam credunt traiciendam trans mare, quod in jure nostro est in Græciam, ea lege, ut periculum pecuniæ sit eorum, qui credunt, non debitoris, contra quam ferat conditio, & lex communis aliarum pecuniarum, quoniam aliarum pecuniarum, quæ creditæ sunt proculdubio periculum statim pertinet ad debitorem, qui eas accepit, l. incendium, C. si cert. pet. quoniam mutui acceptione domini fiunt pecuniarum, quas acceperunt. At in illis, qui contrahunt trajectitium scœnus, id quoque obtinet, ut usuræ eis debeantur, etiam ex pacto nudo pensandi periculi gratia, quod in se suscipiunt, l.5. h. tit. quod & in hac l.7. ex Paulo relatum est, qui utique & alios similiter casus addiderat, quibus usuræ debentur ex pacto nudo, quia non in hoc tantum contractu nautico, sed ut loquitur, & in quibusdam aliis contractibus idem obtinet, id est, in quibusdam contractibus creditarum pecuniarum, non tantum in

iis, qui contrahuntur ab argentariis, aut nummulariis, vel in iis, qui contrahuntur à scœnatoribus nauticæ pecuniæ: sed etiam in contractibus creditarum pecuniarum reip. vel civitatis, l. etiam, sup. tit. prox. & in contractibus creditarum earum rerum, quæ mensura constant, ut puta frumenti, vini, olei. Namque & earum rerum creditores ex nudo pacto usuras recipiunt, propter incertum pretium earum rerum, l. frumenti, C. de usur.

Ad L. XXXVIII. de Oblig. & actionibus. Non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literæ, obligamur, quatenus placuit, non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.

Edem referenda est lex 38. de oblig. & act. nempe ad obligationes, quæ per scripturam mensæ argentarii, vel nummularii, nominibus contrahi dicebantur. Dico per scripturam mensæ, ut Donat. in Phormione, qui rescribere interpretatur esse per mensæ scripturam, sive de mensæ scriptura dare, aut reddere pecunias. Unde & hodie chirographis addi scribit, de domo, ex arca sua, vel ex mensæ scriptura. Et ita in l.9. §. pen. de edendo, pecuniarum acceptarum, & erogatarum probationem scriptura, & codicibus nummulariorum maxime contineri, id est, scriptura mensæ. Et in l.2. hoc tit. obligationes, quæ solo consensu fiunt, neque verborum, neque scripturæ ullam proprietatem desiderare. Verborum dicit, ut eas obligationes distinguat ab obligationibus, quæ verbis fiunt solemnibus, & propriis. Scripturæ vero dicit, ut eas discernat ab iis, quæ nominibus fiunt ad mensam argentarii, vel nummularii, sine stipulatione, ut l. si plures, de passis, l. si duo, de recept. & qui arbit. rescripti. Quamquam ut Paulus in hac l.38. non figura literarum contrahantur, sed oratione potius, quam exprimunt literæ, quatenus, id est, quia placet, ut sæpe loquitur, non minus valere quod scriptura mensæ continetur, quam quod vocibus lingua figuratis significatur. Hoc tantum teneamus, eam l. pertinere ad mensæ scripturam, sive percriptionem, aut rescriptionem argentariorum. Ab hac lege transeamus ad l.8. de verb. signif.

Ad L.VIII. de Verb. signif. Verbum Oportebit, tam præsens, quam futuram tempus significat.

Ad §. Actionis verbo non continetur exceptio.

Hæc lex etiam pertinet ad eam de edendo edicti partem, qua prætor jubet, eum, qui acturus est, ante litem contestatam adversario edere actionem suam, & demonstrare genus futuræ litis, ut ille se comparet ad litem agendam, & sustinendam, vel cedat omnino actori, vel cum eo transigat, l.1. in princ. de edendo, l.3. Cod. eod. Hæc actio forte in personam, quæ edi solet hoc modo, quod te mihi ex illa causa, puta ex causa locati, conducti, dare facere oportet, si ita edatur, quod te mihi dare facere oportebit, tantundem potest, nec perperam edita intelligitur. Nam ut in actionibus verbum oportet, non tantum præsens, sed & futurum significat tempus, ut scilicet ex mora judicii recipiat incrementum usurarum, & fructuum. In actionibus, inquam, vel in stipulationibus prætoriiis, quæ actionum instar obtinent, veluti legatorum, aut damni infecti, l.76. §.1. de verb. oblig. l.1. §. bellissime, ut leg. nomine caveatur: in actionibus, inquam, vel stipulationibus, quæ instar actionum sunt, non etiam in stipulationibus conventionalibus, quæ strictius accipiuntur, nempe, ut verba illa stipulandi, quod te mihi dare oportet, significant tantum præsens tempus, & cum, qui volet comprehendere etiam futurum tempus, necesse sit ita stipulari, quod te mihi, verbi gratia, ex locato dare facere oportet, oportebitque, d. l.76. §.1. & l.89. & l.125. eod. tit. Ut autem in actionibus, & stipulationibus prætoriiis, quæ instar actionum habent, verbum oportet, & præsens, & futurum tempus significat, ita & in iisdem verbum oportebit utrumque tempus significabit. Et qua comparatione utitur Jurisconsultus in l. verbum erit, infr. hoc tit. ad hoc exemplum, ut quemadmodum verbum

(est)

(*est*) non solum præsens, sed etiam præteritum tempus significat, ita & hoc verbum (*eris*) utrumque tempus demonstrat; eadem licet nobis quoque uti comparatione in proposito, ut quemadmodum verbum *oportet*, non tantum præsens, sed etiam futurum tempus significat, quod alii vocant *exflans*, præsens, scilicet, & instans, id est, futurum, ita & verbum, *oportebis*, significet utrumque tempus. Et ita, quod ait initio hujus legis, verbum *oportebit*, tam præsens, quam futurum tempus significat, facile liquet, pertinere ad formulas edictarum actionum ex edicto prætoris. Quod & omnino persuadent; quod sequitur in hac lege, *actionis verbo non contineri exceptionem*. Nam & id ad eandem causam edictarum actionum pertinere, plusquam manifestum est, hoc nimirum sensu, ut in edicto de edendo, quo prætor ante litem contestatam edi actionem jubet, *actionis verbo continetur intentio actoris tantum*, non exceptio rei. Nec enim ut actor actionem, ita reus exceptionem suam edere debet. Provocanti, & laceranti alterum incumbit onus edendæ suæ intentionis, siue juris, non se defendendi, antequam communis lis contestetur inter partes; qui me provocat ad certamen, debet mihi indicare, quo telo me ferire, aut persequi velit, non ego, quo me clypeo defendere, ac tucri decreverim. Actio est telum, exceptio clypeus. In edicto quidem de dolo malo his verbis, *si alia actio non sit*, exceptio etiam continetur, l. 1. §. *ait prætor, de dolo*: sed non in edicto de edendo, ad quod hujus legis sententia coangustanda est. Ideoque ad illud quoque edictum, quod est de edenda actione scribens Ulpianus lib. 4. adnotavit, reum, qui exceptione utitur, tametsi agere videatur, & esse actor in exceptione, l. 1. de *except.* quæ est ex eod. lib. 4. Ulpian. tamen non compelli reum ad editionem exceptionis suæ, & l. 37. de *oblig. & act.* idem Ulp. eod. lib. cum recenseret ea, quæ in edendo continentur actionis verbo, merito omisit exceptionem, quia non ut actio actoris, & actio rei, id est, exceptio, edenda est ante litis contestationem. Hactenus de II. ad edictum de edendo. Pergamus ad edictum de pactis conventis.

Ad L. II. de Pact. *Labo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuntium, inter absentes quoque posse, sed etiam tacite consensu convenire intelligitur. Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem: profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.*

Ad L. IV. eod. *Item, quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecita illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit.*

Ad §. Secundum hæc, & *mutus pacisci potest.*

Ad §. Hujus rei argumentum *etiam stipulatio dotis causa facta. Nam ante nuptias male petitur: quasi si hoc expressum fuisset: & nuptiis non secutis, ipso jure evanescit stipulatio. Idem Juliano placet.*

Ad §. Ex facto etiam consultus cum convenisset, ut donec usura solverentur, fors non peteretur, & stipulatio pure concepta fuisset: conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset.

Ad L. VI. eod. *Legitima conventio est, quæ lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quotiens lege, vel senatusconsulto adjuvatur.*

IN l. 2. ait Paulus, conventionem fieri posse vel re, vel per epistolam, &c. conventionem dicit, non pactum, convenire, non pacisci, quæ duo inter se eo distant, quo genus à specie. Conventionis enim nomen latius patet: nam & pactum continet, & contractum qualemcumque, l. 1. §. 1. *hoc tit.* Pactum nusquam accipitur pro contractu, sed pro conventionem ea tantum, quæ nomine vacat, & quæ intra primum placitum stetit, nec datione ulla, vel facto, vel stipulatione sumpsit effectum. Conventio genus est, sub quo dicitur species summæ: contractus, & pactum, siue pactio, siue pactum conventum, siue pactum, & conventum. Hæc omnia idem possunt. Re autem fit conventio, ut Græci interpretantur, & ex Latinis Fortunius Gargas Hispanus, vir sane doctissimus, quæ fit inter præsentis per nosmetipsos, vel re aliqua interveniente, vel nudis,

& quibuscumque verbis, ut societas, quæ species conventionis est, cum sit contractus, coiri dicitur & re, & verbis, hoc est inter præsentis, & per nuntium, vel per epistolam, id est, inter absentes, l. 4. *pro soc. Re.* veluti re aliqua, aut rebus universis in commune collatis, & verbis quibuscumque non propriis, non solemnibus, ut fit in stipulatione. Pacta quoque fieri verbis quibuscumque ait l. *quæ autem, §. ult. de constit. perun.* Et addit, *vel per nuntium, vel per epistolam*, sicut & contractus, qui consensu contrahuntur omnes, veluti emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum, non tantum inter præsentis contrahuntur, sed per nuntium, vel per epistolam, l. 2. de *oblig. & act.* Quia vero convenire inter absentes, & convenire per internuntium, vel per epistolam idem esse manifestius est, quam ut dicendum sit, ideo omni a se veratione confirmo, in l. 2. hæc Pauli verba ductim, & uno spiritu esse legenda, *vel per epistolam, vel per nuntium inter absentes quoque posse*: mox addit Paulus, *etiam tacito consensu conventionem fieri posse citra sermonem ullum*, quod in contractibus, qui consensu perficiuntur verissimum est, l. 48. de *oblig. & action. l. si stipul. §. ult. de verb. oblig.* Et in pactis quoque idem obtinere, ut tacite fieri possint, quatuor exemplis Paulus demonstrat. Primum hoc est, si creditor debitori chirographum reddiderit (quo reddito remittitur obligatio, ut corrupto, & concremato data opera) quoniam hoc genere videtur creditor ei remisisse jus obligationis quod habuit, quasi tacite pactus de non petenda pecunia chirographo comprehensa, & ideo petenti pecuniam obstat exceptio pacti taciti, vel quæ cum ea concurrat semper, exceptio doli, l. 3. in *princ. inf. de sib. leg. l. moris causa, §. pen. de mort. caus. donat.* Et ita reddito chirographo pignoris, tacite videtur remissa pignoris obligatio, l. 7. *C. de remis. pig. & cap. 4. extra, ut licet pendente nihil innovet.* reddito chirographo pignoris, inquam, tacite videtur remissa pignoris obligatio, non etiam principalis, si fors soluta non sit, nisi id in reddendo chirographo pignoris specialiter actum esse probetur, ut in *leg. seq. & in l. 1. in fin. de liberat. leg.* Speciali conventionem opus est: nam ex redditione pignoris, vel chirographi pignoratitii sola obligatio pignoris remissa videtur, nec ex redditione pignoris ducitur idoneum argumentum remissæ sortis, sed pignoris tantum remissi. Ut & remissa fors videatur, reddi etiam oportet, aut corrumpi chirographum sortis, aut in reddendo pignore id specialiter agi, & nominatim, ut & fors remittatur: alioquin redditionis pignoris hic tantum effectus est, ut debitum, quod erat hypothecarium, fiat chirographarium. Et ex diverso tamen reddita cautione principali, etiam pignus remissum videtur, nimirum, quia accessio est principalis obligationis, arg. l. 5. §. 1. *quib. mod. pig. vel hypob.* Et regulariter accessio sine principali non consistit, contra, principale sine accessione consistere potest. Dixi remissam videri tacito pacto sortis obligationem, chirographo, aut syngrapha reddita, vel corrupta: nam & qui instrumentum servitutis servo reddit, vel corruptit testibus præsentibus, eum liberare videtur, l. un. §. *pen. de lat. liber. toll.* Et boni imperatores sæpe, quum jubebant publicorum debitorum instrumenta comburi, ea remittebant, ut de Cæsare Dio scripsit 53. *τὰ παλαιὰ συμβολαῖα τῶν ἡεροφιλόντων ἐκαμψεν.* Et de Gratiano Antonius, *tu argumenta omnia flagitandi publicitus ardere iussisti.* Et de Justino Corippus Africanus vetus Poeta nuper in lucem restitutus, inquit lib. 2.

Hinc Rutuli lucent chartis ardentibus ignes,

Hinc chartas flammis subigunt, &c.

Et ipsemet Imperator Constantinus in l. 6. *C. de jure fisci*, inquit, *præcipimus concremari.* Et ad eundem modum creditor, qui comburit chirographum debitoris, ei debitum remittere videtur, si modo id non casu quodam, sed præsentem debitore, consulta opera, & reddendi animo faciat. Sicut D. Ambrosius ait l. offic. *Id sciendens restituat, nihil à debitore debiti consecutus.*

Ad L. IV. eod. cujus legis verba supra sunt adscripta.

Secundum exemplum tacite conventionis proponitur initio hujus legis his verbis: *Item quia conventiones etiam*

etiam tacite, &c. ubi illa verba, quia conventiones item tacite valent, mihi subolent esse glossographi, quia super-
vacua ea repetitio est. Cæterum exemplum, quod ibi
proponitur, tale est: Quæ in urbanum prædium sibi lo-
catum conductor induxit, invexit, intulit, tacite pign. ne-
xa locatori videntur pro mercede habitationis, vel si cul-
pa conductoris deterior habitatio facta fuerit, ut l. 4. inf.
in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. cont. Dico, in urbanum
prædium, vel ut Paulus, in urbanis habitationibus, quas
natura fructus nullos ferre manifestissimum est: nam in
prædium rusticum, quod natura fructibus ferundis com-
paratum est, nihil necesse est statuere, inducta, & illata
à conductore tacito, jure pignori esse, quod abunde suffi-
ciat, si fructus ibi nati ob mercedem pignori esse intelli-
gantur, quæ alia est species taciti pignoris. Et in utraque
specie inducta, & recepta est tacita conventio pignoris, B
non alia via, & ratione, quam quod coloni, id est, con-
ductores rusticorum prædiorum vulgo solerent ob merce-
dem fructus, quos perciperent, pignori obligare. Inqui-
lini vero, id est, conductores prædiorum urbanorum
supellectilem, & cæteras res omnes, quas in ea prædia
inferrent, importarent. Quod pacisci solebant; nomina-
tim, ut aperte indicat lex si servus, §. locavi, de furtis, id
usu paulatim invaluit, ut etsi expressum non esset, tamen
tacite pacti locator, & conductor semper inter se intelli-
gerentur. Quod vulgo fieri solet, sæpe abit in legem, & ha-
betur pro facto, vel pro dicto, etiamsi dictum non sit,
l. ult. C. de fidejuss. Denique paulatim obtinuit, ut locato
prædio rustico, fructus ob mercedem tacite pignoriati es-
sent, non inducta, & illata, nisi id nominatim convenisset,
ut l. 1. inf. de Salvian. interd. l. 5. C. in quib. caus. l. 5. C. de loca-
to, §. item Serviana, Instit. de act. §. interdictum quoque,
Instit. de interd. Locato autem prædio urbano, ut indu-
cta, & illata locatori ob mercedem pignori essent, etiamsi
nihil nominatim convenisset, idque indistincte sive loca-
tor scisset, quæ inducta essent, sive ignorasset. Facessat
hæc distinctio Accursii. Et hoc in titulo in quibus causis
multæ leges docent, & in aliis titulis quamplurimæ. Et
hoc jure utimur, ut ait lex 4. inf. in quib. caus. pign. hoc
scilicet usus introduxit, non lex scripta. Et initio hujus le-
gis 4. placet, id est usu comprobatum est.

AD §. 1. Subjicit in l. 4. secundum hæc, & mutus pacisci
potest. Hoc quoque subsentio aliud esse glossema sive
ἐμπαγμα. Primum, quia non suo loco hoc adnotatum est,
vel enim adnotari debuit post omnia exempla tacitarum D
conventionum in fine hujus legis 4. vel initio illius propo-
sitionis, quæ est in l. 2. Sed etiam tacito consensu convenire
intelligitur: secundum quam propositionem, & hoc loco di-
cere debuit Paulus convenire, non pacisci, secundum hæc,
& mutum convenire posse, quia convenire latius patet, quam
pacisci (etiam contrahere posse mutum certum est) Et ve-
rum est, mutum non tantum pacisci, sed & contrahere posse,
ut Paulus scribit 2. sent. titulo ex empto vendito, mutum eme-
re, & vendere posse. Ergo & alia similia negotia, quæ
consensu perficiuntur contrahere posse absque dubio.

AD §. hujus rei. Porro tertium exemplum proponitur in
§. hujus rei. Et est hujusmodi. Si pure interponatur sti-
pulatione, etiamsi hoc expressum non sit, statim ab initio
tacite actum videtur, ut non aliter teneat stipulatio, E
quæ fit dotis causa, quam si nuptiæ sequantur. Et ideo an-
te nuptias ea pecunia, quæ cauta est dotis nomine, male pe-
titur, ut ait, quia plus tempore petitur, id est, antequam
conditio, quæ tacite stipulationis inest, extiterit: male pe-
titur, quod plus tempore, vel summa petitur, quod acto-
rem periculo subjicit plus petitionis, ut l. 4. de compensat.
l. 1. §. ult. quand. dies us. leg. ced. ergo ante nuptias ea pe-
cunia male petitur, quia ante conditionem petitur. Nun-
tio autem remisso, & plane repudiata conditione nuptia-
rum, quia defecit conditio, quæ stipulationi inerat ipso
jure, ut ait, evanescit stipulatio, & qui post nuntium re-
missum ex ea stipulatione agit, nihil agit. Jam non male

Tom. II. Post.

agit, sed nihil prorsus agit, quia nullam actionem habet,
nullamve speciem actionis. Et hæc est differentia inter ma-
le agere, aut plus petere, & nihil agere, quæ satis indicatur
in d. l. 1. §. ult. Iterum dico, qui post nuntium remissum,
post repudium ex ea stipulatione agit, nihil agit, quia ipso
jure evanuit stipulatio, quia pactio sive conditio, quæ sti-
pulationi adjicitur incontinenti, vel quod tantundem valet,
adjecta esse intelligitur, inest ex parte rei, & ipso jure liberat
reum. Hoc enim est inesse, l. rogasti, §. 1. l. l. 40. de reb. cred.
Inest ex parte rei, adeo ut non sit necesse reo opponere ex-
ceptionem pacti, sed à judice protinus absolvatur: alias
omissio exceptionis, quæ non inest actioni, causæ omissio est,
l. Papin. de Pub. in rem act. Et ita omnino explicandus est hic
§. hujus rei, cujus vim, aut non tenent alii, aut supprimunt.

AD §. ult. Et quod obtinet in hoc tertio exemplo propo-
sito in sup. §. hujus rei. Idem obtinet in exemplo quarto,
quod proponitur in §. ult. Si pecuniam creditam stipu-
ler pure mihi reddi, & usuras certas, id est, in menses lin-
gulos, & mox nullo intervallo intermisso paciscar ne for-
tem petam quamdiu mihi usuræ solventur: nam si nihilo-
minus sortem petam, cum debitor non cesset sua quaque die
usuram inferre ex fide bona, nihil ago, quia pactio illa sive
conditio, cum sit stipulationi appositâ incontinenti, inest
stipulationi ex parte debitoris, nec necessaria est exceptio
pacti, quæ tamen necessaria esset debitori, si id convenisset
ex intervallo. Quod si ea pactio non fuisset appositâ, debitor
etiamsi offerret usuras, posset in sortem conveniri, l. ult. §. ult.
C. de jur. dot. quæ maxime pertinet ad hunc locum, nec no-
tatur à Glossa. Eam vero fuisse appositâ incontinenti ex
eo colligo, quod eam stipulationi inesse dicat: neque enim
ulla ex parte inest stipulationi, quæ fit ex intervallo: facta
igitur hic est incontinenti, quæ inest stipulationi ex parte
debitoris, quamvis per se fuerit stipulatio pure concepta,
sed recipit eam legem, quæ mox stipulationi subjecta est,
ac pro ea habetur, ac si sub ea lege atque conditione sive
pactione initio concepta stipulatio fuisset.

Ad L. VI. eod. Cujus legis verba supra sunt adscripta.

AD hæc sciendum est, ad idem edictum scripsisse Pau-
lum, quod & Ulpian. scripsit, l. 4. in l. 5. hoc tit. con-
ventionem, aut publice fieri, aut privatim. Publice fit inter
duces belli, inquit, pacis, aut induciarum gratia. Hæc con-
ventio fit pacto, quod & pacis nomen indicare Ulpianus ait
eod. lib. 1. in prin. hoc tit. Pax dicitur, quod pacto fiat, & inde
pactorum pacis mentio in lin bello, in pr. de capt. & poss. re-
vers. Et alii auctores sæpe pactionem pacis solent dicere. Et
M. Tullius eleganter, & fortiter 10. Epist. Pacem victoria non
pactione esse pariendam. Et, per pacem, ait Ulp. in d. l. 5. id
est, per conditionem pacis, Basil. de pace, πειρὰ ειρήνης. Et
recte duces belli, quia ducuntur, ut Apollonius III. Argon-
συνδεδαιας μετὰ κείνοις βάλλεσθαι. Quæ autem privatim con-
ventiones fiunt, aut sunt jurisgentium, de quibus in l. 7. quæ
sequitur: & hæc conventiones jurisgentium sunt contractus,
non pacta: aut hæc sunt legitimæ conventiones, & sunt pa-
ctiones, non contractus. Pactiones, quæ ab initio lege ali-
qua confirmantur, ut scilicet obligationem, & actionem pa-
riant, aut tollant ipso jure. Regulariter enim ex pacto neque
ipso jure tollitur, neque nascitur actio: ex contractu qui-
dem nascitur, & tollitur, sed non ex pacto privato. At si
specialiter pactum lege, aut senatusc. adjuvetur, ex eo nasci-
tur actio, vel tollitur ipso jure. Idque pactum dicitur esse
legitimum, vel conventio legitima, ut Paulus ait in h. l. 6. qui
& eod. lib. in l. si tibi §. 1. inf. h. t. exemplum apposuit in actio-
ne injuriarum, quæ ex l. 12. tab. pacto nudo ipso jure tolli-
tur, nimirum ex illa lege, si membrum rupsit, ni cum eo pacis,
talio esto. Verbum est antiquum, Pacis, pro Paciscatur, quo
& Terent. usum puto in Heaut. illo loco post daturam mille
nummum pacis: & Paulus eodem loco posuit exemplum id
ad sententiam hujus legis sextæ accommodatum, & in
actione furti, quæ etiam pacto nudo tollitur ipso jure, id est,
ex l. 12. tab. in qua ita videtur fuisse scriptum: si furtum nec
manifestum escit, ut est apud Festum, vel, si furti nec manifesti
adorat: nam in l. 12. tab. Adorare, est agere. Apud eundem Fe-
stum,

D

stum,

stum, ni quis pro fure damnatum decideris, duplione damnatum A
decidito. Et inde in *l. si pro fure, de cond. furt.* decisione, quod
est pactio furti actionem tolli, non conditionem, & *l. seq.*
§. si paciscar, legem de furto pacisci permittere. Legem quum
dicimus, 12. tabularum leges dicimus. Legitimum igitur
esse pactum, quo de furto paciscimur, & actionem furti
tollere ipso jure, etiam non opposita exceptione: & in
l. 12. de furt. post decisionem furti leges agere prohibere. Ait Pau-
lus, lege, vel senatus. adde ex eadem, vel prætoris edicto: nam
& edicto prætoris si fiat pactum nudum de hypotheca, ut
res pignori sit, vel hypothecæ, ex eo pacto actio nascitur.
Hoc exemplo idem Paulus utitur cod. lib. in *d. l. si tibi, §. 1.*
de pign. Paulum igitur ex Paulo interpretemur, & exempla
ad hanc legem, quæ accommodentur, sumamus ex *d. l. si*
tibi, §. 1. & §. de pig. potius quam ex commentis aliorum.
Convenienter autem *d. §. de pign. l. major, C. de pign.* ait, B
conventionem nudam, scilicet pignoris pactum, vel jurisdic-
tionem, id est, edictum prætoris secundum voluntatem pa-
ciscientium, scilicet secundum pacti conventionem, tueri.

AD L. XI. & XIII. eod. Quamvis ex pactis regulariter
non nascatur actio, nascitur tamen exceptio, & prætor
qui in edicto se pacta servaturum pollicetur, ea servat datis
exceptionibus, vel replicationibus, non datis actionibus: ut
si debitor paciscatur cum creditore, ne à se pecunia debita
petatur, ex hoc pacto debitor si ab eo creditor pecuniam
petat, tuebitur se exceptione pacti: concepta hoc fere
modo, *si non convenis inter me & te, ne ea pecunia peteretur.*
Rursus ex diverso, si postea convenerit mutata sententia,
ut creditor eandem pecuniam petat, non datur quidem
creditori actio ex hoc pacto, sed actio ex pristina causa, ex
pristina obligatione, quæ priori pacto non omnino perem-
pta est. At si opponatur ei exceptio prioris pacti de non
petenda pecunia, potest se tueri opposita replicatione pacti
posterioris, *l. si unus, §. pacto, hoc t.* Inde quæritur, an si cum
deberem Titio 100. ex stipulatione, pactus cum eo sit pro-
curator meus, ne à me illa 100. peterentur. Quæritur, in-
quam, an mihi per procuratorem adquiratur exceptio pa-
cti conventi? Et constat, non adquiri, quia (possessione
excepta) per liberam personam, quæ juri nostro subjecta
non est (qualis est procurator) nihil nobis adquiri po-
test, *§. ex iis, Instit. per quas pers. nob. acquir.* Ergo nec ex-
ceptio, nec actio nobis per procuratorem adquiri potest,
quia liber homo alteri, etiam si sit procurator, & procura-
torio nomine agat, paciscitur, stipulatur, contrahit inutili-
ter, *l. 73. §. ult. de reg. jur.* Ergo & ex pacto, quod procura-
tor meus fecit meo nomine, mihi non adquiritur ex-
ceptio pacti, sed datur tamen mihi eo casu, si mecum agat
Titius, exceptio doli mali, non quasi mihi per procura-
torem quæsit, quod fieri non potest: sed quasi meo jure
mihi competat ex æquo & bono, quod dolo malo faciat
Titius, qui à me petit pecuniam, quam procuratori meo
rem agentis meam, meo nomine promisit, se non petitu-
rum: maxime, quod notandum, si pro eo, ut ita pacisce-
retur, creditor de meo aliquid, in quo non minus, vel etiam
amplius, consecutus fuerit, ut in *l. contra, in fin. hoc tit.*
neque enim occasione juris, quo cautum est, alteri factam
pactionem non valere, abuti creditor debet contra natu-
ralem æquitatem, & nihilominus retinere, quod ex ea re
compendii fecerit, ne perfidia, dolo vel male ejus illi pro-
fit, & mihi noceat, *l. 1. de doli mali except.* ne, inquit, E
dolosus suus ei proffit per occasionem juris civilis contra
naturalem æquitatem, id est, per occasionem illius regulæ,
alteri paciscimur inutiliter, quæ est regula summi juris: ne,
inquam, dolus suus ei proffit per occasionem juris civilis
contra naturalem æquitatem. Et ita in *l. ult. C. pro empt. ne*
occasionem juris trahat ad compendium suum cum detrimen-
to alterius, non licet abuti regulis juris, etiam si utar non
improprie, quoties refragatur æquitas naturalis, & desi-
derat mitigare rigorem juris, quod fit per exceptionem
doli mali, quæ, ut eleganter ait Cyrillus in *linter, §. pen. de*
pact. dotal. est exceptio *ὁὐτὴν ἄρρητος, ἢ ἢ πᾶν τὸν ἀρετὴν ἔχει*
ἢ ἔραζουσα. Est exceptio, inquit, *valde conveniens æquitati*
naturali, & quæ non admodum inquiris, vel spectat ratio-

nem summi juris: sententia est elegantissima: Ideoque in
specie proposita, deficiente exceptione, occasione juris
civilis, juris summi, quod alteri fiat pactum inutiliter per
liberum hominem, æquum est saltem adversus credito-
rem debitori dari exceptionem doli mali. Ubi datur ex-
ceptio pacti, datur etiam exceptio doli semper: ubi vero
datur exceptio doli mali, non utique exceptio datur sem-
per: modo enim concurrunt hæc cum illa, ut in *l. 18. §. pen.*
de mort. caus. donat. l. 2. §. 1. item quæritur, de doli except.
l. si accepto latum 19. de acceptil. l. si unus, §. cum decem,
hoc tit. modo hæc, id est, exceptio doli venit in subsidium
exceptionis pacti, id est, quotiens deficit exceptio pacti
ut in *l. juris gentium, §. ult. hoc tit.* Et in specie, quæ est in
manu, & quæ proponitur in *l. ult. sup. de procurat.* de pro-
curatore omnium bonorum, aut rerum, aut negotiorum
meorum, cujus pactum sicut mihi nocet, si pactum sit, ne
ego petam, æquum est, ut mihi proffit, si pactus sit, ne à
me petatur. Quod sit non quidem beneficio exceptionis
pacti, sed beneficio exceptionis doli, *l. 7. §. 1. quib. mod.*
pig. vel hypoth. solvit. Et ad id ex Pauli edicto additur hæc
ratio in *l. 11.* quia & procuratori omnium negotiorum
meorum solvi, quod mihi debetur, potest. Quæ ratio
principaliter ostendit, cur pactum ejus mihi obstat, vel no-
ceat per consequentias, cur etiam mihi proffit: nam si no-
cet, consequens est, ut & proffit, quotiens res exigit. Ra-
tio igitur Pauli, ita explananda est: debitor meus procu-
ratori meo solvendo liberatur, *l. 6. §. pen. de condit. indeb.*
l. vero procuratori, de solut. Ergo & debitor meus cum
procuratore meo paciscendo liberatur. Atque ita pactum
procuratoris mei, mihi nocet: sed debitor meus solutione
facta procuratori meo, ipso jure liberatur. Pactione au-
tem non liberatur ipso jure, neque per exceptionem pa-
cti, sed per exceptionem doli mali subsidiariam. Denique
is, cui recte solvitur, & recte paciscitur, exceptis quibus-
dam, de quibus dicemus initio *l. si unus, hoc tit. &*
contra, cui non solvitur recte, nec paciscitur recte, l. 13.
& 28. in princip. h. t. Igitur alia est conditio procuratoris
negotiorum, cui universa, vel quædam negotia mandata
sunt, vel unum negotium tantum: Alia conditio procu-
ratoris litium, aut litis, constituti scilicet ad agendum, vel
defendendum. Nam procurator negotii unius, vel plu-
rium, vel omnium, pacisci potest, quatenus ei mandatæ
negotii exigit ratio, & pactum ejus domino obest, vel pro-
dest, id est, mandatori obest, vel prodest, eidem quoque
procuratori solvi potest, quin & per stipulationem novare
veterem obligationem potest, *l. 20. in fin. de novat.* exemplo
tutoris, qui ad utilitatem pupilli novare obligationem po-
test, *l. 22. de adm. tut. & rem in judicium deducere, ut ait l. 12.*
hoc tit. id est, iudicio petere, & exigere potest, quod domino
debetur, convenire debitorem domini potest, & cum eo
item contestari, quæ est alia novationis species, nempe ne-
cessaria, prior illa est voluntaria. Procurator autem litis, seu
actionis, cui causæ actio tantum est mandata, nihil præte-
rea, domino paciscendo, neque obesse, neque prodesse sibi,
aut domino potest, quia nec ei solvi potest, nisi & ad hoc
quoque datus fuerit. Et hoc ex eod. libro Pauli 3. proponi-
tur in *l. 13. b. tit.* cum hac exceptione, nisi factus sit procu-
rator litis in rem suam, in litem suam: ut si vendita ei, aut
donata sit actio, quia hic loco domini est, eidemque quasi
domino prodest, vel nocet pactum, quod facit cum reo, non
mandatori nempe quia ad illum omne iudicii emolumen-
tum pertinet illique competit actio iudicati, si lis detur se-
cundum illum, *l. 4. de re judic.* Et solvi igitur eidem po-
test quocunque tempore, & vero debet, quia loco domi-
ni est, quia res ejus est facta emptione, vel donatione. Lon-
ge aliud dicimus, si procurator fuerit in rem, sive litem
alienam, quia nec ei solvi potest, ut dixi. Et vero est ab-
surdum, ut eleganter ait *l. hoc jure, de solut.* ei solvi posse
ante rem iudicatam, cum nec post rem iudicatam ei solvi
iudicatum possit, vel ipse agere iudicati, sed dominus so-
lus, *l. si procurator, de procur.* Quod si solvi ei non potest,
nisi, ut ante dixi, specialiter, & ad hoc quoque dato, con-
sequens est, nec pacisci eum posse, aut si paciscatur do-
mino, pactum nocere, vel prodesse non posse. Et hæc de
pro-

procuratore ad litem suam, vel alienam. Hæc distinctio valet in procuratore ad litem. At procuratori ad negotia gerenda proculdubio solvi potest indistincte. Ergo & idem pacisci utiliter potest super negotio, quod gerit, & administrat. Procurator ad litem, alias fit ad litem, sive rem suam, alias fit ad litem alienam: procurator ad negotia semper fit ad rem alienam. Et præterea procurator negotiorum quocumque tempore alium procuratorem facere potest, qui negotium sibi mandatum exequatur, etiam si dominus, id ei specialiter non permiserit, *l. si procuratorem, §. 1. mandati, cap. 1. de procurator. in 6.* Exceptis duobus casibus, si fiat procurator ad rem aliquam alienandam, vendendam, tradendam, quia mandatum de re amittenda, & de re alienanda negotium est magni momenti, quo futurum est, ut res abeat dominio mandatoris: & ideo procurator ad eam rem factus non temere alii cuicumque id negotium committere potest, *l. pen. §. item adijciendum, de divers. & temp. præf.* Et si fiat procurator (& hic alius casus est) ad contrahendum matrimonium nomine mandantis, *cap. ult. de proc. in 6.* quia & in ea re, quæ est magni momenti, non potest alium facere procuratorem. Alias procurator negotiorum alium procuratorem suo arbitratu deligere potest, & facere. Procurator autem litium, vel litis, ante litem contestatam non potest alium facere procuratorem: post litem contestatam potest, quia contestatione factus est dominus litis, *l. nulla, C. de procurat.* Iterum dico, ante litem contestatam alium ad eandem litem agendam procuratorem facere non potest, nisi id ei specialiter dominus permiserit, *d. cap. de procur. in 6.*

Ad L. XV. eod. tit. Tutoris quoque (ut scribit Iulianus) pactum pupillo prodest.

Is, quæso, nunc applicemus, quod ex eod. lib. Pauli proditum est in *l. 15. eod. tit. de pact. tutoris quoque pactum pupillo prodesse, & addamus audenter, vel nocere, cum scilicet pactum, quod bona fide tutor paciscitur, ex utilitate, è re pupilli est, qui forte tantundem, vel amplius consequitur, vel qui transactione facta litis perplexæ, & dubiæ molestia liberatur, ut *l. si pignore, §. ult. l. inserdim, §. qui tutelam, de furtis.* Et ex eodem libro Pauli, cum hac *l. 15.* conjungenda est *lex 22. de adm. tut.* in qua idem ait.*

Ad L. XXII. de Adm. tut. Tutor ad utilitatem pupilli, & novare, & rem in iudicium deducere potest. Donationes autem ab eo factæ pupillo non nocent.

Tutorem quoque ad utilitatem pupilli per stipulationem novare veterem obligationem posse, & rem in iudicium deducere, quod est, ut dixi, aliud genus novationis. Ex quo sequitur, & pacisci tutorem posse ad utilitatem pupilli: nam & solvi ei potest, *l. quod si forte, §. 1. de solut. l. 46. §. tutela, & §. ult. inf. hoc tit. de administ. tut.* tutorem, inquam, solvi posse. Ac præterea iudicati actionem dicimus tutorem dari, si obtinuerit contra adversarium pupilli, iudicati, inquam, actionem tutorem dari, quamdiu tutela durat, quia & tamdiu eadem actio, si competit, in eum datur, nisi ex necessitate pro pupillo iudicium accipit: puta cum propter infantiam, vel absentiam pupilli non posset illi auctor esse ad iudicium accipiendum, *l. 2. de adm. tut. l. pen. quand. ex fact. tut.* Recte autem ait hæc *lex 22. ad utilitatem pupilli*, id est, quum ita exigit ratio, & administratio negotiorum pupillarum: neque enim in pupilli perniciousum, & detrimentum tutor donare, vel quicumquam aliud exequi, & deminueri patrimonium pupilli potest: tueri pupillum debet (unde & illi nomen) non spoliare. Proinde donationes ab eo factæ, pupillo non nocent, nec transactiones, quæ non expediendi pupilli gratia, aut expediendi rei pupilli gratia, quæ forte implicita erat, sed deminueri gratia pupillo non nocent, *l. 45. §. ult. hoc tit.* Quod si procuratore negotiorum eodem prorsus modo observandum est. Nam ea, quæ diximus, ei permitti, eatenus de iudic. permissa intelliguntur, quatenus utilia domino fuerint, & non nocent, non quatenus inutilia, aut dispendiosa, ut *l. 45. §. ult. jampridem*

Tom. II. Post.

dem ostendi, & in *l. mandati 60. de procur.* esse legendum, ubi vulgo inepte, *transactionem decidendi causa interpositam*, quod perinde est, ac si diceret, *transactionem transigendi causa interpositam*: decidere enim, ut in *l. 2. tab. nihil aliud est, quam transigere, aut pacisci, transigendi, non donandi, aut deminuendi causa.* Scribe igitur in *d. l. mandati pro decidendi, deminuendi*, ut in *d. l. 49. §. ult.* ut ita non tantum tutorem, sed & procuratori, qui generale mandatum habet, interdicitur, non quidem transactione, vel decisione litis dubiæ, & incertiæ, sed ea tantum, quæ sit deminuendi causa. Et circumscribe differentiam, quam & in *d. l. mandati*, & in *l. 12. de pactis*, & aliis locis innumeris passim Accursius facit, inter eum procuratorem, qui generale mandatum habet, & eum, qui habet liberam rerum, & negotiorum administrationem, tametsi eum Accursii errorem sequatur Bonifacius in *capit. 4. de proc. in 6.* Nam & qui generale mandatum habet, sane liberam administrationem habet, nec quidquam alter ab altero distat. Et contra quam idem Bonifacius sentiat, iure civili is, qui generale mandatum habet, & is, qui universorum bonorum procurator est, etiam si non adjecta sit illa clausula, *cum libera potestate*: potest iusjurandum deferre, perinde atque si adjecta esset, & consequenter pacisci, quia & iusjurandum speciem pacitionis habet: Et si pacisci, ergo & solutam pecuniam accipere, quæ domino debetur, *l. 17. §. ult. de iurejur.*

Ad L. XVII. de Pactis. Si tibi decem dem, & paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. Ad §. Quædam actiones per pactum ipso jure tolluntur: ut injuriarum, item furti.

Ad §. De pignore jure honorario nascitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor ne petam.

Ad §. Si quis paciscatur, ne à se petatur, sed ut ab herede petatur: heredi exceptio non proderit.

Ad §. Si pactus sim, ne à me, neve à Titio petatur: non proderit Titio, etiam si heres exstiterit: quia ex post facto id confirmari non potest. Hoc Iulianus scribit in patre, qui pactus erat, ne à se, neve à filia peteretur: cum filia patri heres exstisset.

Ad §. Pactum conventum cum venditore factum, si in rem constituatur, secundum plurimum sententiam, & emptori prodest, & hoc jure nos uti Pomponius scribit: secundum Sabini autem sententiam, etiam si in personam conceptum est, & in emptorem valet. Qui hoc esse existimat, & si per damnationem successio facta sit.

Ad §. Cum possessor alienæ hereditatis pactus est: heredi, si evicerit, neque nocere, neque prodesse plerique putant.

Ad §. Filius servusve si paciscatur, ne à patre, dominoque petatur.

Quod initio hujus legis proponitur, satis apertum esse videtur: sed rationem ejus explicare non tam est in facili, quam imber quando pluit, ut Plautus loquitur. Si tibi decem dederò mutuo, & ex continenti pepigero, ut mihi deberes 20. ait non nasci obligationem ultra 10. Ratio, quam non affert, est hæc: Quia mutuum est contractus stricti juris, & contractibus stricti juris pacta, quæ adjiciuntur incontinenti, non insunt nisi ex parte rei, *l. lecta, de reb. cred.* Ex parte actoris non insunt, id est, actionem non formant, obligationem non augent, *l. rogasti, §. 1. eod. tit. de reb. cred.* Et mutui obligatio, quæ re contrahitur, id est, numeratione, vel ut in *l. 9. §. numeravi, eod. tit.* vel adpensione, vel admensuratione; mutui, inquam, obligatio per se non consistit ultra id, quod numeratum, vel appensum, vel admensum est. Non potest etiam dici, decem, quæ pacto supradicta sunt, deberi usurarum nomine. Primum, quia id actum non est, sed ut deberentur quasi ex causa mutui, ut etsi tantum 10. adnumerata essent, deberentur 20. ac si viginti adnumerata essent. Deinde, quia, etiam si id actum sit ex pacto, usuræ creditæ pecuniæ deberi non possunt, *l. 3. C. de usur.* Eadem prorsus ratione, quia pactum non potest mutuo inesse ex parte

D 2

actio

actoris sive creditoris, dici etiam non potest ea decem, quæ superfluent, aut pacto superadjiciuntur, deberi quasi donata, quia nec id agebatur, ut donata essent, sed ut quasi credita deberentur, & quia, etiamsi animus donandi fuerit, hoc jure donatio pacto non perficitur, aut nudo consensu, sed mancipatione, vel traditione, numeratione, aut cessione in jure, vel stipulatione: quod est certissimum. Neque est quod objicias initio hujus legis *legem in traditionibus* 48. *inf. h. tit.* quæ ait, in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est. Ait, *quodcumque pactum*. Ergo, cur etiam non valet quod in numeratione pecuniæ paciscitur creditor cum debitore, ut altero tanto plus debeat, quam accipiat: nam in traditionibus, inquit (quo nomine & numerationes continentur) quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est, quia non ita generaliter ea lex accipienda est, sed accipienda tantum de traditionibus, quæ fiunt ex contractibus bonæ fidei, *l. 44. §. sic & in tradendo, de oblig. & act.* non etiam de traditionibus sive numerationibus, quæ fiunt ex contractibus stricti juris: nam inter hos contractus magna differentia est quod ad rem, qua de agitur, attinet: nam pacta adjecta contractibus stricti juris ex continenti, insunt quidem ex parte rei, *l. lecta, de reb. cred.* probat etiam *l. 4. §. pen. & ult. hoc tit.* ut ibidem demonstravi, sed non insunt ex parte actoris, id est, valent & profunt debitori etiam non opponenti exceptionem pacti, non etiam creditoris actionem, vel obligationem augent. Pacta autem bonæ fidei contractibus adjecta incontinenti, ipso jure non tantum minuunt, sed etiam augent obligationem, & insunt ex utraque parte actoris, & rei, *l. jurisgentium 7. §. quinimo in bonæ fidei, hoc tit. l. in bonæ fidei, C. eod. tit.* frustra diceret in bonæ fidei, si idem esset in strictis judiciis, & contractibus. Et hoc adnotasse in principio hujus l. satis est.

AD §. *Quadam actiones*. Quod sequitur in hoc §. 1. *Quadam actiones per pactum ipso jure tolluntur, &c.* id jam exposui in *l. 6.* sed addam aliquid. Aliquando ex pacto ait ipso jure tolli actionem. Regulariter ex pacto neque tollitur, neque nascitur actio. Interdum tamen ex pacto ipso jure tollitur actio, videlicet, si lege confirmatum sit, ut si is, cui membrum ruptum, aut os fractum est, cui & injuria illata est, paciscatur, ne agat injuriarum: pactum lege 12. tab. confirmatur, & ipso jure tollit actionem injuriarum ex illa lege, *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*: vel etiam si is, cui furtum factum est, paciscatur, ne furti cum eo agat, vel si cum fure ea de re transigat ex eadem lege 12. tabul. *si adorat*, id est, agat, *furto: quod nec manifestum escit, id est, erit, ni quis pro fure damnum deciderit, duplione damnum decidit*, id est, ni quis ea de re cum fure transegerit: transactio fit pacto: hoc igitur loco ipso jure, id est, ex *l. 12. tab.* hoc item loco, actio injuriarum, id est, de membro rupto, id est, actio civilis ex 12. tab. de membro rupto, aut osse fracto, cujus ex ea lege poena erat talio: hoc item loco, actio furti, id est, furti nec manifesti in duplum, quæ est actio civilis ex eadem lege 12. tab. Unde queritur, an etiam actio furti manifesti, quæ est prætoriam, non civilis, pacto ipso jure tollatur: Et quia triplex est actio injuriarum, una ex 12. tab. altera ex *l. Cornelia*, & tertia ex edicto prætoris, queritur an omnis actio injuriarum pacto ipso jure tollatur: Et sicut *lex 5. §. hac lege, de injuriis* ostendit, etiam actionem injuriarum, quæ non descendit ex *l. 12. tab.* sed ex *l. Cornelia*, ex eadem lege *Cornelia*, id est, ut in ea cautum est nominatim, tolli jurejurando, si quis juraverit se injuriam non fecisse, & exemplum quoque legis *Corneliae* prætores sequi, id est, jurejurando etiam prætoriam actionem injuriarum tolli, denique omnem actionem injuriarum. Inde non improbabiter dices, etiam prætorem, qui furti manifesti actionem dat in quadruplum, sequi exemplum *l. 12. tab.* in actione illa furti manifesti: sed noluit idem statuere de ulla alia pœnali, & famosa actione, præterquam de actione injuriarum, & furti qualicumque, unde descendat, ex *l. 12. tab.* vel ex *l. Cornelia*, vel ex edicto prætoris. Parem autem esse causam jurisjurandi, & pacti

notum est, *l. non solum, §. 1. de injur. l. Sicbum, §. naturalis, de solut. l. 1. §. pen. C. de nat. lib.* nam & jusjurandum loco pactionis, aut transactionis cedit, *l. 2. l. tutor, §. 1. & l. 8. et si servus, de jurejur.* Ergo quæcumque dicitur actio furti, vel injuriarum tolli jurejurando, consequens est, & eam quoque tolli ipso jure pacto convento, sive transactione.

AD §. *De pignore*. Aliquando etiam ex pacto ipso jure actio nascitur, ut si paciscatur creditor cum debitore, ut debitoris fundus crediti nomine pignori obligatus sit, quoad pecunia debita solvatur, puta si fundus non tradatur creditori, si non inducatur in possessionem fundi, sed nudo tantum pacto convenerit inter creditorem, & debitorem, ut fundus pignori esset, quod proprie hypotheca dicitur: ex hoc pacto ipso jure actio nascitur, quæ dicitur hypothecaria, sive quasi Serviana, quia hoc pactum prætor confirmavit, quia hoc pactum, ut ait *l. major. C. de pig.* Jurisdictio, id est, edictum prætoris, tuetur atque confirmat, secundum fidem pacti, secundum voluntatem paciscentis. At è contrario, ut in hoc §. proponitur, actio hypothecaria non tollitur tamen ipso jure, si paciscor ne petam, ut ait: nascitur actio hypothecaria ipso jure ex pacto: at non tollitur ipso jure ex pacto, sed per exceptionem pacti: verum, si paciscor, inquit, ne petam, id est, ne petam foretem, ut & Basilica interpretantur, *re τὴν ὑποθήκην τῆν εὐχόμενον, cum fors remittitur*, & confirmat etiam *l. 5. in princip. quib. mod. pign.* quæ ait, pacto interposito ne pecunia petatur, id est, fors petatur, id actum videri, ut & ab hypotheca discedatur, & pactum illud parere exceptionem perpetuam. Discedi igitur ab hypotheca beneficio illius exceptionis, non ipso jure: denique non solvi hypothecam ipso jure, sicut nec principalem obligationem, id est, fortis, sed per exceptionem pacti, vel doli. Et ratio hæc est simplicissima, atque adeo verior, veritatis oratio est simplex, ut in veteri proverbio, quia obligationem pignoris, edicto nominatim cautum est, nudo pacto fieri ipso jure, ut ait hoc loco de pignore, jure honorario nasci ex pacto actionem. At non etiam similiter id cautum est edicto, ut & ipso jure pacto tolleretur obligatio hypothecaria. Quamobrem nec si nominatim convenerit de hypotheca, ut ab ea discederetur, hypothecariam solvi ipso jure necesse est, sed necessariam esse exceptionem pacti, vel doli. Atque ita evenit hoc casu, ut hypotheca, quæ consensu nudo ipso jure contrahitur, non dissolvatur etiam ipso jure contrario consensu. Et sane ita est, constituitur hypotheca ipso jure nudo pacto, non solvitur nudo pacto ipso jure contrario consensu, sed exceptionis adminiculo. Neque quemquam turbet regula juris, nihil tam naturale esse, quam eo genere, quo quidque colligatum est, eodem & solvatur, quia ea regula de contractibus est, non de pactis. Et etiamsi illa regula non esset, hoc per se ipsa rerum natura dicitur, satis videlicet consentaneum esse, ut nodus eo modo solvatur, quo nexus est. Consentaneum est, ut prout quodque contractum est, ita & solvatur. Ita fit semper in omnibus conventionibus, in contractibus, & in pactis, sed non eodem modo: multa, inquit Fab. 2. Infit. *fiunt eadem, sed aliter*. Pactum, quod consensu nudo fieri certum est, contrario consensu solvitur: sed non eodem modo, quo contractus nudo consensu perfectus, contrario consensu tollitur re integra: contractus enim solvitur ipso jure, pactum solvitur per exceptionem. Neque vero existimes consensum nudum, & pactum nudum idem esse: nam eo distant inter se, quo genus à specie, quo & conventio similiter à pacto. Nam nudus consensus modo contractum efficit, qui proprium nomen habet, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem, mandatum: modo pactum, quod conventio est sine nomine proprio, & sine causa.

AD §. *Si quis paciscatur*. Hic §. est de pacto in personam, quod heredi paciscentis non prodesse certum est, non posse egredi personam, non alii posse prodesse, quam paciscenti, *l. jurisgentium, §. pactorum, hoc tit. l. 5. in princ. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. Pactum*

ctum autem in rem; id est; generale pactum, non personale, heredi paciscentis prodesse. Plerumque autem in rem pactum esse videtur, si debitor paciscatur, ne à se petatur. Non videtur esse pactum in personam, sed in rem, quia plerumque tam heredibus nostris, quam nobismetipsis cavemus, *l. si pactum, de probat. l. tale pactum in princ. l. avus, h. t. l. veteri, C. de contrab. stipul.* Et ideo si paciscar, ne à me petatur, & nihil aliud probet actor, pactus videor in rem, non in personam meam duntaxat. Pactum ergo proderit heredi meo, aut bonorum possessori. Nam heredi meo pacisci possum, qui ad vicem meam proprius accedere videtur, qui idem videtur esse, qui ego fui. Pacisci ergo possum heredi meo, proinde ac mihi: alteri extraneo paciscor inutiliter, etiam fratri, *d. l. tali, §. ult.* & filio, vel filia, *§. seq.* Et matri quoque inutiliter paciscor, nisi dixerò, *fratri heredi meo, vel matri heredi meae*, si simpliciter, *filio, vel filia, aut fratri, aut matri*, inutile pactum est, *l. inter, §. penult. de pact. dot. l. debitor, §. ultim. ad Trebel.* At heredi meo, quia idem homo esse videtur, atque ego sum, quia alter ego mihi est, paciscor utiliter. Et, ut dixi, semper ei pactus videor, nisi ut proponitur in hoc *§.* ita paciscar, ne à me petatur, sed ut ab herede meo petatur, quoniam apertissimum est, pactum coarctari persona mea, & à patris emolumento submoveri heredem. Manifestum est, pactum esse in personam, non in rem: si dixerò tantum, *ne à me petatur*, praesumitur esse in rem: si dixerò, *ne à me petatur sed ab herede meo*, plane est in personam. Et ideo heredi meo ex persona mea non potest dari exceptio pacti, nec doli.

Ad *§. Si pactus*. Addamus, pactum quoque factum alteri, ut extraneo, non ut heredi nostro futuro, ei non prodesse, ut si paciscar, ne à me, neve à Titio petatur, Titio non prodesse pactum, etiamsi postea is mihi heres extiterit, ut in hoc *§.* ostenditur, quia ab initio non valuit pactum, & quod ab initio non valet, ex post facto non convalescit, non confirmatur. Qua ratione utitur Paulus hoc loco. Idemque esse refert ex Juliano, si paciscar mihi, vel filia, quae postea mihi heres extiterit, filia non datur exceptio pacti. Et multo magis idem est, si paciscar filiosam, qui mihi postea heres extiterit, filio non prodest exceptio pacti, sed prodesse potest filio, vel filia, qui quaeve postea extiterit heres patri, exceptio doli, evidenti ratione, quia etsi pater pactus sit filiosam, & filius patri heres non extiterit, puta si filius exheredatus fuerit, filio, etiamsi non prodest exceptio pacti, prodest tamen exceptio doli, ut ex *cod. Juliano* refert eod. libro Paulus in *l. 21. §. Julianus, hoc tit.* Quo etiam casu doli exceptio est subsidium exceptionis pacti. Verum observandum est, Julianum loqui de filio exheredato, qui heres non extiterit patri, non de filia exheredata, si pater pactus sit filio, non pacti, sed doli exceptio prodest filio, si filius postea heres extiterit. Idemque admittendum videtur in filia. At si filius fuerit exheredatus, vel filia, discrimen videtur esse inter filium, & filiam: filia nihil prodesse exceptionem doli, si exheredata sit: filio prodesse si exheredatus sit, quia in *§. Julianus* de filio loquitur, non de filia: in *§. si pactus*, de filia: quod facile trahi potest ad filium. Nam live filius, sive filia postea heres extiterit patri, pactum ei prodesse, non beneficio exceptionis pacti, sed beneficio exceptionis doli. At si filius exheredatus fuerit, etiam ei prodest beneficium exceptionis doli: si filia exheredata fuerit, nullo modo prodest. Quae differentia videtur manare ex jure antiquo, quo filia exheredabatur ut extranea, nempe inter ceteros hac clausula, *ceteri exheredes sunt: filia* numerabatur inter ceteros, inter extraneos: & ita recte exheredabatur quasi extranea. At filius proprio quodam jure exheredandus erat, nempe directo, & nominatim, ut Institutiones docent. Quem exheredat ut filium proprio quodam jure, ei non est iniquum, accommodari exceptionem doli, ne per omnia ei exhereditatio noceat, quae etiam ei nocet in omnibus. At quam exheredat ut extraneam, ea plane habebitur pro extranea, ut nec pactum factum ei prodest beneficium exceptionis doli.

Ad *versic. Et hoc Julianus*. In specie pacti, quae hoc *§.* proponitur de patre, qui sibi, & filia pactus, hoc tentare nudius tertius cepi, polle ex jure antiquo discrimen, & differentiam aliquam constitui inter filium exheredatum, & filiam exheredatam, contra quam olim ad hunc *§.* adnotassem, non esse ea in re separandum filium à filia. Sed permanendum esse mihi videor in priore sententia, & ita de omni re concludendum: si pater cum creditore suo paciscatur, *ne à se, neve à filia sua petatur*, quamvis postea ea filia heres extiterit, non prodest filia exceptio pacti, quia pactum, quod ab initio non valet, ex post facto non convalescit: non prodest, inquam, filia, quamvis heredi postea facta, exceptio pacti: neque ex persona sua, neque ex persona patris: patri prodesse non est dubium. Et hoc in *§. si pactus* Julianum scripsisse Paulus ait. At hic quaeritur, an saltem filia, quae postea patri heres extitit, prodest exceptio doli, quae in plerisque causis dari solet, deficiente exceptione pacti. Et in hac igitur causa, cum filia non sufficiat exceptio pacti, propterea quod pactum ab initio fuit inutile, tanquam filia factum ut filia, non ut heredi futurae, non destinatione faciendi eam heredem, sufficiat tamen filia, si ei competat exceptio doli mali: haec exceptio nititur aequitate naturali, & propter aequitatem naturalem saepe deflectimus ab illa regula, quae dicit, *quod ab initio non valet, ex post facto convalescere non potest*. Et idem Julianus in eadem pacti specie, ut eodem libro refert Paulus *l. 21. §. Julianus, inf.* Julianus, inquam, scribit filio non prodesse quidem exceptionem pacti, sed prodesse exceptionem doli, videlicet, si pater cum creditore suo pactus sit, *ne à se, neve à filio suo petatur*, à filio simpliciter, non à filio herede. Nam si filius postea heres patri extiterit, Julianus existimat, ei dandam esse exceptionem doli, denique ei pactum patris prodesse remedio exceptionis doli, ne ab eo, postea herede facto creditor patris pecuniam petat: malo enim *§. Julianus*, accipi de filio, qui patri heres extiterit. Nam in exheredato illa pactio patris nihil prorsus valeret, quia satis compertum est, nihil peti ab eo posse, qui debitori heres non extiterit. Qua ratione utitur etiam idem Paulus in *d. l. 21. §. 1.* Si servus paciscatur in personam, à se non peti, nihil valet pactum. Cur? quia nihil est certius, quam ab servo nil posse peti. Petere est in judicio petere, servus non potest in judicio consistere, servus causam agere, causam orare non potest: Et ita pactum, quod pater facit hoc modo, *ne à se, neve à filio petatur*, plane nihil valet, si filius exheredetur, quia & detracto eo pacto ab exheredato nihil exigere potest creditor patris: si pater dixisset, *neve à meo filio herede*, proculdubio etiam filio competeret exceptio pacti, quoniam ei cavit ut heredi, *l. avus, inf. h. t. conjuncta l. avus, de pact. dot.* At quia dixit simpliciter, *filio*, necessaria est ei exceptio doli, si postea patri heres extiterit, quod proponitur in *d. §. Julianus*, proponitur de filiosamil. quia ea sententia Juliani applicatur ad id, quod paulo supra dictum est, nos iis, qui in potestate nostra sunt, paciscendo prodesse non posse, *§. nos autem d. l. 21.* Ceterum idem videtur esse statuendum in filiosa. & in filio emancipato, & filia emancipata, nempe, ut si pater de eo paciscatur, quod secum contractum est, de eo, quod debet alii, ne id à se, neve à filio emancipato, filiaeve sua emancipata petatur, & is filius, eave filia patri heres extiterit, idem dicendum est, ut prodest ei exceptio doli ex aequo, & bono contra subtilitatem juris civilis, id est, contra illam regulam, *quod ab initio*. Eadem quoque aequitas, ut jam ante ostendi, admittenda videtur in alio quolibet extraneo, si debitor paciscatur, ne à se, neve à Titio petatur, si postea Titius ei heres extiterit. Nam & in *§. si pactus*, nullum discrimen Paulus facit inter filium, & filiam, quod notandum. Haec locuti sumus de pacto, quod fecit pater cum alii pecuniam deberet in hunc modum, *ne à se, neve à filio: filiave petatur*. Quid dicemus, si cum filius, aut filia deberet alii, non pater, paciscatur pater, ne à filio, aut filia petatur? Et quidem si filius, aut filia fuerit in potestate, certum est, pacti exceptionem patri prodesse, nisi aliud actum sit, proinde atque si pater sibi pactum fecisset: patri, inquam, prodesse, si conveniatur filii nomine de peculio, vel de in rem

rem verso, vel quasi defensor filii, quoniam pactus etiam intelligitur, ne à se petatur. Item si pater juraverit, *filium dare non oportere*, quem habet in potestate, aut filiam, quam habet in potestate, dare non oportere, proculdubio exceptio jurisjurandi proderit patri: filio vero, aut filiae non prodest exceptio pacti, aut jurisjurandi, sed prodest ei exceptio doli ut opinor, si patri heres exstiterit, si non, & similiter, exceptio jurisjurandi, id est, in factum, si pater juraverit filium, aut filiam dare non oportere, *l. qui jurasse, §. 1. de jurejur.* Idemque dicendum opinor, si pater pactus sit filio, aut filiae, qui, quæve in ejus potestate non fuit, vel in casum, quo defierit esse, ut & filio, vel filiae prodest exceptio doli: patri autem nulla exceptio competat, qui filium aut filiam non habuit in potestate, aut qui in eum casum paciscitur filio, vel filiae, qui eum, eamve non est habiturus in potestate. Hoc ita esse arbitror, quia & ex stipulatione à patre hoc modo interposita, *post mortem meam filiae dari*, constat filiae, morte patris sui juris effectæ, accommodari utilem actionem ex stipulatu, licet patri heres non exstiterit, *l. quodcumque 45. §. si ita quis, de verb. oblig.* Et similiter in eundem casum post mortem suam mortua filia in matrimonio, si pater stipuletur dotem reddi filio suo, filio constat dari utilem actionem ex stipulatu, *l. 9. de pact. dotal.* Ergo, etsi stipuletur dotem dari filio emancipato, pari æquitate filio danda est utilis actio. Quod & Accursius supplet in *l. si genero, C. de jur. dot.* Item si pater paciscatur subjecta stipulatione, filia præmortua in matrimonio, dotem nepotibus reddi, quos non habebat in potestate, quibus forte donare volebat, nepotibus datur utilis actio ex stipulatu. Hæc est sententia legis *2. pater, C. de pactis convent.* nec nova. Nam & ex stipulatione avi materni nepti, quæ in ejus potestate non est, datur utilis actio, *l. Cajus, fol. mat.* Datur etiam filiis ex stipulatione matris utilis actio, ut Accursius supplet recte ad *l. 4. C. de pact. convent.* Et in jure nostro hujusmodi suppletiones sunt frequentissimæ, videlicet ut ubi denegatur actio abscise, suppleatur, benigna tamen interpretatione, utilem dari, directam tantum denegari. His vero casibus, ut benigna interpretatione ex stipulatione parentum, liberis, qui non sunt in eorum potestate, detur utilis actio, præcipua benignitatis ratio, ut indicat *d. l. Cajus*, dum ait, *maxime: est e nixa parentum voluntas, & affectio, quæ ubique valet.* Et eadem est etiam, si de alia re liberis danda agatur, quam de dote profecta à parentibus, ut in *d. l. quodcumque, §. si ita quis*, quam male quidam coangustant ad filiam, & ad dotem pro ea datam, quæ sit reddenda filiae post mortem patris, quia mortuo patre, manente adhuc matrimonio, nondum existit casus reddendæ dotis. Et quod ille *§. in filia*, idem & in filio ponit *d. l. 9. de pact. dor.* Posui autem parentes stipulatos liberis, quos non habebant in potestate, vel in casu, quo habere desinerent, ut liberis accommodetur utilis actio ex stipulatu. Nam si pater filiosfamil. vel suos nepoti, aut nepti, quem, quamve habet in potestate stipulatus sit, pro eo est, atque si sibi ipsi stipulatus esset, non liberis, quos habet in potestate, & sibi statim acquirit omnem obligationem, liberis, quos habet in potestate nullam, *l. 130. de verb. oblig. l. Stichum, §. quæsitum, de solut.* Nunc hæc accommodemus ad disputationem in initio, & ita argumentemur; Si ex stipulatione, quam parentes fecerunt liberis extraneis, id est, quos non habent in potestate, eis accommodatur utilis actio propter summam affectionem parentum, ne ea parentes defraudentur, ne eo frustrantur, quod vehementer optaverunt. Cur etiam si parentes pacti sint liberis emancipatis, non eis datur exceptio doli mali, quæ est subsidium exceptionis pacti. Et ita hæc omnis quaestio satis difficilis discutienda est.

Ad §. pactum conventum. Ad illam sententiam §. pactum conventum, quæ est hujusmodi. Possessor alienæ rei pactus est cum domino ejus rei, ne à se eam rem peteret, deinde eam rem alii vendidit, vel donavit, quaeritur, an venditoris, aut donatoris pactum emptori prodest, aut donatario? Et Proculus dicebat, in rem conceptum, & generaliter prodesse emptori, & donatario. Ergo tam successori rei, ad

quem ea res transit, quam successori universi juris, puta heredi, aut bonorum possessori. Hoc Proculus dicebat. Plus dicebat Sabinus, etiam pactum in personam conceptum à possessore rei alienæ cum domino ejus rei, prodesse successori rei, puta emptori, & donatario. Optima ratio: quia alioqui, nec prodesset venditori, vel donatori, si de ea re ipse non statueret suo arbitrio, eamque alienare non posset. Sed sicut venditori, aut donatori duntaxat prodest, quod conceptum est in personam, quamdiu is vivit: ita emptori, & donatario non prodest, nisi quamdiu venditor, aut donator vivit. Et ita Accursius recte ad hunc §. pactum, ex *l. 21. in prin. inf. hoc tit. pactum* in rem emptori, & donatario, & cuilibet successori perpetuo prodesse: pactum in personam ei non prodest, nisi quamdiu auctor ejus vivit, cujus personæ pactum cohæret. Ait, *secundum plurium sententiam, & paulo inf. secundum Sabini sententiam*; quæ est diversa sententia ab illa, quam dicit esse *Plurium*. Unde: quia (ut omnes sciunt) à Proculianis, & Sabinianis inter Jurisconsultos diversæ secari cœperunt viæ: ideo cum posteriore loco dicat, *secundum Sabini sententiam*, ex contrario prior videtur esse legendum, *secundum Proculi sententiam*, non *secundum plurium sententiam*: alioquin plurium sententia obtinisset, ut sit plerumque, ut *l. 17. inf. de jure patron. §. 1. Institus. de hered. instit. παλῶν δὲ τὴν μὴ τὴν ἀπὸ τῶν, melius consilium plurium*. Sed Sabini sententiam obtinuisse, non illorum plurium (si ita legendum est) Basilica ostendunt, quæ generaliter definiunt, etiam pactum in personam prodesse emptori, & donatario, id est, successori in rem, quamdiu scilicet persona superest, in quam pactum conceptum est, non aliter. Posui autem pactum illud fuisse factum ante venditionem, vel donationem, idque pactum emptorem, vel donatarium sequi ex persona auctoris, in quam conceptum est, siue constitutum. Post venditionem autem, vel donationem, frustra posuisset pepigisse venditorem, ne à se peteretur, quia nec ab eo peti potest, qui desit rem possidere, nisi forte rem mala fide vendiderit, aut donaverit, nisi mala fide, siue dolo malo eam desierit possidere, quo casu, & ab eo peti potest; sed tamen in emptore, aut donatario, quod sibi faceret, factum non valeret, quia sibi tantum prospicere venditor vult, qui ita paciscitur, post venditionem, aut traditionem mala fide factam, ne à se petatur, neve conveniatur quasi possessors, non etiam successori suo, sed re evicta tenebitur emptori actione ex empto, vel ex stipulatu.

Ad §. cum possessor. In hoc §. ostenditur, pactum, quod forte cum creditoribus, vel cum debitoribus hereditariis possessor alienæ hereditatis fecit, ei heredi, qui vero hereditatem evicit, neque nocere, neque prodesse. Et hanc esse plurium sententiam: Pactum, quod defunctus fecit, si fecerit in rem, certe heredi prodest, aut nocet: non pactum, quod possessor hereditatis fecit, cui heres judicio centumvirali eam hereditatem evicit. Possessor pro defuncto non est, aut heres defuncti tantum vice fungitur, non possessoris, qui hereditatem evicit, ut ejus jure uti possit. Itaque heredi evincti hereditatem conventio possessoris, cui evincitur, neque prodest, neque nocet. Opponitur vulgo sententiæ hujus §. *l. si post, de const. pec.* ubi, si post constitutam pecuniam possessori hereditatis alienæ, verus heres hereditatem evicerit, ait heredi decerni utilem actionem de constituta pecunia, quæ constituta est, non defuncto, sed possessori. Nihil est, quod tam facile expediri possit. Hoc ideo fit, quia obligatio constitutæ pecuniæ est accessio hereditariæ obligationis, quæ in heredem transit, qui hereditatem evicit. Pactum autem, quod constat non parere obligationem, non potest esse accessio principalis obligationis. Ideoque nec pacti exceptio, quod fecit possessor hereditatis, transit in heredem, in quem obligationes transeunt, cum principales, tum accessorizæ, pacti obligatio nulla est.

Ad §. ult. *L. XVII. & ad L. XIX. eod. Acquirent exceptionem. Idem est, & in his, qui bona fide serviunt. Item si filiusfamilias pactus fuerit, ne à se petatur: proderit ei, & patri quoque, si de peculio conveniatur.*

Ad L. XXI. eod. *Et heredi patris vivo filio : post mortem A*
vero filii nec patri , nec heredi ejus : quia personale pa-
ctum est .

Ad §. Quod si servus ne à se peteretur pactus fuerit: nihil va-
 lebit pactum. De doli exceptione videamus. Et si in rem paci-
 scatur, proderis domino, & heredi ejus pacti conveni exceptio. Quod si in personam pactum conceptum est, tunc domi-
 no doli superest exceptio.

Ad §. Nos autem bis, qui in nostra potestate sunt, paciscendo
 prodesse non possumus: sed nobis id profuturum, si nomine eo-
 rum conveniamur, Proculus ait. Quod ita recte dicitur, si in
 paciscendo id actum sit. Ceterum si paciscar, ne à Titio petas,
 deinde actionem adversus me nomine ejus instituas: non est
 danda pacti conventi exceptio. Nam quod ipsi inuile est, nec
 defensori competit. Julianus quoque scribit; si pater pactus sit,
 ne à se, neve à filio petatur, magis est, ut pacti exceptio filio-
 familias danda non sit, sed doli profut.

Ad §. Filiafamilias pacisci potest, ne de dote agat, cum sui
 juris esse cæperit.

Ad §. Item filiusfamilias de eo, quod sub conditione legatum
 est, recte paciscitur.

Ad §. In his, qui ejusdem pecuniæ exactionem habent in soli-
 dum, vel qui ejusdem pecuniæ debitores sunt: quatenus alii
 quoque profut, vel noceat, pacti exceptio queritur. Et in rem
 pacta omnibus profut, quorum obligationem dissolutam esse
 ejus, qui paciscebatur, interfuit. Isaquæ debitoris conventio
 fidejussoribus proficit.

IN hoc §. ultimo ostenditur, per filium famil. & servum
 nobis adquiri exceptionem pacti, conjuncta l. 19. & ini-
 tio l. 21. Itemque pacti exceptionem nobis adquiri per
 eum, quem bona fide possidemus. Quod tamen ita distin-
 guendum est, ut per servum, aut filiumfamilias pacti ex-
 ceptio nobis adquiratur ex omnibus causis: per eum, quem
 bona fide possidemus, ex duabus causis tantum, puta ex re
 nostra, & ex suis operis; videlicet, si ii paciscantur, ne à no-
 bis petatur, quod nos debemus, vel eorum nomine, vel
 nostro, idque notissimum est. At videndum est, quid sit di-
 cendum, si filiusfamil. si servus, si is, quem bona fide pos-
 sidemus, paciscatur, non ne à nobis petatur, sed ne à se pe-
 tatur? Et in hac quæstione separat filiumfam. à servo. De
 filiofamil. sic statuit: filiumfamil. paciscendo ne à se pe-
 tatur, non tantum sibi, sed patri parere exceptionem pacti.
 Ita scilicet, ut si forte pater conveniatur filii nomine de pecu-
 lio, vel de in rem verso, vel in solidum, quasi defensor
 filii, tueri se possit exceptione pacti à filio interpositi; sed
 non nisi vivo filio, si pactum filii fuerit conceptum in per-
 sonam, quia cum filii persona coarctetur, patri prodesse
 non potest, nisi quamdiu advixerit filius, quamdiu pro-
 desse potest filio. Si pactum prodest filio, consequens est,
 ut & patri prodest, qui filii nomine convenitur, alioquin
 non videretur prodesse filio; & si prodest patri, ergo & he-
 redi patris, quoniam & hic filii nomine, de peculio conve-
 niri potest intra annum, l. 1. §. sed etsi mortuo, quando de
 pecul. act. Hoc ita ut dixi, si vivat filius, cujus persona pactum
 coarctatur: Nam morte filii personale pactum evanes-
 cit, nec jam amplius patri, aut heredi patris prodesse
 potest, l. 21. in princ. Et ita diximus in l. 17. §. pactum, vi-
 vo venditore pactum in ejus personam conceptum pro-
 desse emptori, vel donatario, non post mortem ejus. Et
 ita quoque dicamus in hac l. 21. §. 1. vivo servo pactum
 in ejus personam conceptum, domino prodesse beneficio
 exceptionis doli, non mortuo servo. Et similiter à fructua-
 rio venditus usufructus, quod jus est personale, consistit
 in persona emptoris, quamdiu fructuarius vivit, non post
 mortem ejus, l. necessario, §. ult. de per. & commod. rei
 vend. Notandum autem ex l. 19. conjuncta l. 21. patrem ex
 contractu filii, nomine ejus posse conveniri de peculio, vel
 de in rem verso duntaxat, vel etiam in solidum, quasi de-
 fensorem filii. Sed hoc interest, quod quasi defensor filii in
 solidum, non compellitur actionem pati, & suscipere. At
 de peculio, & de in rem verso compellitur actionem pati
 invitatus pater quasi defensor filii non patitur actionem non
 nisi sua sponte, si hoc velit. At de peculio, & de in rem ver-

so etiam invitatus pater patitur actionem, l. summa cum ra-
 tione, §. ult. de pecul. de peculio, inquam, vel de in rem
 verso pater filii nomine cogitur actionem pati. Addendæ
 sunt duæ exceptiones, nisi paratus sit bona fide cedere
 actori rebus omnibus peculiariibus, l. 9. §. ult. comm. divid.
 vel nisi cum eo agatur ex causa castrensis peculii, quoniam
 ex ea causa non cogitur pater pati actionem de peculio,
 l. 18. §. ult. de cast. pec. Detractis iis duabus exceptionibus,
 verum est compelli patrem de peculio actionem pati ex
 contractu filii, sive ob æs alienum filii, sicut etiam quam-
 libet personalem actionem pati cogitur, ut ait Ulpianus, in
 d. l. summa, §. ult. Quamlibet aliam personalem actio-
 nem, qua scilicet suo nomine conveniatur. Et recte perso-
 nalem: nam actio personalis, cujus parens obligatio est,
 redditur in invitum, l. inser, §. 1. de verb. oblig. Judicium
 reddi in invitum, id est, ex stipulatu, actionem ex stipula-
 tu, quæ personalis est. Actionem enim realem, in rem, ne-
 mo pati compellitur, quia licet ei dicere, se rem non possi-
 dere, qui tamen, si convincatur falsi, id est, si convincatur
 possidere, protinus ei abducitur, & transfertur in actorem,
 etiam non probantem, se esse dominum rei, l. ult. de rei
 vind. quia actio in rem non ex personæ obligatione est,
 sed ex præsentis possessione, l. 24. §. ult. de judic. Omnis
 autem actio de peculio est in personam, nulla in rem, vel
 ad exhibendum. Quæ est in rem, vel ad exhibendum, ea
 pater, vel dominus, si eo sciente rem alienam servus, vel fi-
 lius possideat, tenetur, non filii, aut servi nomine, de pecu-
 lio duntaxat, sed suo nomine in solidum: quia restituendæ
 rei facultatem habet, quam filius ejus, aut servus possidet
 eo sciente. Denique suo nomine in solidum in actionib.
 in rem, filii defensionem suscipere cogitur. Tenetur etiam
 filiusfamilias eadem actione in solidum, non servus, quia
 cum servo nulla est actio. Et hoc ostenditur in l. de eo,
 §. 1. & l. cum servus, ad exhib. & d. l. 18. §. ult. de cast. pec.
 ubi (quod maxime notandum est) dum quærit, si filius-
 fam. rem alienam possideat bona fide, tanquam ex causa
 castrensis peculii, an pater ejus in rem, vel ad exhibendum
 actionem pati cogatur, ut cæterorum nomine, id est, cæte-
 rorum bonorum nomine, quæ non sunt ex causa castren-
 sis peculii, sed pagani, satis indicat cæterorum bonorum,
 quæ sunt extra causam castrensis peculii, patrem actio-
 nem in rem, vel ad exhib. pati in solidum suo nomine, qui
 non negat se rei restituendæ facultatem habere: non tam-
 en, ut subjicit eorum bonorum nomine, quæ filiusfamil.
 possidet, quasi ex causa castrensis peculii. Et male illo lo-
 co, ut cæterorum nomine, Pandectis Florentinis antiquus
 librarius addidit filiorum, ut cæterorum filiorum nomine,
 qui error & omnes alios libros invalit. Non est adden-
 dum filiorum, sed subintelligendum, Bonorum, ut & sequen-
 tia verba demonstrant. Sed verius est, cum hoc peculium à
 patris bonis separetur. Et sententia totius loci hæc est: pa-
 ganorum bonorum nomine, quæ possidet filiusfam. pa-
 trem compelli suscipere, & pati actionem in rem, & ad ex-
 hibendum in solidum suo nomine, quum rei restituendæ
 facultatem habet, non etiam bonorum castrensiis nomi-
 ne; & in contractibus quoque, in judiciis in personam
 indistincte dicimus patrem non compelli suscipere defen-
 sionem filii. Quia vero de peculio duntaxat actio in pa-
 trem non competit, quum quis rem suam esse petit sive
 vindicat, quam filiusfamil. tenet, sed competit in patrem
 actio in solidum suo nomine: de peculio autem duntaxat
 tunc solum tenetur pater, cum quis intendit sibi filium
 dare oportere ex contractu aliquo. Hoc quia ita est, ideo
 fuit dubitatum, an & commodati, & depositi de peculio
 duntaxat adversus patrem agi possit, quia qui his actioni-
 bus agit, suam rem petit, rem scilicet quam commodavit, vel
 deposuit? Sed placet, & iis actionibus de peculio duntaxat
 agi posse adversus patrem, non in solidum, l. 3. §. filiosfam.
 commod. l. depositi, in princip. de pecul. nimirum quia actor
 agendo depositi, vel commodati, rem quidem petit suam,
 sed non esse suam, id est in personam agit, non in rem: non
 adserit sibi proprietatem rei, non de dominio litigat, sed
 de obligatione ex contractu depositi, vel commodati. Eo-
 dem vero modo dubitabatur (quod discrimen nescio, an
 quis;

quisquam adhuc interpretatus sit) an depositi, vel commodati fidejussor accipi possit, quia obligationibus tantum fidejussor accedit, ex quibus nascuntur personales actiones, non causis, ex quibus nascuntur actiones in rem, quales esse videntur actio commodati, & depositi, quia per eas actor rem suam persequitur. Verum enimvero non in rem sunt actiones, sed in personam ex contractu. Ideoque & commodati, & depositi fidejussor accipi potest, ut monet l. 2. de fidejuss. ne quem supradicta dubitatio turbet. Et hoc quidem discrimen actionum summe notandum est. Addendum quoque est, aut potius repetendum, quod initio attingere coepi, compelli patrem de peculio, vel de in rem verso ex contractibus filii, extra causam tamen castrensis peculii actionem pati; compelli etiam extra eandem causam possidente filio rem alienam, pati actionem in rem, vel ad exhib. compelli in eis actionibus defensionem filii in solidum suscipere: at non compelli etiam in actionibus in personam, ex contractibus filii in solidum suscipere ejus defensionem, sua sponte eam suscipere posse; invito in actionibus personalibus, ut dixi, non imponi necessitatem defensionis, ut in l. 20. hoc tit. quæ est valde notanda hoc loco, atque etiam in d. leg. 18. §. ult. & in l. invitus, de reg. jur. nemo invitus rem alienam defendere cogitur.

AD §. quod si servus l. 21. Dixit sup. de filiofam. qui pactus est, ne à se petatur, nunc dicit de servo, qui idem pactus est, ne à se petatur. Jam dixi initio eum separare filiumfam. à servo. Si servus in personam suam paciscatur, ne à se petatur, non valet pactum, ut ait §. 1. id est, inane, & ineptum est, quia & detracta ea conventionione certissimum est, à servo peti non posse, id est, cum servo nullum iudicium, nullam actionem consistere posse: frustra timet servus, ne à se petatur, frustra que sibi eo nomine cavet, qui ipso jure munitus est. Proinde illius pacti exceptio servo nihil prodest, & consequenter domino etiam non prodest. Nec enim domino prodesse potest, quoniam pactum est conceptum in personam, nisi quatenus & servo, cujus personæ pactum adhæret. Sed æquum tamen est, cessante exceptione pacti, domino accommodari exceptionem doli, subsidiariam videlicet, ut Accursius recte supplet, si vivo servo, servi nomine de peculio, vel qua alia honoraria actione conveniatur ex contractu servi; aut si pactum in rem servus conceperit generaliter, etiam domino, aut heredi ejus prodesse exceptionem pacti conventi. Quæ est sententia §. 1.

AD §. nos autem. Dixit de filio, vel servo, qui paciscitur, ne à patre, dominove petatur, vel qui paciscitur, ne à se petatur. Nunc dicit in §. nos autem, de patre dominove, qui paciscitur, ne à filio, servove petatur, quod & in servo non valet magis, quam si idem ipse servus sibi pactus esset. In domino pari æquitate valet per exceptionem doli, si vel id tacite actum sit, ut domino prodesset. In filiofam. autem tale pactum valet, & prodest ei, si pater ei pactus sit, ne à filio petatur: pactum prodest filio non quidem per exceptionem pacti, quia nec filiofam. nec servo, quem in potestate habet, per liberam personam, puta per patrem adquiri potest exceptio, vel actio. Sed tamen ex æquitate, proprio quodam jure pactum illud prodest filio per exceptionem doli, ut in §. Julian. inf. patri autem prodest per exceptionem pacti, si id expresse actum sit, ne etiam à patre petatur, & conveniatur pater filii nomine de peculio, vel de in rem verso: si, inquam, id expresse actum sit: alioquin si id actum non sit, patri non dabitur exceptio pacti, sed exceptio doli tantum, sicut filio. Et hoc est, quod ait: ceterum si paciscar, ceterum pro alioquin, sive ceteroquin, ut sæpe in jure nostro ceterum significat alioquin, ceterum, inquit, si paciscar ne à Titio petas, ubi pro Titio legendum omnino filio: ceterum, inquit, si paciscar, id est, alioquin si paciscar, ne à filio petas, cum id simul etiam non agitur, ut & à me non petas, omnino ut dixi legendum, filio, quoniam subjicit deinde: actionem adversus me nomine ejus instituas, &c. Et certum est adversus me extranei nomine, puta Titii nomine, nullam actionem competere posse. Alius non obligatur pro alio, alius non conveni-

tur pro alio. Quis hoc unquam audivit? teneor quidem jure prætorio nomine ejus, quem in potestate habeo: nomine autem ejus, qui sui juris est, nullo jure, nulla actione teneri possum. Ergo de filio hoc scribendum est, non de Titio, nec separandum à superiori sententia, quæ est de filio, ut & quæ sequuntur in §. Julianus. Denique hujus loci sensus hic est, si paciscar, ne à filio meo petas: nec simul id quoque agam, ne etiam à me petas filii nomine, de peculio, vel qua alia actione honoraria: si petas à me, mihi non competit exceptio pacti, quia quæ exceptio inutilis est filio, & mihi quoque, qui ejus nomine teneor, eumque defendo, vel peculii sine, vel peculio tenus, vel in solidum, inutilis est, sed ut filio, ut sup. dixi, accommodatur doli exceptio, ita & mihi eam accommodari æquissimum est, ut in §. seq. Julianus, de quo diximus fusius in l. 17. §. si pactus sup.

AD §. filiafamilias. Dixit sup. de filiofam. vel filia, qui quæve pactus est, ne à se petatur, nunc dicit de eo, vel de ea filia, qui quæve pacta est, ne ipsa aut ipse petat, quod pactum inutile est, quia nec ipse filiusfamil. aut ipsa filiafamil. petere potest, sed pater, qui statim acquirit actionem, nisi quibus casibus, & ei accommodatur utilis actio, veluti absente patre l. 9. & 13. de oblig. & act. Hoc casu etiam filio nocebit exceptio pacti, si agat utili actione. At omnino utile est pactum, si filiusfamil. paciscatur, ne petat, aut filia, si pactum in id tempus conferatur, quo erit sui juris, ut si post divortium filiafam. paciscatur, ne de dote profectitia agat, cum sui juris esse coeperit morte patris, vel alio modo, vel si filiusfam. paciscatur, ne de legato conditionali agat, si existente conditione legati emancipatus fuerit, & ita sui juris. De legato conditionalis loquitur §. item filiusfamil. non de stipulatione conditionalis: nam ex stipulatione conditionalis actio competet patri, etiam si post emancipationem filii conditio existeret, quod est verissimum in multis casibus. Non ita ex legato conditionalis, quia in stipulationibus conditionalibus spectatur tempus contractus, & eo tempore filius fuit in potestate patris: ergo patri queritur actio, si post emancipationem forte conditio existat. In legatis autem spectatur tempus, quo dies legati cedit, id est, quo conditio exiit, & eo die filius est sui juris, l. si filiusfam. de verb. oblig.

AD §. ult. Quæstio hujus §. hæc est (eadem de re est l. 23. & 25. hoc tit.) an pactum, quod fecit unus ex duobus reis credendi, vel debendi, id est, exceptio pacti, quod unus fecit, alteri profit, vel noceat? Duo rei debendi sunt, qui eandem rem, vel pecuniam ex eadem causa suo nomine singuli in solidum debent sine beneficio divisionis, vel dividendæ actionis. Duo autem rei credendi sunt, qui ejusdem rei, vel pecuniæ ex eadem causa suo nomine singuli in solidum exactionem habent, ita ut nec actiones suas dividere cogantur. Et primum quidem Paulus tractat de duobus reis debendi, atque ita distinguit: Aut pactum in rem constituitur, aut in personam, id est, aut generale, aut personale pactum est. Pactum in rem, quod scilicet æstimatur ex mente convenientium magis, quam ex verbis, ut ait l. jurisgentium 7. §. pactorum, hoc tit. pactum, inquam, in rem prodest non tantum debitori, qui id fecit, sed etiam omnibus, quorum interest debitoris, qui pactum fecit, obligationem dissolvi, id est, à quibus etiam pecuniam non peti debitoris interest; ut ecce prodest fidejussoribus debitoris, qui non pro invito, nec novandi causa intervenerunt, quoniam interest debitoris, ne ab iis fidejussoribus pecunia petatur: quoniam si ab eis petatur, & exigatur, extemplo regressum habituri sunt adversus debitorem, per mandati, vel negotiorum gestorum actionem, ut ab eo recuperent, quod solverunt, l. quod dictum, inf. hoc tit. Atque ideo, qui à fidejussoribus petit, τῆ δυνάμει, ut ait l. adversus, inf. de recept. qui arbit. recep. τῆ δυνάμει, id est, vi ipsa à debitore petit, à quo mox fidejussores, quod solverunt, repetituri sunt: eademque verba τῆ δυνάμει, restituenda sunt ex veteribus libris in epistola Divi Hieronymi 103. mollis, inquit, cera & ad formandum facilis, etiamsi artificis, & plastæ cessent manus, tamen τῆ δυνάμει, rotum est, quidquid esse potest:

poteſt: ubi legitur vulgo; virtute, pro τῆ δουά μεις, inſiuitium A ſcil. pro ſaiivo. τῆ ἐνεργεία à reo petit, qui ab ipſomet reo petit: τῆ δουά μεις, qui à fidejuſſore ejus petit. Qua ratione pactum debitoris fidejuſſori prodeſt.

Ad L. XXIII. de Pactis. Fidejuſſoris autem conventio nihil proderit reo; quia nihil ejus intereſt, à debitore pecuniam non peti. Imo nec confidejuſſoribus proderit: Neque enim quoquo modo cujuſque intereſt. Cum alio conventio facta prodeſt, ſed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus eſt, proficiat: ſicut in reo promittendi, & his, qui pro eo obligati ſunt.

C Contra vero in l. 23. Paulus oſtendit, pactum fidejuſſoris, etiamſi in rem conceptum ſit, debitori non prodeſſe, quia nihil intereſt fidejuſſoris à debitore pecuniam non peti, quandoquidem exacto debitore ipſe fidejuſſor omnimodo liberatur, nec ullo judicio debitori obſtrictus manet: Eademque ratione pactum fidejuſſoris confidejuſſori non prodeſt, quia confidejuſſor, ſi exigatur in ſolidum, omiſſo beneficio epistolæ D. Adriani, id eſt, beneficio diſiſionis, non habet reſreſſum adverſus collegam, qui pactum interpoſuit, l. ut fidejuſſor, de fidejuſſ. quia ſolvendo confidejuſſor ſuum, non collegæ negotium geſſit, l. ſi pro patre, in fine, de in rem verſo. Et ideo nihil paciſcentis intereſt, confidejuſſorem non exige, aut confidejuſſorem quoque uti exceptione pacti. Et hoc eſt, quod ait lex 23. quod ductim eſt legendum, ſine ulla reſpiratione: neque enim quoquo modo cujuſque intereſt cum alio conventio facta prodeſt: ſed tunc demum, &c. Poſſet fidejuſſor, qui pactum facit, dicere ſua intereſſe, ut & ſuo collegæ pactum proficiat, ut & collegæ ſui ſolvatur obligatio, forte propter neceſſitudinem, aut conjunctionem officii, quæ ſibi cum eo eſt, & ideo conventionem à ſe factam ei debere prodeſſe. quod refellit Paulus, quia non quocumque modo cujuſque intereſt, conventio cum alio facta alii prodeſt, ſed tunc demum, quum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus eſt, proficiat, ſicut in debitore, & fidejuſſore ejus, & principaliter non intereſt fidejuſſoris, confidejuſſorem liberari, quia etſi confidejuſſor exigatur, nihil ipſe damni facturum eſt. Proinde exceptio pacti à debitore facti data fidejuſſoribus, debitori proficit directo, & principaliter, quoniam ad eum fidejuſſor ſi ſolverit, reſreſſum habet: exceptio autem pacti facti à fidejuſſore, ſi detur confidejuſſori paciſcentis, nihil proficit, quia confidejuſſor, etiamſi ſolverit, nullum adverſus eum reſreſſum habet, d. l. ut fidejuſſor. Et notandum hinc maxime, quum agitur de eo, quod intereſt, non ex levi quacumque cauſa ducendam, eſſe æſtimationem ejus, quod intereſt, non quoquo modo intereſt, & jure intereſſe, ut ejus æſtimatio, vel ratio haberi debeat. Sic ſane in omni parte juris quotiens quæritur de eo, quod intereſt, non quod quoquo modo intereſt ſpectatur, ſed quod in re ipſa vere, & principaliter, l. ſi ſterilis, ſ. cum per venditorem, de act. empti, l. ult. de peric. & com. rei vend. ut ſcil. id quod intereſt æſtimetur ex rei veritate, ut ait l. 9. de aq. & aq. plur. ex rei veritate, id eſt, ex damno reapeſe dato, vel lucro intercepto, non ex calliditate exco- gitata ab adverſario, non ex commentis petitoris, ut & Juſtinia. ait in l. un. C. de ſement. quæ pro eo quod inter. Et eleganter igitur hoc loco, non quoquo modo intereſt, ut ſit ejus habenda ratio: ſed quod in re ipſa principaliter intereſt, quod minuit rem actoris, quod conditionem actoris deteriore facit. Exceptio igitur pacti à fidejuſſore facti in rem de non petenda pecunia reo principali, aut confidejuſſori non prodeſt, quia nihil principaliter, aut pecuniari- ter (ſicut noſtri loquuntur, ut in l. ult. D. de privat. delict.) paciſcentis intereſt, non peti à debitore, vel à confidejuſſore, ſi tamen (nam hic addendus eſt modus) id actum ſit inter convenientes, inter fidejuſſorem, & creditorem, paciſcente fidejuſſore, ut ne à debitore petatur, vel ne à confidejuſſore petatur, ſi id actum ſit expreſſim, vel tacite: nam tacita conventio non minus valet, quam expreſſa. Denique ſi id actum eſſe probetur, æquum eſſe ait idem Paulus l. 25. in fine, & debitori, & confidejuſſori ex pacto ſi-

Tom. II. Poſt.

dejuſſoris accommodari exceptionem doli ſubſidiariam. His addamus, de quo quæſitum fuit initio, etiam pactum in rem unius ex reis debendi non prodeſſe alteri, ſi ſocii non ſint in ea re, qua de agitur, eadem ratione, quia nihil intereſt paciſcentis, à correo non peti, qui ſocius non eſt. Quæ ratio ceſſat, ſi ſocii fuerint. Et ideo cum ſocii ſint duo rei debendi, pactum unius etiam alteri prodeſt, pactiſve exceptio, ſicut & pactum debitoris prodeſt fidejuſſori, ut ait in fine leg. 23. quæ eſt conjungenda cum principio l. 25.

Ad L. XXV. eod. Idem in duobus reis promittendi, & duobus argentariis ſociis.

Ad ſ. Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait.

Ad ſ. Sed quamvis fidejuſſoris pactum reo non proſit, plerumque tamen doli exceptionem reo proſuturam, Julianus ſcribit.

Sicut pactum debitoris proficit fidejuſſori: ita, idem inquit, dicemus in duob. reis debendi, ſi ſocii fuerint, pactum unius proficere alteri: Recte, quia, ut quum à fidejuſſore petitur, τῆ δουά μεις à debitore petitur: ita quum à correo, & ſocio meo petitur, τῆ δουά μεις à meo petitur, quia quod correat, & ſocius meus ſolverit, id mihi reputatur eſt judicio pro ſocio, l. 3. ſ. nunc de effectu, de liberat. leg. At quæſo cur in l. 25. ait idem in duobus reis promittendi, & duobus argentariis ſociis, an non etiam duo argentarii, qui pecuniam alienam acceperunt, ut ſolent, erogandam, & occupandam, ſunt duo rei debendi? Sic ſane, ſed non ſunt duo rei promittendi. Rei debendi variis modis conſtituuntur, omnibus contractibus ſcil. & teſtamentiſque quoque, vel cõdicillis, leandem rem, de duob. reis. Rei promittendi proprie ſunt, & conſtituuntur verbis ſtipulationis, argentarii correi ſunt factis nominibus, ex ſcriptura menſæ ſola ſine ſtipulatione. Et inde l. ſi plures, ſup. hoc tit. l. ſi duo, inf. de recept. & qui arbit. recep. ii, inquit, duo ſunt rei promittendi, qui ſtipulanti promiſerint, vel ſi duo argentarii, quorum nomina ſimul eunt, ſeparantur duo, qui ſtipulanti promiſerunt, ab argentariis duobus, ſicut ſeparantur nomina à ſtipulatione, l. i. de ann. leg. Et ſimiliter ſcriptura à ſtipulatione, in fragmentis regularum Ulpiani noſſime repertis: manumiffus, inquit, inter amicos omniam, tamquam ſervus adquirebat manumiffori, vel ſi quid ſtipulabatur, vel ſi per ſcripturam acceperat, id eſt, per ſcripturam menſæ argentariæ factis nominibus, qua de re memini, me hoc ipſo libro egiſſe ad l. non figura, de oblig. & act. Et hæc de pacto in rem. Initio poſuit Paulus hanc diſtinctionem, aut eſſe pactum in rem, aut eſſe pactum in perſonam. De pacto in rem hæcenus. De pacto in perſonam ita ſe res habet. Pactum in perſonam unius ex reis debendi, etiam ſi ſocii ſint, alteri non prodeſt. Pactum item in perſonam debitoris principalis conceptum, fidejuſſori non prodeſt; Imo nec heredi ejus, qui cum eo in aliis cauſis una perſona eſſe intelligitur. Sed cum pactum coarctetur perſona debitoris, heres alia perſona eſſe intelligitur, non eadem, quia id agitur inter convenientes, l. 25. ſ. i. Et hujus pacti concepti in perſonam luculentum exemplum eſt in l. 22. ne à reo petatur, à fidejuſſore petatur, cui ſimile eſt id, quod habuimus in l. 17. ſ. ſi quis, ſi quis paciſcatur ne à reo petatur, ſed ut ab herede ejus petatur, plane, & diſerte concipitur pactum in perſonam debitoris, & aperte excluditur heres, & in l. 22. fidejuſſor. Et hæcenus quidem de duobus reis debendi. De duob. reis credendi, an unius pactum alteri noceat tractatur in l. 27. hoc tit.

Ad L. XXVII. eod. Si unus ex argentariis ſociis cum debitore pactus ſit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Attilicinus, Proculus, nec ſi in rem pactus ſit, alteri nocere: tantum enim conſtitutum, ut ſolidum alter petere poſſit. Idem Labeo. Nam nec novare alium poſſe, quamvis ei recte ſolvatur. Sic enim, & his, qui in noſtra poteſtate ſunt, recte ſolvi, quod crediderint, licet novare non poſſint. Quod eſt verum. Idemque in duobus reis ſtipulandi dicendum eſt.

Ad ſ. Si cum reo ad certum tempus pactio facta ſit; ultra neque reo, neque fidejuſſori prodeſt. Quod ſi ſine perſona ſua

E

sua

juva reus pepigerit, ne à fidejussore petatur, nihil id prodesse fidejussori quidam putans, quamquam id rei interfuit: quia ea demum competere ei debeat exceptio, quæ & reo. Ego didici prodesse fidejussori exceptionem. Non sic enim illi per liberam personam adquiri, quam ipsi, qui pactus sit, consuli videtur. Quo jure utimur.

Ad §. Pactus ne peteret, postea convenit ut peteret; prius pactum per posterius eliditur: non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est: quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur. Et ideo replicatione exceptio eliditur. Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum proficit. Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleretur, velut injuriarum: non poterit postea paciscendo, ut agere possit, agere, quia & prima actio sublata est, & posterius pactum ad actionem parandam inefficax est. Non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus & in bonæ fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: Non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. Quod si non ut totum contractum tolleretur, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret: posterius pactum potest renovare primum contractum. Quod & in specie dotis actionis procedere potest: puta pactum mulierem, ut presentis die dos redderetur, deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato, dos reddatur, incipies dos redire ad jus suum. Nec dicendum est, deteriores conditionem dotis fieri per pactum. Quotiens enim ad jus, quod lex naturæ ejus tribuit, de dote actio redit: non fit causa dotis deterior, sed formæ suæ redditur. Hæc & Scævola nostro placuerunt.

Ad §. Illud nulla pactio effici potest, ne dolus præstetur. Quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, ut ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat. Quod pactum proleat.

Ad §. Pacta, quæ turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris. Expedit enim timere furti, vel injuriarum pœnam. Sed post admissa hæc pacisci possumus. Item ne experiar interdictione unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus: Et in summa, si pactum conventum à re privata remotum sit, non est servandum. Antequam omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat.

Ad §. Si cum decem mihi deberes, pepigero, ne à te viginti petam, in decem prodesse tibi pacti conventi, vel doli exceptionem placet. Item, si cum viginti deberes, pepigero, ne decem petam: efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantum reliqua decem exigere debeam.

Ad §. Sed si stipulatus decem, aut Stichum, de decem pactus sim, & petam Stichum, aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obtaturam: Nam ut solutione, & petitione, & acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur: ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito, totam obligationem summoverti. Sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus præstetur, possum efficaciter de Stichò agere nulla exceptione opponenda. Idem est, & si de Stichò non petendo convenerit.

Ad §. Sed si generaliter mihi hominem debeas, & paciscar, ne Stichum petam: Stichum quidem petendo pacti exceptio mihi opponitur: alium autem hominem, si petam, recte agam.

Ad §. Item si pactus, ne hereditatem peterem: singulas res, ut heres, petam, ex eo, quod pactum erit, pacti conventi exceptio aptanda erit. Quemadmodum si convenerit, ne fundum peterem, & usufructum petam: aut ne navem, ædificiumve peterem: & dissolutis his singulas res petam, nisi specialiter aliud actum est.

Ad §. Si acceptilatio inutilis fuit: tacita pactio id actum videtur, ne peteretur.

Ad §. Servus heredi post adituro, nominatim pacisci non potest, quia nondum is dominus sit. Sed in rem pactum conventum factum sit, heredi adquiri potest.

IN hac lege multa, ac varia proponuntur, & explicatu difficilia, propter ea, quæ adversari videntur. In ipsa

statim quæstione prima, multum molestiæ exhibent omnibus interpretibus tres leges, quæ obijciuntur, *l. si rem, §. si duo, de novat. & l. si duo, de recept. & qui arb. recep. & l. in duobus, de jurejur.* ex quibus explicatur sum *l. si rem, §. si duo*, post explicatam definitionem, & speciem, quæ hujus legis initio proponitur. Quæ ante hanc legem scripsit Paulus, sunt de duobus reis debendi, an pactum unius proficit alteri, qua in re separavit pactum in rem à pacto in personam. Et rursus in pacto in rem censuit esse inspiciendum, utrum duo rei debendi loci sint, an non: sociis invicem prodesse pactum, non item iis, qui socii non sunt. Nunc initio hujus legis incipit tractare de duobus reis credendi: in quibus illa distinctione sociorum, & non sociorum non utitur, quam etiam omittit *l. 11. §. plerumque, de leg. 3.* Sed generaliter præcedit, unius ex reis stipulandi pactum, vel unius ex argentariis, qui cum altero commune jus nominum habeat, puta, si pactus sit in rem cum debitore, ne pecunia peteretur, etiam si socii sint, & generaliter si socii sint, vel non sint, pactum alteri non nocere, & ab argentariis, quorum nomina simul facta sunt, exemplum porrigit ad reos stipulandi, qui idem ab eodem communiter stipulati sunt, ut scilicet alterius pactum de non petenda pecunia factum cum debitore, non noceat alteri. Dubitationem faciebat, quod uni ex argentariis debitor totum solvere potest, quia & unus ex argentariis à debitore totum petere, & exigere potest. Et hæc sunt consequentia, posse totum exigere, & posse totum accipere. Qui autem totum recte accipit, vel cui solidum recte solvitur, & is sæpe paciscitur recte, & ejus pactio alii nocet *l. 11. sup. hoc tit.* id est, qui solutam pecuniam accipiendo in assensum, in solidum debitorem liberare potest, & paciscendo in rem, ne pecunia petatur, eundem debitorem liberare potest. Itemque novare veterem obligationem potest is, cui solvitur recte, quive solidum exigit recte, *l. qui recte, de novat.* Sed hoc Paulus negat esse perpetuum, probatque adducto simili casu filiosam, aut servo solvi potest, quod peculiari nomine credidit, & tamen per se, citra voluntatem patris, vel domini, neque pacto debitum remittere, neque novare obligationem potest, nisi (ut hanc rem paucis definiam) habeat liberam peculii administrationem, & paciscendo, vel novando, peculii causam deteriores non faciat. Duo exiguntur, ut pacisci, & novare possit, ut habeat liberam peculii administrationem: & ut paciscendo, vel novando, non minuat, non dissipet, non dilapidet peculium: alioquin filiosam, aut servum, quamvis ei solvi possit, quod credidit, neque pacto obligationem dissolvere potest, neque facta novatione, *l. 16. & 25. & l. ultim. de novat. l. fugitivus, de solut. l. libera, de peculio, l. huic enim, & seq. de jurejur.* Non quicumque solutum accipiendo liberare debitorem potest, & alio quocumque modo idem temere efficere potest: nam & ipse se debitor solvendo liberat, potius, quam liberatur à creditore, qui solutum accepit. Et ita quamvis adjecto solutionis gratia, ut si stipuler mihi, aut Titio, quamvis Titio recte solvatur, tamen Titius paciscendo, vel novando nihil agit, quia & nihil ei debetur, cum solutioni tantum applicitus sit, non obligationi, *d. l. qui recte.* Ei quoque, cui debitorem meum jussi solvere, quamvis recte debitor solvat, tamen paciscendo is, aut novando debitorem liberare non potest, quia in ejus persona non consistit obligatio, *l. si debitorem, eod. tit.* Et ita ut ostendit hoc loco: unus ex argentariis, quia & nominibus fiunt duo rei credendi, à debitore solidum accipere, solidum petere, exigere, rem totam in iudicium deducere potest, quæ novatio est necessaria; imo & acceptum facere potest unus solus ex argentariis: quibus modis communis debitor ab utroque liberatur. Quod & similiter obtinet in duobus reis stipulandi, *l. 2. de duob. reis, l. si rem, §. si duo, de novat. l. 13. §. ult. de acceptil.* Et in argentariis quoque eam legem ponit Quintil. *lib. 5. cap. 10.* nempe, ut duo argentarii dimidium ex eo, quod debent solvant, creditum totum suum exigant: cujus tamen legis prior pars usu non obtinuit: nam & si duo argentarii sint rei debendi, creditor jus habet totum exigendi ab uno, *l. 25. hoc tit.* Et ita Cornificius 2. ad Herennium, consuetudine jus esse, quod uni

argentario tuleris expensum; à socio ejus recte repetere posse. Certissimum igitur hoc est, unum ex argentariis, vel ex reis stipulandi, solidum accipere, petere, exigere posse, de solido iudicio contendere posse, itemque solidum acceptum facere posse. At vero non potest etiam unus ex argentariis, vel unus ex reis stipulandi, paciscendo de non petenda pecunia, alteri nocere, alteri obesse non potest, etiam per stipulationem novare veterem obligationem, id est, voluntariam novationem facere non potest. Quod Paulus scribit aperte hoc loco, dum ait: *nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur*: alium scilicet argentarium, ut in l. 25. hoc tit. Personale pactum ad alium non pertinere, puta ad alium argentarium, vel alium reum promittendi. Et hunc hujus loci, *nam nec novare, &c.* sensum etiam Basilica approbarunt, quæ & de uno argentario, & de uno reo stipulandi ita prædicunt, novari ab eo obligationem non posse: *Unus, inquit, ex argentariis, & unus ex reis stipulandi novare solus non potest obligationem*, per stipulationem scilicet: nam iudicium accipiendo, quæ est novatio necessaria, novare potest. Hæc tamen sententia omnino pugnat cum l. si rem, §. si duo, de novat. in qua Venulejus palam, & aperte definit, unum ex reis stipulandi, veterem obligationem novare posse. In hoc est labor: neque enim satis liquet, quemadmodum in tranquillum redigendus sit, aut conciliandus cum Paulo Venulejus. Nam excidit mihi hujus scopuli vitandi causa, quod alias scripti obiter in hunc locum, sed non sustineo esse conficius mihi dissimulandi; & ingenue confiteor, Paulum hoc loco plane negare ab uno ex argentariis, vel reis stipulandi novari veterem obligationem posse, hac sola ratione, quia, ut ait, tantum constitutum est, ut alter ex correis solidum petere possit, vel quod idem est, ut alteri solvatur recte. Et adde ex aliis legibus, ut & alter solus sine altero acceptum ferat debitori in solidum, quoniam & hoc fere inter omnes convenire Venulejus ait in d. l. si rem, §. si duo, ut acceptilatione unius, utriusque perimatur obligatio, ut qui solidum accipere potest, & pro accepto habere, id est, acceptum facere possit: nam & acceptilatio est imago solutionis: nam aut re solvimus, id est, numeratione, l. 16. de solut. aut imagine, nempe acceptilatione extorta à creditore. Acceptilatio est imaginaria solutio, *sicem per acceptilationem, Instituit. quib. mod. toll. oblig.* Et quia illud tantum constitutum est, ut unus ex correis credendi solidum, quod solvitur accipere, & petere possit, vel solidum accepto ferre, non etiam id constitutum est, ut & alter novare possit, ideo nec novare potest. Jus hoc pendet ex constitutionibus. Id tantum potest, quod constitutum est nominatim, non quod omissum est. Similis est ratio legis 10. de solut. adjecto solutionis gratia solvi tantum posse, & ideo nec petere, nec novare, nec acceptum ferre eum posse: at etsi nominatim id constitutum non sit, ut alter ex reis credendi novare obligationem possit, tamen quia nec id prohibitum est nominatim, tentat Venulejus in d. §. si duo, posse dici paulatim adaucto jure duorum reorum credendi, ut & paulatim increbrescere, & invalescere sententias juris indicat, l. 11. §. si rem suam, de leg. 3. tentat enim Venulejus etiam alterum ex reis credendi novare veterem obligationem posse. Et id tentat sane cum cura, & adhibitis multis argumentis, cum studio summo. Ac sane, quia in eo approbando Venulejus magnum studium ponit, eo satis indicat, non idem fuisse omnibus visum, quod ipse audent proferre in medium. Et plane igitur indicat, verum esse, quod initio hujus l. Paulus ait, non idem videri Proculianis, ut alter novare possit, puta non idem videri Labroni, Proculo, Neratio, Attilicino, idem eos non sentire, qui omnes Proculiani fuerunt, à quibus tamen diversus Venulejus non idem sentit, seorsum sentit. Ac ut dixi, ne temere à tot tantisque viris dissentire videatur, summa cum cura, & molimine opinionem suam adstruit esse veram. Ac primum ponit in d. §. si duo, quæ constant fere inter omnes, uni ex reis stipulandi recte solvi solidum, unum recte solidum petere, recte solidum in iudicium deducere posse, & unius acceptilatione perimi utriusque obligationem. Unde sensum colligit, sive gradatim, unumquemque reum sti-

Tom. II. Post.

pulandi, unumquemque stipulatorem unius ejusdemque pecuniæ perinde sibi acquirere obligationem, atque si solus stipulatus esset, quod tamen non esse per omnia verum confitetur. Nam si solus quis stipulatus sit revera, non potest factum alterius cujusdam extranei, veluti acceptilatio, vel exactio, quam alter fecerit sine voluntate alterius, ei non potest auferre debitorem, non potest liberare debitorem ejus, at exactio, vel acceptilatio unius ex reis stipulandi, correo adimit debitorem, ergo non unusquisque per omnia pro eo habetur, ac si solus stipulatus esset: sed eo excepto, quod ad cætera attinet, perinde est, ac si unusquisque solus stipulatus esset, quod si revera esset, proculdubio novare obligationem posset. Ergo & sicut exigere, & acceptum ferre unus potest, ita auctore Venulejo, unus poterit obligationem novare, nimirum, quod communis debitor debet, id eo dimisso, stipulando à L. Titio expromissore ejus, quem forte is communis debitor vice sua reum dat, sive delegat novandi animo, quo genere communis debitor liberabitur ab utroque stipulatore. Et hoc est, quod ait Venulejus in d. §. si duo, secundum quæ (hæc sunt verba) si unus ab aliquo stipuletur, id est, ab extraneo, quod scilicet communis debitor debet, novatione quoque liberare eum, communem debitorem scilicet, ab altero poterit, quum id specialiter agit. Quæ postrema verba proculdubio sunt Tribonianis, ut in l. aliam, eodem tit. l. qui usufructum, de verb. oblig. ex constit. Justin. quæ vult, ne sit novatio, etiam si novandi animus fuerit, nisi specialiter dictum sit, ut sit novatio. Et hanc suam opinionem amplius confirmat hac sola ratione, quia novatio, ut & acceptilatio, similis est solutioni, id est, is, cui accepto fertur, solvisse intelligitur, & creditor accepisse. Si admittes unum posse acceptum ferre, quod acceptilatio sit imago solutionis, cur non admittes, & unum novare posse: Nam & novatio imago quædam est solutionis? His Venulejus adnectit suæ sententiæ constabundæ causa, quæ nova est, certas species, quibus manifestum sit, quam sit absurdum, & incongruum, non admittere, non approbare novationem factam ab uno ex reis stipulandi: facito unum ex reis stipulandi communem debitorem delegare Titio suo creditori, & Titium ab eo stipulari novandi animo, & unum illum delegare etiam novandi animo, an dices debitorem, qui se Titio obstrinxit in solidum, non liberari ab utroque stipulatore, an dices, & Titio eum esse obligatum in solidum, & alteri stipulatori priori, qui eum non delegavit? Denique, an dices eum bis eandem summam debere perolvere, Titio primam, deinde alteri stipulatori, quod quis ferat? Rursus facito, mulierem unam esse ex reis stipulandi, eamque jubere Sejum communem debitorem, doti dicere viro, cui nuptura est, fundum, quem debet. Ulpianus lib. regularum, dotem dicere posse mulierem, quæ nuptura est, & debitorem mulieris, si jusu ejus dicat, alioqui non obligaretur. Ac illo loco Venuleij, pro doti dicere Tribonianus scripsit, *doti promittere*, quo tamen modo Latini non loquebantur, quia noluit dictionis dotis ullam mentionem restare in Digestis, propterea quod in desuetudinem abjerat. Fac igitur jusu mulieris debitorem communem viro ejus doti dixisse fundum, quem debuit mulieri, & alteri correo stipulandi, an non liberabitur ab utroque quasi novatione facta? Imo vero, ne bis eandem rem solvere cogatur. Vel finge, quam etiam speciem Venulejus posuit, eandem mulierem, cum esset nuptura communi debitori, ei doti dixisse fundum, quem debuit, an & hoc casu non liberabitur debitor ab utroque stipulatore, & quod utrique debuit ex causa crediti, an non debere incipiet mulieri ex causa dotis, in causam divortii, aut mortis mariti? quod utique absurdum fuerit dicere. Atque ita ab absurdo colligit Venulejus, etiam uni ex reis stipulandi permittendam novationem esse. Ex illo vero loco, qui est in fine illius §. etiam manifestum sit, Venulejum scripsisse, *Doti dicere*, ut veteres loquebantur, non stipulanti *doti promittere*, quia & mulier debitori fundi stipulanti inutiliter promitteret fundum, quem ipse debet, & *promittere* generaliter accipi potest etiam pro dicere, aut polliceri citra stipulationem. Et ita

E 2

vero

vero sensum, & veluti per gradus quosdam efficit Venulejus, contra quam Proculiani sentiant, etiam unum ex reis stipulandi novare veterem obligationem posse. Et neminem esse arbitror, qui non perspicue videat, ita rem totam enucleandam esse: non est autem, qui & ulterius porrexit id pactum, ut scilicet, & unus ex reis stipulandi paciscendo debitorem communem ab utroque liberare possit, per exceptionem scilicet, quia nec pactio solutioni similis est, sed donationi potius, sive remissioni: nec est legitimus modus dissolvendæ obligationis. Itaque in pactis sequimur, quod initio hujus legis proponitur, alterum ex reis stipulandi paciscendo, alteri non nocere. In novationibus tamen non sequimur, quod hic ex schola Proculianorum proponitur: nam multæ, & magnæ rationes Venuleij, nos perduxerunt in suam sententiam. Intelleximus ex eo, quod Paulus proposuit initio legis vigesimæseptimæ. Pactum in rem, quod fecit cum debitore unus ex reis stipulandi, ne ab eo pecunia peteretur, alteri non obesse, sive socii fuerint ejusdem obligationis, sive non. Huic sententiæ objicitur *lex si duo, de recept. qui arb.* si duo sint rei credendi, vel stipulandi, & unus, cum esset controversia de ære alieno, cum debitore compromiserit in arbitrum sub pœna certa, vel incerta, si quis arbitri sententiæ non staret, & is vetitus sit sententia arbitri à debitore petere, & postea alter correat, qui non compromisit, petat, pœna committitur adversus eum, qui compromisit, si duo illi credendi ejusdem obligationis socii fuerint, quia τῆ δύναμις, vi ipsa is videtur petere, qui vetitus est, quum socius ejus petit, quoniam in partem ejus, quod socius exegerit proculdubio jure societatis venturus est. Et hoc est, quod proponitur in *d. l. si duo*. Cur vero, inquit, interpretes, ad eundem modum etiam non dicimus, si unus ex duobus reis credendi cum debitore in rem paciscatur, ne pecunia petatur, altero petente debitori esse dandam exceptionem pacti, saltem si socii fuerint? quia vi ipsa is petere videtur, qui pactum fecit de non petendo, quum socius ejus petit, qui quod exegerit in commune collaturus est. Et, ut breve faciam, ommissa omni altercatione interpretum, ratio differentię satis aperta est, quia in specie *legis si duo*, altero petente, qui non compromisit, ex pœnali stipulatione actio dari potest adversus eum, qui compromisit, & vetitus est petere. In specie autem hujus legis nostræ, altero petente, qui pactum de non petendo non fecit, nulla ex pacto occurrit actio, vel exceptio, quæ dari possit adversus eum, qui pactus est, quia pacto nulla fuit subjecta stipulatio pœnalis, & inde discrimen inter hanc & illam speciem. Porro in alio nullum est discrimen, nempe quod in specie *leg. si duo*, pœna non committitur adversus eum, qui petit, qui non compromiserat. In hac etiam specie exceptio pacti adversus eum locum non habet, qui petit. Et ita recte Accursius in *d. l. si duo*, neque hoc, neque illo casu, quo unus egit, alteri obesse. Et hac in re igitur inter hanc, & illam speciem nihil esse discriminis, res est apertissima. Ac præterea objicitur sententiæ hujus legis *l. in duobus, in princ. de jurejur.* ubi definitur, ab uno ex reis stipulandi debitori communi delatum jusjurandum, si juraverit, se dare non oportere, alteri correat nocere indistincte, sive socius fuerit, sive non fuerit. Hinc queritur, cur & simili modo ab uno ex reis stipulandi, pactum in rem, & generaliter cum debitore factum, de non petenda pecunia, quod uno verbo Græci vocant *συμφωνον συμφωνητικόν*: cur, inquam, non dicimus alteri nocere, saltem si socius fuerit, atque adeo alterum petentem repelli posse exceptione pacti? Ratio differentię hæc est, quia delato jusjurando ab uno ex reis stipulandi, debitor de re ipsa, & contractu jurat, & dicit se dare non oportere, puta se solvisse. Pacto autem illo interposito debitor non dicit, se dare non oportere, non dicit, se solvisse, sed quod inter eum, & creditorem dari oportere in confesso est, id creditor dicit, se remittere, se condonare, quæ ejus liberalitas alteri, nec si socius sit, obesse non debet: de suo quisque largiri debet, non de alieno, *l. si pign. de furt.* Eademque ratione si fidejussor juravit, se dare non oportere, non quia diceret, se non fidejussisse, sed quia diceret, se solvisse: nam

A hæc distinctio adhibenda est: Si, inquam, fidejussor juravit, se dare non oportere, non quia non fidejussit, sed quia solvit, jusjurandum reo principali proficit, perinde atque si fidejuss. solvisset, *d. l. in duobus, §. 1. §. pen. & ult. cod. tit.* Et tamen pactum fidejussoris constat reo non prodesse, *l. 25. sup. hoc tit.* quia pactum nullam ponit solutionem intervenisse: jusjurandum ponit solutionem intervenisse, & ideo dari non oportere. Eodemque modo si unus ex reis promittendi, & debendi juraverit, alteri proficit, etiam si socius non sit, *d. l. in duobus, §. ex duobus*. Et tamen si unus ex reis debendi pactum interposuerit de non petenda pecunia, idem non dicimus absolve, sed cum hac distinctione, socii prodesse pactum, non sociis non prodesse, *l. 1. & l. 14. rem rat. hab. l. 25. hoc tit. l. eandem, §. 1. de duobus reis, l. qui hominem, §. ult. conjuncta illa glossa, quia socii non sunt, de solut. idemque dici potest de patre, facta eadem differentia inter jusjurandum, & pactum propter eandem rationem, quam jam satis demonstravi, de patre, inquam, qui juravit, filium familias dare non oportere, ut jusjurandum ejus filio proficiat ad exceptionem jurisjurandi, *l. qui jurasse, §. 1. de jurejur.* cum tamen pactum patris filiofamil. non proficit, ut ei detur exceptio pacti, *l. 21. §. non autem, supra hoc tit.* sed exceptio doli hoc casu ex æquitate filio accommodatur, & prodest, *d. l. 21. §. Julian.* & forte etiam illo casu, quum juravit pater filiumfam. dare non oportere, filio prodest exceptio utilis in factum de jurejurando, sive exceptio jurisjurandi accommodatur ei ex æquo, & bono. Ad hæc posset etiam in medium afferri *l. si duo, si quis caution.* ideoque ejus interpretationem præstare debeo. Species legis hæc est: debitor communis, cum ab uno ex reis stipulandi, ut potest recte, in solidum conveniretur, ei cavit judicio sisti, cum pœna, in locum diemque certum, alter vero correat, eum dolo malo impedivit, quo minus ad eum diem, & locum se judicio sisteret, queritur, si ab eo, cui cavit judicio sisti de pœna conveniatur, an tueri se possit doli exceptione, quod dolo malo à correato impeditus sit ire ad judicium, adesse ad condictum diem. Et distinguit *d. l. si duo*: aut illi duo rei stipulandi socii fuerint ejusdem rei, ejusdem obligationis, aut non. Si non fuerint socii, non est debitori conventio pœnæ nomine, quod non adfuerit ad condictum diem, danda exceptio doli mali, quia ex dolo correati nihil tulit actor, qui pœnam petit, nihilque laturus est, cum inter eos nulla sit societas. At si socii fuerint, danda est debitori exceptio doli mali, si conveniatur ab eo, cui cavit judicio sisti sub pœna, ne scilicet dolus socii ei proficit, & utique ei prodesset, si integra ei esset petitio pœnæ ab eo, per quem non stetit, quo minus se judicio sisteret, sed per socium actoris, exceptio doli ex æquo, & bono accommodatur, ut ait eleganter *l. 2. §. ult. si quis caution.* & accommodatur non tantum, ne cui dolus suus proficit, sed & ne dolus socii, quoniam in partem lucri venit, quod dolo malo sibi socius comparavit. Magna est vis hujus exceptionis doli: nam & naturalem æquitatem tuetur, & mitigat asperitatem juris civilis, *l. 1. §. 1. de doli except. l. ult. C. pro emptore*, ut cum denegata exceptione pacti per occasionem regularum juris civilis: datur tamen exceptio doli mali, *l. jurisgenium, §. pen. l. 10. §. ult. l. 21. §. 1. & §. Julianus, & l. 25. supra hoc tit.* Exceptio doli subsidio est juri civili deficienti, aut repugnanti, & ut alias dixi, recte à Cyrillo in *l. inter, §. pen. de pact. dotal.* dicitur hæc exceptio esse *συνεισπραξις ἢ οὐ πάνυ τῷ ἀκριβοῦς ἐξέταξις*, id est, admodum congruens æquitati naturali, & non valde perquirere regulas summi juris, id est, non summo jure agere, sed ex æquo & bono accommodari. Et præterea sunt alii ejus effectus, ex quibus memini duorum, qui sunt magni momenti: unius, quod opposita exceptio doli mali, judicium omne etiam strictum faciat bonæ fidei, *l. Seja, de mort. causi. donat. l. 3. C. de except.* Alterius, quod per eam exceptionem res judicata, quæ nulla abs re abhorret magis, quam à retractatione, & rescissione, retractetur per exceptionem doli. Per exceptionem, inquam, doli inducitur retractatio rei judicatæ, quod plane est contra jus civile, *l. non distinguemus, §. cum quidam, de recept. qui arbit. l. ex diverso, §. ult.**

§. ult. sol. matrim. Et præterea hæc exceptio doli latissime manat, ut & ille ait, bonæ fidei nomen latissime manare, ita & doli mali nomen, quod bonæ fidei est adversum latissime manare perspicuum est. Exceptio doli generalis est, quæ datur ubicunque æquitas defensionis id exigit, accommodaturque omnibus negotiis, omnibus judiciis, *l. qui æquitate, de doli except.* In specie autem *d. l. si duo*, nihil est, quod adversetur iis, quæ ante à nobis tradita sunt de compromisso unius ex reis stipulandi, vel de pacto, vel de iurejurando: sed & in specie *d. l. si duo*, quod egit unus ex reis stipulandi, stipulando iudicio fisci, non nocet alteri: doli quoque alterius ei non nocet, sed neque prodest etiam iure societatis: neque ei debet esse societas occasio quæsitus improbi. Et hæc sufficient ad primam quæstionem hujus leg. Secunda est facilior.

A *D. §. Si cum reo.* Sententia hujus *§.* hæc est: pactum rei prodesse fidejussori, quia maxime, & principaliter rei interest & fidejussorem liberari, ut & ipse ab eo sit liberatus, *l. 21. §. ult. & l. 23. hoc tit.* Sed si pactum fuerit temporale, puta ne intra annum petatur, si paciscatur reus, ne à se intra annum petatur, post annum, & ab eo peti poterit, & à fidejussore ejus, ultra annum neque reo, neque fidejussori ejus pactum proderit, quod certum finem, certamve metam habet: quod & de hypotheca traditur, *l. 5. §. 1. quib. mod. pign.* Si creditor paciscatur, ne intra annum pecuniam petat, pactus etiam videtur de hypotheca, puta ne intra annum hypothecam persequatur, aut vendat, post annum ut persequatur, non intra annum, quia placuit, ne sortem peteret intra annum; & qui hypothecam persequitur, *in doli mali*, vi ipsa sortem petit. Ergo tantisper, & jus persequendæ hypothecæ conquiscere debet, quoad annus exierit, & hypotheca est accessio sortis, & fidejussor, & in utraque accessione idem juris. Inde quæritur, *an si sine persona sua reus, sive debitor pepigerit, ne à fidejussore petatur: si non dixerit ne à se, neve à fidejussore, vel si non dixerit ne à se, sed duntaxat, ne à fidejussore peteretur: quæritur, inquam, an tale pactum valeat an fidejussori proficiat? an fidejussori danda sit exceptio pacti?* Et videtur non esse danda; quia per liberam personam nihil alteri acquiri potest, præter possessionem: ergo nec actio, nec exceptio, ut *l. 10. §. ult. hoc tit.* Et hoc est, quod dicitur, nos alteri pacisci inutiliter. Itaque pactum, quod soli fidejussori fecit debitor, inutile esse videtur. Nec obstat, quod debitoris interest, qui pactum fecit illud, ne à fidejussore peteretur, à fidejussore non peti: Namque non ideo, quæ reo exceptio pacti non competit, fidejussori competere potest; non ideo, quod ejus intersit fidejussorem liberari beneficio pacti, quod pactum in eo non valet, valere debet in fidejussore, sicut nec in domino, vel in defensore, *l. 12. §. 1. & §. nos autem, sup. hoc tit.* originem pactum sumere dicitur à reo principali, quod est certissimum, quod si ab eo originem non ducat, si in eo non consistat, nec potest proferri ad fidejussorem. Et ita mihi videbatur esse respondendum ad quæstionem propositam. Verum longe aliter respondet Paulus, nimirum pactum, quod reus fecit, soli fidejussori prodesse, id est, exceptionem ejus pacti prodesse fidejussori, si conveniatur; & prodesse fidejussori propter reum principalem, non quod per eum sit quæsitæ fidejussori exceptio pacti, quod fieri non potest: sed quia eo genere pacti, licet in eo non comprehendatur persona rei principalis, id agitur tamen principaliter tacito intellectu, ut consulatur reo principali. Alteri enim paciscimur utiliter, si nostra intersit, si id agamus, ut nobis consulamus, non ut ei soli consulamus, cui paciscimur. Denique alteri paciscimur utiliter, si id aliquando nobis profuturum speremus, reus principalis paciscendo fidejussori, non tam fidejussoris, quam suam rem agit principaliter. Ideoque quod per se non habet fidejussor ex pacto alieno, id habet per reum principalem, aut per gratiam rei principalis.

A *D. §. pactus ne peteret.* Pacto dissolvitur obligatio, ut ait *l. 21. §. ult. h. l.* quod ita est intelligendum, ut non pacto obligatio dissolvatur ipso jure, nisi pactum sit legiti-

mum, id est, nisi lex nominatim decernat uti pacto dissolvatur obligatio, & ex lege *12. tabul.* ut pacto dissolvatur obligatio, & actio furti, vel injuriarum, *l. 6. & l. 17. §. 1. hoc tit.* sed pacto, quod non est legitimum, quod lege confirmatum non est, dissolvitur obligatio per exceptionem prætoriam, atque adeo non omnino dissolvitur, ut ait eleganter *§. præterea, Instit. de excep.* quia obligatio juris civilis manet, *l. scribit, §. ult. de aur. & arg. leg.* Et ipso jure perimitur sola obligatio juris naturalis. Ex eodem negotio existit obligatio civilis, & naturalis. Et pacto quidem naturalis ipso jure tollitur, nimirum æquitas, qua sola naturalis obligatio sustinetur, alia æquitate tollitur, quod perquam naturale est: at pacto non tollitur ipso jure obligatio civilis, sed eliditur opposita exceptione, vel replicatione. Longe alia est conditio stipulationis, ut ostenditur hoc loco: multum hæc in re distat pactum à stipulatione: nam stipulatione quæcunque obligatio ipso jure dissolvitur, etiam non opposita exceptione, si modo animus fuerit per stipulationem novandæ veteris obligationis, *l. 2. de novat.* Et secundum hæc prius pactum, ut & idem Paulus scribit *1. sent.* quo quæsit sibi debitor exceptionem, posteriori pacto dissolvitur, non ipso jure, sed ut hoc loco declarat per replicationem, ut si prius pactus sit creditor ne petat, deinde paciscatur ut petat, petenti opposita exceptione prioris pacti dabitur replicatio pacti posterioris: quæ species proponitur initio hujus *§. primi.* Eodemque modo, eodem tenore *Instit. tit. de replic.* replicatio emendat exceptionem, *l. si in duob. §. si ei quid, de jurejur.* replicatio elidit exceptionem, exceptio autem elidit, vel emendat, vel ut ait *l. 14. de jure dot.* inefficacem facit actionem, & rem temperat, ut ait *lex qui 400. ad leg. Falcid.* at stipulatio posterior non elidit priorem stipulationem, sed tollit omnimodo ipso jure: si hoc actum sit, inquit, id est, si animus fuerit novandæ prioris stipulationis, tollitur, inquit, stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quæ verba Accursius pessime accipit de stipulatione Aquiliana, quæ stipulationem non novat, sed alios contractus, ut mox subjecta acceptilatio, & eam quoque perimat, ut *Instit. docent tit. quib. mod. toll. oblig.* stipulatio Aquiliana non novat stipulationem, sed alios contractus, aliam obligationem: hic agitur de stipulatione, quæ novat aliam stipulationem, quod quidem facit ipso jure, si hoc agatur inter convenientes. In stipulationibus, inquit, jus continetur, in pactis factum versatur, id est, stipulationes vim suam exercent ipso jure sine facto ullo, sine allegatione ejus, sine opera ejus, sine additione judicis, sine sententia. Pacta vero desiderant operam, & allegationem, puta exceptionem, aut replicationem ejus, ad quem ea res pertinet: quæ si omittatur ab eo, per se nulla pacti vis est, si non fuerit legitimum. Tollere plus est, quam elidere: hoc est facti, quasi quum configunt, & collidunt duo corpora: tollere est juris, elidere facti. Denique vis pacti in facto consistit, maxime in judiciis strictis, etiamsi arbitraria sint: namque in iis omnia exceptio, damnum litis adfert, quia iudicio non inest exceptio per se, nisi allegetur, neque suppletur religione judicantis, qui certa pronunciationis formula tenetur, *l. Papin. de Publ. in rem actio.* At judiciis bonæ fidei exceptio pacti, vel doli, & cæteræ omnes exceptiones ipso jure infunt, etiam non oppositæ, *l. 3. de rescind. vend. l. 21. inf. solut. matr. l. hujusmodi, §. qui servum, de leg. 1. l. Labeo, de oper. libert. l. 1. §. si oneranda, quarum rer. actio. non datur.* In strictis judiciis pactum in facto litigatoris non jure, aut lege consistit, & in judiciis quoque bonæ fidei non jure, aut lege inest pactum, sed officio judicis, *l. plane, l. ult. de petit. hered. l. si cum dotem, §. eo autem, sol. matr.* Et hoc est, quod Cicero, vel Cornificius ait ad Herennium, pacta sine lege ex conventu servari, hoc est jus civile non nosse pacta: leges, & jura civilia non nosse pacta: legibus pacta non esse legitimum modum constituendæ, aut tollendæ obligationis. Denique pacta jure civili non valere, pacta ex jure non valere, sed ex conventu nudo, & placito paciscentium, & tamen, ut ait, juri præstare videri: nempe quia juris obligationem perimunt opposita exceptione, non omnino, & quia sæpenumero, quod jure proditum est, id secus paciscen-

ciscentes infirmant; derogant sæpe pacta legibus, non invitis tamen legibus, ut quum paciscimur contra edictum Aedilium curulium, *l. pacisci, hoc tit.* cum paciscimur ut venditor, qui repromittere, non satisfacere debet de evictione, ut jure cautum est, satisfacet tamen ex conventionem, & conventu solo, *l. 2. de hered. vend.* Atque ita pacta juri præstant. Et idem auctor eleganter, alia pacta esse ait, quæ sine legibus observantur, alia esse, quæ legibus observantur, quæ divisio pactorum etiam notatur in hoc §. Illa, quæ sine legibus observantur, sunt pacta, in quibus factum versatur, id est, quorum nullæ sunt vires, nisi in iudicium deducantur remedio exceptionis, aut replicationis. Hæc autem, quæ legibus observantur, sunt pacta, quæ vocantur legitima, quæ ipso jure pariunt, vel tollunt obligationem: quæ ipso jure tollunt actionem, veluti de injuriis, aut de furto, adeo ut non sit reo necessaria exceptio pacti: nam quod ipso jure fit, existit ἀναφαινεσι, id est, existit statim, & vim suam exercit, ut & sui heredes, qui ipso jure heredes sunt proprie, & velut ex condicto, statim existere dicuntur, comparere statim, *l. in suis, de suis, & legit. hered.* Ita Theophilo nostro, & cæteris interpretibus Græcis φαίνεσθαι ἢ ἀναφαινεσθαι ἀποφασίζονται. Et ut alio exemplo utar, lege nominatim arcente homicidam, curiam, comitiis, foro, spectaculis, sacris, non est necesse his ullum alium sive iudicem, sive legum cultorem ei interdicerem, quia lex interdicit, & ipsa vim suam exercit, nec operam alterius desiderat, ut Plato ait *9. de legib. οὐ γὰρ νόμος ἀπαγορεύων ὑπὸ πάντων τῆς πόλεως ἐνεῖν ἢ ἀναφαινεῖται.* Lex interdicit statim, ejusque interdictum existit statim, ac vice est communis sponsonis totius civitatis.

Sequitur in hoc §. 1. *Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum profu:* quæ verba, si accipiuntur de pacto, quod prius fidejussor fecerit, ne à se peteretur, ut id nimirum elidatur posteriore pacto, quo mutata sententia idem ipse fidejussor pactus sit, ut à se peti liceat, exemplo rei, sic accipienda sunt, aut si sic accipiuntur hæc verba, quasi dicat idem esse, si pacta illa duo fecerit fidejussor, nihil omnino cum hoc loco pugnabit *l. ult. hoc tit.* Et sane hæc interpretatio probabilior est. Vulgo hæc verba tamen aliter accipiuntur, nempe de pacto rei, de quo dixit ante, non de pacto fidejussoris, hoc sensu, ut quemadmodum ante dixit in §. 1. si reus paciscatur à se intra annum non peti, ultra annum, neque reo, neque fidejussori prodesse pactum, ita nunc dicam, si reus, postquam pactus est à se non peti, paciscatur, ut à se peti liceat, neque ei, neque fidejussori ejus prius pactum prodesse, quia eliditur, excluditur, infringitur posteriore pacto, quod est verissimum, si modo fidejussor posteriore pacto adensus est, ut Glossæ supplem, tum Latinæ, tum Græcæ, *εἰ συνήνευον ἢ ἐν τῷ δευτέρῳ συμφώνῳ.* Alioquin pugnat *l. ult. h. tit.* illa interpretatione recepta, nec suppleto modo illo, si consensit fidejussor posteriore pacto: namque plane, & discrete *lex ult.* ait, *si post prius illud pactum de non petenda pecunia à debitore conceptum in rem, quod cepit fidejussori prodesse, debitor rursus paciscatur, ut petere liceat: non consentiente scilicet fidejussore;* alioquin pugnet. Quæsitum quidem fuisse ait, an utilitas prioris pacti, quæ cepit fidejussori compere, ei auferatur posteriore pacto: sed verius esse, semel adquisitam fidejussori prioris pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non posse, & posterius pactum soli debitori nocere, non fidejussori. Invito, inquit, quod rem explicat, nam volens fidejussor se in pristinam obligationis causam, simul cum debitore reponere potest. Quidni? Alioquin invito fidejussori semel quæsitum jus ex priori pacto auferri non potest. Quo modo etiam dicimus, priori creditori generaliter obligatis omnibus bonis, deinde posteriore creditori specialiter fundo obligato, generi per speciem non derogari, & posse priorem creditorem in eo fundo jus suum exercere, quia semel ei quæsitum jus hypothecæ in omnibus bonis, & in eo fundo igitur non potuit eo invito diminui, *l. si generaliter, C. qui pot. in pig. hab.*

Sequitur. *Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, &c:* Dixit Paulus, pactum prius, quod sine lege observatur, beneficio exceptionis prætoricæ infringi posteriore pacto beneficio replicationis: ab eo pacto hoc

A loco separat pactum legitimum; quod lege speciali observatur, quoniam hoc pacto, si ipso jure prius sublata fuerit obligatio, & actio, veluti actio injuriarum ex *l. 1. 2. tab.* posteriore pacto obligatio semel sublata, & extincta ipso jure restitui non potest, *l. qui res, §. aream, de solut.* vel ut eadem *l. ait, §. 1.* quod penitus idem est, *semel parta liberatio revocari non potest,* à privatione ad habitum non est regressus, quia & in specie proposita, non ex pacto actio injuriarum nascitur, sed ex contumelia, ex re, ut ait *lex ex maleficio, de oblig. & act.* id est, ex delicto. Unde actio injuriarum? ex delicto, non ex pacto: proinde ex pacto neque nasci, neque renasci potest actio injuriarum, quæ expiravit ipso jure potestate pacti legitimi. Eademque est ratio, ut subjicit obligationum bonæ fidei, quæ nudo consensu constituuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conditionibus, societatibus, mandatis. Quæ obligationes, si semel sublata sint contrario consensu re integra, quo genere ipso jure tolluntur in totum: postea eadem ipsæ obligationes, quæ semel ipso jure peremptæ sunt, novo pacto restitui non possunt. Sed, ut eleganter ait novum pactum proficit ad novam emptionem venditionem, si priori emptione contrario consensu sublata postea convenerit, ut aliis legibus ejusdem rei emptio venditio fieret. Pactum, inquit, proficit ad novam emptionem: nam pactum transit in proprium nomen contractus, *l. 7. in prin. b. t.* E pacto confestim fit transitus ad contractum, & quod initio fuit pactum, desinit, sive exit in contractum, ut pactum arrharum, quod dicitur in *l. 3. C. quand. lic. ab emp. rec.* exit in contractum facta traditione arrharum, *l. contractus, C. de fid. infiru.*

Postremo ait, *quod si non ut totum contractum tolleret.* Dixit Paulus de pacto, quod sustulit totam obligationem empti venditi, nunc dicit de pacto, quod non totam eam tollit, sed minuit, vel auget aliquatenus, ut si post contractum emptionis venditionis, convenerit de minuendo, vel augendo pretio, quo genere pacto reformatur, renovatur, & quasi transformatur prior emptio venditio, etiam si fiat ex intervallo, quia est ex natura, & substantia contractus, quod eo pacto continetur, de pretio nempe, ex quo consistit substantia emptionis venditionis, sive natura. Quinimo etiam post semel contractam emptionem, convenerit de minuendo pretio, post rursus convenerit, ut priori pretio emptæ res esset, ut in *l. emptor, b. tit.* si posteriori pacto reditum sit ad prioris emptionis formam, sane illa pactio contractui inest, & pro parte contractus habetur, etiam si facta sit ex intervallo, ut *l. pacta, de cont. empt. l. 7. §. adeo, hoc tit. l. 2. de rescind. vendit.* Idemque ponit in contractu dotis, si prius in dote danda pacta sit mulier dotem, quæ consistit in pecunia numerata, reddi statim soluto matrimonio, deinde mutata sententia paciscatur, eam reddi legitimo tempore, id est, annua, bima, trima die, quod lege veteri est tempus legitimum reddendæ dotis, quæ in nummis consistit, annua, bima, trima die, non præsentis die, non statim: hoc pacto posteriori dos juri suo, & naturæ redditur, & quidem facilius, quam si aliud jus extra suam naturam doti imponeretur. Et ideo non possumus dicere illo pacto fieri deteriorem conditionem dotis, quod videtur tamen: quia quam placuerat reddi præsentis die, posteriore pacto placet non reddi præsentis die, sed tribus pensionibus annuis, id est annua, bima, trima die, nec sit deterior tamen causa dotis, quæ redditur naturæ, juri, formæ suæ. An jus dotis lex fecit deterius? minime, quæ voluit dotem reddi annua, bima, trima die. Ergo nec jus dotis facit deterius pactum, quo cavetur idem omnino; & hæc, inquit, in fine hujus §. Scævola nostro placuerunt. Paulus semper solet Scævola suum dicere, a quo profectus fuisse videtur, ut in *l. 6. de reb. auct. jud. possid. l. 38. de vulg. substit. l. 19. §. 1. de neg. gest. & aliis locis innumeris.*

A D §. illud nulla. In hoc §. Paulus incipit tractare de pactis quibusdam inutilibus. Ac primum si in contrahendo deposito, vel commodato convenerit, ne dolus malus præstetur ab eo, qui depositum, vel commodatum accipit, inutile pactum est, quia depositum, & commodatum sunt contractus bonæ fidei, & tale pactum contra bonam fidem, bonosque mores est, *l. contractus, de regu. jur. l. 1. §. ult. de pos. l. in com.*

commodato, in prin. commod. Si tamen post contractum A depositum, vel commodatum convenerit, ne dominus depositum reposcat, ne dominus depositi, vel commodati agat, valet pactum, l. 7. §. sed etsi paciscar, sup. hoc tit. Et depositario, vel commodatario prodest pacti exceptio, si conveniatur depositi, vel commodati actione, quamvis si quid in ea re depositarius, vel commodatarius dolo malo fecerit, ἢ δυνάμει, ut nostri loquuntur, id est, ipsa vi id pactus videatur, ne de dolo agat, quia de dolo actio inest omnibus bonæ fidei judiciis, l. 7. §. non solum, & l. 9. de dolo. Qua de causa & actiones bonæ fidei dicuntur esse de mala fide, id est, de dolo malo. Cicero 3. de nat. deorum. Inde, inquit, tot judicia de mala fide, tutelæ, mandati, pro socio, fiduciæ, & reliqua, quæ ex empto, vendito, locato conducto contra fidem fiunt bonam. Denique pactum ne depositi agatur, ut hoc loco Basilica ajunt, ἰσοδυναμῆι, pacto ne de dolo B agatur, & tamen valet, & agenti depositi, etiam si agat ex causa doli mali, obstat exceptio pacti conventi, quia quod illo pacto palam, & diserte agitur, honestum est, quia turpitudine tecta est verbis. Est & sane hoc in jure non infrequens, ut quod verbis expressum non valet, valeat tamen, etsi tacite contineatur. Unde dictum est expressa nocere, non expressa non nocere, & formulam actionis concipiendæ actionem famosam facere, vel non facere: si verborum invidiosam atrocitatem formula habeat, esse famosam actionem: si verbis lenioribus, & tectioribus composita sit, non esse famosam: si plane & diserte agas furti, actionem esse famosam, si rerum amotarum, vel si tibi dari oportere, quamvis causa, quæ actioni inest, sit turpis, & probrosa, actionem non esse famosam, l. cessat, de oblig. & act. Et hoc tradito in hoc §. illud inde Paulus generaliter definit in §. sequenti. C

AD §. Pacta, quæ turpem. Definit, inquam, Paulus in hoc §. pacta, quæ palam scilicet, & aperte turpem causam continent, non esse servanda, & addit aliud exemplum. Si paciscar ne furti agam, si mihi quandoque furtum feceris, vel si ve injuriarum agam, si mihi injuriam feceris, pactum non valet, quia turpem causam continet, & conventionem utilitati publicæ repugnantem, quia publice interest furti, & injuriarum pœnam timeri. Cujus vinculis hoc genere conventionis laxatur is, cum quo ea fit, & efficitur ad delinquendum audacior. Est igitur & hoc pactum improbum, & contra bonos mores. Denique pactum factum contra bonos mores nullius momenti est. Certe si pacta fuerint facta contra bonos mores naturales, contra jus gentium, ut si ancilla veneat ea lege, ut prostituatur, vel si contra reverentiam, quæ exhibenda est parentibus, & patronis, paciscatur quis cum parente, aut patrono, vel marito, ut eum condemnet in solidum, non in id, quod facere potest, l. alia, §. ult. sol. mat. Sed & si pactum fiat contra bonos mores civiles, nullius momenti est, ut in l. 15. C. de pact. Si in collocanda filia paciscatur pater, ut ea sibi filia ex æquo heres sit una cum fratre, quod vocant pactum ἰσομερίας, vel ἰσονομίας, non valet pactum, & tamen non est contra bonos mores juris gentium, sed contra bonos mores tantum civitatis Romanæ, quibus hujusmodi pactum exstimabatur esse nefariæ spei casum. Confertur enim in casum mortis paternæ. Et non esse id pactum contra bonos mores juris gentium ex eo apparet, quod postea etiam ab ea lege discessum est, Novella Leonis 19. Quo jure utimur, nec improbamus pactum ἰσομερίας. Quod si esset contra jus naturale, non posset nisi nefarie approbari. At post admis- E sum furtum, admittamve injuriam recte paciscimur, ne furti agamus, vel injuriarum, vel ne nobiscum agatur, quia tunc ejusmodi pactum rem tantum familiarem contingit, rem privatam, non publicam, ut superius pactum. Est sane hoc pactum legitimum, quoniam l. 12. tab. nominatim confirmatur, & idcirco furti, & injuriarum actionem perimit ipso jure, l. 6. l. 17. §. 1. hoc tit. l. 13. C. de furt. l. 18. C. de donat. injuriarum actionem ex illa lege, si membrum rupsit, ni cum eo pacit, & c. furti ex illa, si adorat, furto quod nec manifestum escit, ni quis cum eo pacit, duplione damnum decideris, quod est, pactus fuerit, vel transegerit. Si paciscar ne depositi agam, ipso jure non perimitur actio de-

positi, nec reo pactum prodest, nisi opponat exceptionem pacti, quia non est legitimum: at si paciscar, ne furti, vel injuriarum agam, non est reo necessaria exceptio pacti, quia ipso jure pacto tollitur actio, id est, ex 12. tabul.

Sequitur in hoc §. etiam si paciscar, ne experiar interd- cto unde vi, si tu me possessione dejeceris, non valere pactum, quatenus, inquit, ut sæpissime loquuntur nostri juris auctores, id est, quoniam, ut Græci παρ' ἄρον, quatenus, id est, quia publicam causam tale pactum contingit, quia publice interest in civitate libera nihil agi per vim, vel ut dixit sup. quia publice expedit hujus delicti timere pœnam: & ad extremum Paulus ita concludit, & in summa si pactum conventum à re privata remotum sit, non est servandum. Ubi ut jam olim ostendi, series ipsa, & consequentia rei propositæ, ostendit satis aperte pro re privata, esse legendum re publica, quoniam de pacto dixit remoto à rep. id est, contrario utilitati publicæ, non de eo, quod respicit ad læsionem rei privatæ, sive familiaris. Et hoc esse verum etiam Ulp. ostendit in l. 7. §. & generaliter, inf. hoc tit. dum & pari modo concludit, & generaliter, quotiens pactum à jure communi remotum est, servari hoc non oportet, & præcise loquens addit, nec legari, id est, non posse legata relinqui, ut quid fiat contra jus publicum, & commune, ut in l. si quis inquilino, §. pen. & ult. de leg. 1. Et stipulationem quoque de ea re, quæ contingit causam publicam, & lædit, interpositam non esse servandam, sed omnino rescindendam. Et omnino ita est, qua de re pacisci non possumus, nec stipulari etiam possumus. Addit quoque non valere jusjurandum de eo adactum, puta ne quis agat furti, si ei fiat furtum, vel ne interdicto unde vi, si vi ejiciatur de possessione fundi sui. Qua de re igitur non valet pactum, nec jusjurandum quoque. Igitur verissimum est in jure, non majorem esse vim jurisjurandi, quam pacti. Ex pacto non nascitur actio jure civili, ex jurejurando quoque non nascitur actio: puta si quis etiam roganti juraverit, se daturum quid, aut facturum. Ex pacto legitimo nascitur actio, ut ex pacto pignoris nascitur hypothecaria actio ex edicto prætoris, quo illud pactum confirmatur nominatim. Ex jurejurando item legitimo nascitur actio, ut ex l. Julia, & Papia, si libertus juraverit se patrono donum, munus, vel operas officiales daturum, l. 7. l. 8. inf. de oper. libert. l. ult. de liber. causa: non est, inquam, major vis jurisjurandi, quam pacti: nec vel centies jurati, aut iterati pacti major vis est, quam aut jurati, simplicis pacti. Quod pactum non est servandum, nec jusjurandum. Et retro, quod jusjurandum est servandum, & pactum quoque servatur, datis à prætore exceptionibus, vel replicationibus, non actionibus. Et Anaxagoram ergo imitemur, quem Isocrates laudat, quod servaret, ὁμοίως τὰς ἐν τοῖς λόγοις ὁμολογίας, ὡς περ τὰς ἐν τοῖς ὅρκοις. Et non esse majorem vim jurisjurandi, quam pacti, demonstrat dictus §. & generaliter, & l. Stichum, §. naturalis, de solut. & l. 5. §. hac lege, & l. non solum, §. 1. de injuriis: & l. 1. §. pen. C. de natur. liber. ubi hæc semper simul eunt jusjurandum, & pactum. Conferamus autem, quod Ulpian. ait d. §. & generaliter, cum eo, quod Paulus ait hoc loco, ut constet ratio emendationis nostræ. Ait Ulpian. & generaliter, Paulus hoc loco, & in summa, quod idem est. Ulpian. pactum à jure communi remotum. Ergo & Paulus pactum à re publica remotum, non à re privata, quod à jure communi remotum est, idem etiam remotum est à re, vel utilitate publica: nam juris communis finis est utilitas publica. Et præterea Ulpian. ait, servari hoc non oportere, Paulus, non esse servandum. Uterque igitur pactum, quo jus publicum impugnatur, pactum, quod est contra formam juris civilis, vel, ut est in edicto prætoris, pactum, quod est adversus leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta principum, quoque fraus, cui eorum fit, non esse servandum in l. 5. de pact. dotal. l. unie. §. pen. C. de rei ux. act. l. consensu, §. ult. C. de repud. Proinde pacta tantum justa servantur, ut l. emptor, hoc tit. pactum justum esse, & ideo servandum, ut in l. Stichum, §. naturalis, de solut. iusto pacto, quod scilicet non sit adversus leges, plebiscita, eo perimi ipso jure naturalem obligationem, non civilem, nisi legitimum fuerit, neque enim idem est pactum justum, & legitimum: P23

Pactum justum est, quod congruit æquitati naturali: legitimum est, quod nominatim lege confirmatum est: hoc parit, & tollit actionem ipso jure, illud non item: sed prætor id tuetur datis exceptionibus, vel replicationibus. Et ita non male quidam differentiam statuunt inter justum, heredem, & legitimum: potest enim quis defuncto esse legitimus heres, veluti proximus agnatus, nec tamen justus, veluti ingratus, inofficiosus, indignus. Magis justus heres eligitur, quam nascitur. Apul. Apolog. Sciebat, inquit, intestati pueri legitimum magis, quam justum heredem se futurum. Adduntur in edicto prætoris, l. 7. §. prætor, hoc tit. pacta dolo malo facta, quæ etiam prætor significat, se non servaturum: pacta dolo malo facta neque prætor servat, quomodo solet cætera, quæ bona fide sunt facta: neque etiam judex addictus bonæ fidei judicio in l. 3. communi divid. In veteri edicto auctore M. Tullio erat scriptum, quæ nec vi, nec dolo malo facta sunt: sed postea detracta est vis mentio, quia quodcumque fit vi, id dolo malo fieri videtur. Et ad idem exemplum, edicto quod metus causa, quod ita olim erat scriptum, quod vi metusve causa, pari ratione hodie detracta est vis mentio, l. 1. quod metus causa gestum erit. In edicto igitur de pactis translatitia illa erat exceptio, quæ nec vi, nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, & cætera, facta sunt. Quam exceptionem, cum edicto Bibuli Syriæ præsidis inter publicanos, & provinciales Atticus Ciceroni scripsisset, nimis esse gravis præjudicii in equestrem ordinem, ex quo publicani erant, ex quo ipse Atticus, & Cicero, quod ita sit præscriptum, pacta, quæ nec vi, nec dolo malo facta sunt: ideo Cicero rescribit se adhibuisse exceptionem ῥοδὸν μίσθων, sed rectiorem ex edicto Q. Mutii Asiæ Proconsulis, in hæc verba, extra quam si ita negotium gestum est, ut eo statim non oporteat ex fide bona: quod sane vi ipsa ita est, extra quam si quid vi, aut dolo malo factum sit. Cum vero Paulus docuisset pacta facta contra bonos mores: contra formam juris publici, contra utilitatem publicam non valere, mox subjicit in hoc ipso §. Etiam pacta, quæ de una re, vel persona facta sunt, in alia re, vel persona non valere, quod & pro ratione ponit superioris sententiæ. At enim, ante omnia animadvertendum est, ne conventio ea, quasi scilicet pactum, quod quis fecit contra utilitatem publicam, non noceat alii, eadem de re, vel alia re simili, quæ publicam causam respiciat, agere volenti. Integram igitur publico esse actionem, etiamsi quis quid pepigerit, secus, quam exigat ratio utilitatis publicæ.

Ad §. Si cum mihi. Ex l. 27. restat explicandus hic §. Cujus quæstio hæc est, si cum mihi deberes 10. paciscar ne petam 20. an tibi proficit pactum? Videtur non prodesse: quia quod pactum demonstrat, non est verum: neque enim 20. mihi debes, sed decem tantum. Et in negatione majoris numeri, vel summæ, non inest negatio minoris, non debes 20. ergo non debes 10. Vitiosa collectio est. Contra in affirmatione majoris numeri, inest affirmatio minoris: debes mihi 20. ergo debes decem. At quum paciscor, ne petam viginti, non nego, imo affirmo mihi deberi 20. sed paciscor, ne ea petam: ergo & hoc paciscor, ne 10. petam: & debitori, qui debet 10. tantum, prodest pactum beneficio exceptionis pacti conventi, aut saltem beneficio exceptionis doli mali subsidiariæ. In majori summa minor inest, pactum de non petendo est remissio, remissio autem majoris summæ, & minoris utique remissio est. Idemque obtinet in acceptilatione, si is, cui debentur 10. accepta ferat 20. quia debitor liberatur, l. 15. de acceptil. Idem est in liberatione legata, si heres debitorem in decem damnatus sit liberare in 20. neque enim ideo minus liberatur debitor, aut liberari debet in 10. l. non solum, §. 1. de liber. leg. Idem est in ademptione, si is, qui legavit decem, ademit 20. quia totum legatum ademptum censetur, l. 3. §. si quis plus, de adim. leg. Quia quæ superadjicitur pro supervacuo est, vel pro non scripto, contra vero, remissio minoris quantitatis, quæ fit pacto convento, non remissio majoris. Ideoque si cum debet 20. paciscar ne 10. petam, postea petenti mihi 20. non obstat exceptio pacti in totum, sed in partem dimidiam tantum. In minori summa non inest major. In

A affirmatione minoris summæ, non inest affirmatio majoris. Contra in negatione minoris summæ, inest etiam negatio majoris. Et hæc ad §. si cum decem.

Ad §. Sed si stipulatus, &c. At quid dicemus, si cum ex stipulatu mihi deberes Stichum, aut 10. sub disjunctione, & electio, ut solet, in stipulationibus disjunctivis esset tua dandi, utrum malles, vel 10. vel Stichum, si paciscar de 10. non petendis, vel, ut loquitur, quia electio tua est, de decem à te non præstandis mihi. Et in §. hoc ostenditur, mihi petenti Stichum, aut 10. sub disjunctione juxta formulam stipulationis, vel mihi petenti Stichum tantum, obflare exceptionem pacti in totum, hac ratione, quia ut solutione unius rei debitor, cujus est electio, ut vel det 10. vel Stichum, liberaretur in totum: quod est certissimum, quia non utrumque debet, sed alterutrum, quod ipse elegerit, ut, inquam, solutione unius rei debitor, cujus est electio, omnimodo liberaretur, & acceptilatione similiter unius rei, & petitione, ut ait in §. seq. quæ est novatio necessaria, quæ fit per litis contestationem, etiam tota solveretur obligatio, d. l. non solum, §. 1. ita pacto de una re non petenda interposito, consequens est, totam obligationem submoveri per exceptionem pacti, perinde atque si una illa res soluta, vel accepto lata, vel petita esset: sed iis modis ipso jure tolleretur obligatio, pacto non tollitur ipso jure, sed tuitio- ne prætoris, data exceptione pacti conventi. Ergo sicut is, qui debet 10. aut Stichum, omnimodo liberaretur solvendo 10. vel si creditor ei accepta ferat 10. vel si creditor ab eo petat 10. judicio accepto, ita & liberatur per exceptionem, si creditor paciscatur, ne petat 10. vel si paciscatur, ne petat Stichum. Sed hoc ita procedit, nisi actum sit inter debitorem, & creditorem specialiter, ut debitor non præstaret 10. non eligeret 10. sed, ut omnimodo præstaret Stichum, quia hoc casu pacti exceptio non obstat creditori petenti Stichum. Idem est e contrario, si convenerit, ne Stichus præstaretur, sed 10. Idem, si, ut ne alterutra res præstaretur. Nam & hoc casu tota obligatio non submoveretur, l. 4. de resc. vend. Quod autem ait hoc loco, acceptilatione unius rei, obligationem alterutram, sive disjunctivam in totum resolvi ei opponitur, l. 13. §. Stichum, de accept. quæ dicit, acceptolato Stichus, 10. manere in obligatione. Sed Accursius, quod erat facillimum, recte animadvertit in specie ejus §. si Stichum, ideo 10. manere in obligatione, quia acceptilatio Stichi nulla fuit. Proponitur enim, quis stipulatus, non ut hoc loco, pure 10. aut Stichum, sed sub conditione 10. aut Stichum, & pendente conditione stipulatorem accepto tulisse Stichum, qui nondum debebatur, quia nondum extiterat conditio, eundemque Stichum pendente conditione vita decessisse. Itaque in Sticho nunquam constitit obligatio: ergo nec acceptilatio. Ex quo fit, sola 10. si postea existat conditio stipulationis, esse in obligatione. Ad hæc quæri potest, si quis stipulatus sit Stichum, aut 10. utrum ipse vellet, atque ita electio fuerit creditoris, non ut supra, debitoris, an si paciscatur creditor de non petendis, vel postea non eligendis 10. an in totum solvatur obligatio posita exceptione pacti conventi? Et ut ostenderet Paulus, quod & hoc libro forte sollicitius, & verbosius explicuerat, hoc casu integram esse creditori electionem Stichi: utitur exemplo hominis generaliter debiti creditori, quem scilicet ipse creditor eligeret: utitur hac comparatione, non inconcinne: nam & is, cui debetur homo generaliter, est similis ei, cui debetur Stichus, aut 10. ut aperte ait l. cum is, §. ult. de cond. indeb. Nec quidquam distat hac in re, vel alia ferre ulla, obligatio alternata ab obligatione generis. Quod si creditori debeatur homo generaliter, quem elegerit ipse ex universa familia debitoris, hæc obligatio non in totum perimitur, si creditor paciscatur Stichum non peti, & non eligi: sed petenti quidem Stichum obstat exceptio pacti: alium autem hominem petenti, nulla obstat exceptio, sed si generaliter. Et ita est proditum ex Juliano 54. Digestor. in l. qui hominem, de adimend. leg. Et ait ei, cui homo legatus est, ei, cui homo generaliter debetur ex legati causa, hominis electionem esse constare legatarii: ei, inquam, ad eundem.

adempto Sticho, integrum esse hominis petitionem, & Stichi tantum electionem ademptam videri. At si electio fuisset debitoris, posui fuisse creditoris, cui debebatur homo generaliter, & ostendi pactum de uno certo homine non petendo, non perimere totam obligationem. Nunc dico ex diverso, si debeat homo generaliter, & electio fuerit debitoris, ut acceptilatione Stichi tota obligatio perimeretur, sicut ex eodem Juliani libro refertur in l. 13. si ei, qui hominem, de acceptil. ita & pacto interposito de non petendo, vel non præstando Sticho, in totum perimi obligationem, & indistincte (quod notandum) sive homo generaliter debeat, sive Stichus, aut 10. Et creditor, qui habet electionem, paciscatur de homine certo, vel de re altera non petenda, non sibi omnem electionem abstulisse videtur, sed electionem ejus rei tantum, vel hominis, quem quamve se non petiturum cavit, non videtur, inquam, totum jus suum remisisse, sed extenuasse tantum, aut imminuisse, si creditoris fuerit electio. Contra si creditor electionem non habuit, sed debitor paciscendo, ne rem, vel hominem certum præstet: vel creditor ne rem, vel hominem certum ab eo petat, remisisse videtur obligationem totam, nisi aliud expresserit. Cur si id sensit non expressit: In obscuro procliviores sumus ad liberandum, quam ad obligandum, l. Arrianus, de oblig. & act. Obscura est creditoris voluntas, qui non expressit, totam obligationem tolli, an minui velit. Itaque creditor sustulisse, & remisisse videtur totam obligationem, qui electionem non habuit, qui minuendæ obligationis facultatem non habuit, cum ejus non esset electio. Denique, aut nihil egisse videtur, aut sustulisse totam obligationem. Hinc apparet ratio differentiarum.

Ad §. Item si pactus. Ostendit eum, qui pactus est, ne hereditatem petat, non posse ut heredem res singulas petere, quia tametsi res singulæ hereditariæ non sint partes hereditatis, sunt enim corpora, & hereditas res est incorporalis: res igitur hereditariæ non sunt partes hereditatis, tamen habentur pro partibus, ut qui remisit hereditatem, vel qui cavit eam se non petiturum, etiam res singulas, ut heres petere non possit. Et recte, ut heres, quia alio jure, quam hereditario res singulas petere potest, quatenus eas tunc non petit quasi partes hereditatis, vel quatenus alio jure agendo, non possunt res singulæ haberi pro partibus hereditatis: nam non petuntur ut hereditariæ, aut partes hereditatis, sed forte ut emptæ, vel donatæ. Et eodem modo, qui pactus est, ne navem, vel domum peteret ex stipulatione, dissoluta nave, diruta domo non potest ex eadem causa res singulas petere, nisi aliud specialiter actum sit: quia revera, etsi res singulæ navis, aut domus, non sint partes domus, aut singulæ tabulæ navis, singula armamenta non sunt pars navis, partes navis sunt proa, puppis, carina: singula cæmenta, singuli lapides, parietes: singulæ diætæ non sunt pars domus, partes domus sunt nobis duæ, solum, & superficies: Aliis, tres domus partes, contignatio, fundamentum, & superficies. Singulæ tamen res navis, partium instar obtinent, & ideo, qui paciscitur, ne petat navem, aut domum, dissolutis iis, nec singulas res petere potest, ut in l. nave, de evict. l. 13. §. illud, de acceptil. non potest, inquam, petere res singulas ex eadem causa, ex qua cavit se rem integram, & universam non petiturum. Nam ex alia causa potest petere res singulas, l. 7. §. & quidem, de except. rei jud. Sic etiam si paciscar, ne fundum petam, qui mihi forte debetur ex causa legati, non possum petere usumfructum ex ejusdem legati causa, quia etsi usumfructus non sit pars fundi, est enim jus incorporale, fundus res corporalis, tamen pars fundi esse censetur, partem instar obtinet, quia omne emolumentum fundi continet. Quod latius exposuimus lib. 2. ad l. 4. de usus. Et addendum hoc tantum nunc ad ea, quæ in illum locum diximus, hac in re non esse aliam rationem acceptilationis, & aliam pacti: Quia, qui fundum accepto tulit, non potest petere usumfructum: qui domum accepto tulit, non potest petere cæmenta, marmor, aut fenestras, aut parietem, aut diætam: sed ut in d. l. 13. §. illud, is, cui debetur fundus, nihil agit accepto ferendo usumfructum: sicut is, cui debe-

atur domus, nihil agit accepto ferendo cæmentum, aut fenestras. Itaque si in utroque eadem ponatur species, iidemque termini retineantur, invenies idem juris esse in acceptilatione, quod in pacto, & contra.

Ad §. pen. Si acceptilatio. Ex §. pen. hoc tantum notandum est, acceptilationem inutilem esse, ut puta, si accepto feratur, quod re, aut consensu debetur, non verbis: nam acceptilatione, quæ fit verbis hoc modo, *acceptum ferere, acceptum fero*, non tollitur, nisi obligatio, quæ verbis contracta est. Inutilis igitur est acceptilatio, si acceptum feram, quod mihi debetur ex causa mutui, non ex stipulatione, vel si velim accepto ferre, quod mihi debetur ex causa mutui, debeo prius causam mutui transferre in stipulationem Aquilianam, deinde acceptum ferre. At prætermissa ea stipulatione Aquiliana inutilis est acceptilatio, si acceptum feram, quod mihi ex causa mutui debetur, non ex stipulatione. At quæritur, an inutilis acceptilatio habeatur saltem pro tacito pacto de non petendo, ut debitor liberetur, non ipso jure, quia acceptilatio non valet: sed per exceptionem quasi pacti, & jure conventionis: & nisi aliud actum sit, nisi contra sensum sit, ut ait Ulpian. definitur hoc loco in §. pen. & in l. 8. & 19. de acceptil. & l. 5. de rescind. vend. inutilem acceptilationem valere, ut pactum de non petenda pecunia, quia id acceptilatione agitur, ut obligatio solvatur, ut remittatur debitum. Ergo ut non petatur. Denique acceptilationi inest pactum de non petendo. Et licet non valeat acceptilatio, pactum tamen, quod ei inest, valet: nam pacto tollitur quæcunque obligatio, etiam, quæ verbis non est contracta. Inutilis ergo acceptilatio habetur pro tacito pacto. Et tamen, quod potest objici, inutilis stipulatio de dando, ut puta si facta sit inter absentes per epistolam non habetur pro pacto, l. 1. §. si stipulanti, de verb. obl. Cur ita: quia stipulatione id agitur, ut obligatio contrahatur, quæ ex pacto nulla esse potest. Eadem ratione inutile jusjurandum, quo quis jurat, se aliquid daturum, vel facturum, non cedit pro pacto, quia id agitur, ut obligatio contrahatur, & pactum non est modus contrahendæ obligationis, l. si quis pro eo, in princ. de fidejuss. Inutilis stipulatio etiam non habetur pro constituto; quod vocant *ἀντιποινήσιον*, quia non animo constituentis, sed stipulantis id agitur, cum nec constitutum consistere possit, nisi aliqua præcesserit obligatio: constitutum enim, sive *ἀντιποινήσιον*, est accessio, l. 1. §. eum, qui, de const. pec. & hæc de constituto. Fidejussio quoque inutilis non valet, ut jussio, l. 1. §. sed & si servi, quod jussu, l. si domina, ad SC. Vellej. puta, si dominus, vel pater pro servo, aut filio fide jubeat inutiliter, non tenetur actione prætoria, quod jussu, quia non ut pater, vel dominus fidejussit, sed ut extraneus, & ex jussu solus pater tenetur, vel dominus, non extraneus. Addere etiam licet, inutiles etiam nuptias non haberi pro sponsalibus, l. quæsitum, de spons. l. cum hic status, §. pen. de donat. int. vir. & ux. quia, inquit lex, jam non fuerint sponsalia. Qua ratione etiam inutile testamentum non habetur pro codicillis, quia codicilli non fuerint, quia codicillos facere noluit defunctus, sed testamentum, quod voluit non potuit, aut non jure fecit. Ideoque inutilia testamenta non aliter, ut codicilli valent, aut ut fideicommissariæ voluntates, quam si id expressum sit adjecta clausula codicillari, quæ sic vocatur, *si non valet, quod ago, ut ago, valeat, ut valere potest*.

Ad §. Ultimium. In extremo hujus l. ostenditur, servum hereditarium, id est, servum sine domino, quamdiu hereditas jacet, nec dum adita est: servum, inquam, hereditarium frustra pacisci L. Titio, qui forte heres institutus est, vel qui defuncto heres futurus est ab intestato, antequam adeat hereditatem, quia is servus nondum est in ejus potestate, & alteri stipulamur inutiliter, in cujus potestate non sumus. At in rem, & generaliter servus hereditarius recte paciscitur, nempe hoc modo, *ab herede futuro non peti, vel quod defunctus debet non peti*, & prodest pactum heredi postea facto aditione, l. 16. & 28. §. ult. & l. 35. de stip. serv. Ubi etiam hanc rationem reddit, cur pactum, quod servus hereditarius fecit in rem, jacente hereditate, prodest heredi postea

Ita facto. Cur etiam stipulatio interim ab eo facta in rem, A
puta hereditati, vel heredi futuro adquiratur, heredi postea
facto, quia, inquit, post aditionem heres retro intelligitur
defuncto successisse à tempore mortis, quia & à tempore
mortis heredis familia funesta est: quam rationem sumit
illo loco Cujus ex jure prisco, seu Pontificio, à die mortis
testatoris heredis postea aduentis, familia funesta esse in-
telligitur. Nam impura, & funesta manet, quoad heres ex-
stiterit, perfecit, & expleverit certa quaedam sacrificia, &
piacula, ut docet Cic. ad Heren. lib. 2. de legib. Varro lib. 4.
de ling. lat. Gellius lib. 16. cap. 4.

Ad L. XL. ad Leg. Aquil. In lege Aquilia; si deletum chiro-
graphum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi pecunia
debita fuerit, & interim testibus quoque id probare possim, B
qui testes possunt non esse eo tempore, quo conditio exstiterit,
& si summam re exposita, ad suspicionem judicem adducam,
debeam vincere. Sed tunc condemnationis exactio competit,
cum debiti conditio exstiterit. Quod si defecerit, condemnatio
nullas vires habebit.

Pertinet hæc lex ad edictum Prætoris de edendo, sicut
& malæ aliæ, quas supra exposuimus. Ex eo edicto
datur actio in factum adversus argentarium, vel nummulari-
um, vel mensularium, qui rationes nostras mandatu no-
stro confecit, si postulantibus nobis rationes edi, quæ ad
nos pertinent, & hoc ipsum decernente Prætoris, eas do-
lo malo non edat, & exhibeat. Et competit hæc actio in id,
quod nostra interfuit eas rationes edi eo tempore, quo id
decrevit Prætor, & quo nos postulavimus, etiam si postea
nostra interesse defuerit, ut inferius explicabitur. Ideoque C
pœnalis hæc actio esse videtur, quia & ei competit, cujus
interesse defuit, ac propterea nec post annum datur, neque
in heredem ex dolo defuncti argentarii, vel nummularii.
Nam ex dolo proprio etiam heres ejus tenetur, qui ratio-
nes, quas penes se habet, edere detrectat. Quæ omnia
comprobantur l. 6. §. ex hoc edicto, & l. 8. & l. 10. §. ult.
& l. ult. de edendo. Itaque, si quis litem, quam cum alio
habuit, amiserit, ob non editas rationes, & exhibitæ sibi
eo tempore, in quibus prolatis causam suam tueri, & tenere
potuisset, rem amissam, & sumptus in eam rem factos ab
argentariis hac actione in factum consequetur, videlicet,
si nunc is, qui litem amisit, vel argentario nunc edente ratio-
nes, vel alio modo eas rationes nactus, vel aliis instru-
mentis, aut testibus, quos litem tempore non habuerit in
manu, possit probare, se tunc vincere potuisse, si rationes
habuisset, se tunc iustam causam habuisse litigandi. Id exi-
go, ut nunc, quum agit adversus argentarium in id, quod
tua interfuit, probare possit, se potuisse vincere. Nam si
nunc id probare non potest, nec in factum agere potest
adversus argentarium, quia non apparet quantum interlit,
vel si tunc id probare potuit aliis probationibus, nec pro-
barit, & ob id litem amiserit, de se queri debet, non de
argentario, vel etiam si tunc id probarit, nec judex ullam
probationum rationem habuerit, de judice queri debet,
non de argentario, quia damnum quod patitur, est à judice,
non ab argentario, dict. l. 10. §. ult. de edendo. Ubi etiam
collenditur, quod omnino pertinet ad hanc legem 40. ean-
dem rationem observari, chirographo mihi subrepto, nec
interest quo chirographo, chirographo obligationis, an so-
lutionis: nam & apocha dicitur chirographum solutionis, E
l. creditor, de act. empt. dicitur etiam chirographum prædii,
pro instrumento emptionis prædii, pro tabulis auctoritatis,
l. pen. de leg. 3. Eandem igitur rationem servari quocum-
que chirographo mihi subrepto, verbi gratia, chirographo
creditæ pecuniæ, quo pecuniæ mihi debitæ probatio conti-
netur: nam ita demum mihi competit conditio furtiva,
& actio furti, ut dupletur quantitas chirographi, si ante
non potui, quod mihi chirographum esset interceptum,
probare, mihi deberi pecuniam, aut me pecuniam solvisse,
& ob id litem amisi, & ob id lite cecidi: nunc vero id pos-
sum probare aliis probationibus, vel testibus, & signatori-
bus chirographi, quibus tunc aliqua ex causa uti non po-
tui, quia ita proba mea interfuisse non subripi chirogra-

phum: nunc vero defuisse interesse novis probationibus
emergentibus, & nihilominus ratione damni præteriti mi-
hi competit actio furti, & conditio furtiva. Eodemque
modo chirographo mihi corrupto, & deleto, ita ut legi
non possit, ita demum mihi competit actio legis Aquiliæ
de damno dato, si ante deleto chirographo, cum agerem
de credita pecunia, probare non potui, quanta mihi pecu-
nia deberetur, & ob id victus litem amisi: nunc vero id
probare possim, dict. l. 10. §. ult. l. quidam procurator, de furt.
l. 1. §. 1. & l. 42. hoc tit. quia, quo tempore subreptum,
& deletum chirographum fuit, potuit testibus, vel men-
sæ scriptura, ut ait l. qui tabulas, de furtis, vel aliis proba-
tionibus docere, quantum sibi deberetur, ejus nihil inter-
fuisse videtur, chirographum non subripi, aut non cor-
rumpi, quia nihil damni fecit, qui perdidit chirographum,
si ei suppetant aliæ probationes idoneæ, d. l. qui tab. §. inde-
potest, & §. seq. de furt. Qui vero id tunc probare non potuit,
& ob id litem amisit, ejus maxime interluit non subripi, aut
corrumpi chirographum, ac proinde ei competit actio furti,
vel actio legis Aquiliæ, quamvis postea ejus interesse de-
fuerit, repertis novis probationibus, quæ illo tempore ab-
ditæ erant, & occultæ. Et ita si pecunia mihi pure debita
fuerit, quæ chirographo continebatur. Quid si mihi debita
fuerit sub conditione, & pendente conditione subreptum
fuit mihi, vel deletum chirographum? & tunc probare te-
stibus possim, quantum mihi debeatur, qui possint mori
pendente conditione, quid fiet? aut qua ratione mihi con-
sulam, ut mihi sit salva probatio debiti, vel ut mihi sit sal-
vum id, quod mea interest? An statim agere possum ex lege
Aquilæ adversus furem chirographi, eumque, qui chirogra-
phum corruptit, aut interlevit? Quod non videtur, quia
antequam conditio exstiterit, mea nihil interest, quia nihil
mihi debetur, nihil interim quasi debitum petere possum.
Imo nec debitum iri certum est. Potest enim deficere con-
ditio obligationis. Imo & interim aliquatenus interest,
quia fieri potest, ut existentis conditionis tempore idem
per eisdem testes probare non possim, vel per alios, ut
puta, si pendente conditione testes vita decesserint, & ea-
tenus interest mea, nec conditionale chirographum mihi
corrumpi. Diuturnior est fides chirographi, quam testium.
Et ideo hoc etiam casu, antequam conditio exstiterit, ad-
versus eum, qui chirographum delevit, possum agere ex le-
ge Aquiliæ summam, ut ait, re exposita judici, & periculo
scilicet amittendæ probationis, si & testes ipsi interim pe-
rierint, ut ob hujus casus, & periculi suspicionem commo-
tius judex interim interroget, qui adhuc vivunt: &
reum etiam condemnet in futuri damni æstimationem, ut
Græci ajunt *ὡς τὴν μέλλουσαν συμπεσοῦσαν ζημίαν*, condem-
net, inquam, non tamen exigat judicatum antequam dam-
num contigerit. i. antequam exstiterit conditio æris alieni,
testibus jam ante defunctis: nam si conditio defecerit, vel si
existentis conditionis tempore superflites non fuerint, qui-
bus æs alienum satis abundeque probare possit, nulla con-
demnationis, sive judicati executio est, nulla pœna ejus,
qui delevit chirographum, qui damnum fecit, quia & id
judicatum factum est præmaturius, non tam rei judicandæ
gratia, quam probationis conservandæ, & constituendæ
gratia. Hæc est species sane elegantissima hujus legis, quæ
proponitur etiam in l. quidam 32. de furt. Quod ad hanc
legem Græci tractant, de argumentis, quæ *ῥεπιπέτα* vocant,
quasi in hac lege, quod ait, *judicem ad suspicionem addu-
cere*, vel si summam re exposita ad suspicionem judicem
adducam, quasi, inquam, judicem ad suspicionem addu-
cere, sit argumentis rem probare, & iudicis indubitatis: id
longe alienum ab hac lege est. Neque enim suspensiones, &
argumenta idem sunt. Livius 38. *suspensionibus magis, quam
argumentis reum pecuniæ captæ damnari*. Et Ulpianus in
l. absentem, de pœnis: non debere reum damnari ex suspicio-
nibus: qui tamen damnari potest ex argumentis, l. ult. Cod.
de probat. l. ob carmen, §. ult. de testib. l. 5. §. à Barbaris, de
re milit. l. unius, §. 1. de questionibus. Verum hoc loco, ju-
dicem ad suspicionem adducere summam re exposita, pu-
ta chirographum sibi esse deletum, superesse adhuc testes,
quibus probari possit, quantum sibi debeatur, sed eos te-
stes

stes mori posse antequam existat conditio, antequam peti- A tio pecuniæ competat. Id, inquam, est movere judici suspi- cionem mortalitatis testium, suspensionem ejus, quod hu- manitus testibus evenire potest pendente conditione, suspi- cionem damni, quod si testes interim moriantur, actor fa- cturus est per inopiam probationis, ut proinde iudex non expectato conditionis eventu testes interroget, & summa- tim de re cognoscat, ac judicet, & si res ferat, etiam ex de- licto condemnet reum, nondum tamen ab eo exigat judi- catum, sicut fit in l. 3. §. duæ autem, de Carbon. edict. Ubi ostenditur, cum mortuo parente filio impuberi, vel nepoti, vel pronepoti fit controversia status, & bonorum, plerum- que differri cognitionem in tempus pubertatis, data puero interim Carboniana bonorum possessione, ut habeat unde se tueatur, & aliat. Interdum tamen cognitionem repræsen- tari statim, si forte testes, qui veritatem insinuare possunt, B dilata controversia in tempus pubertatis, interim morituri videantur: facito eos esse jam defessa ætate, gravi, & mala valetudine. Qua ratione receptum est in civilibus causis *μονομερῶς*, absente altera parte, testes produci, & exami- nari posse ante litem contestatam, qui regulariter non in- terrogantur, nisi post litem contestatam, & judicium acceptum, cap. ult. extra, ut lite non contestata non procedatur ad test. summam autem hoc loco est summo tenus, non subtili- ter, ut l. 1. C. ut in poss. leg. non subtiliter causam examina- ri posse, id est, summam examinari, l. 3. §. 1. D. eod. tit. *παχυμερῶς* in Nov. 53. Vnde & locus communis Græcis interpretibus *πρὸς παχυμερῶς ἢ ἀκαθάρτως ζήτησεως*, de questione summaria; translatione sumpta à computatione ra- tionum, quæ fit per summas summarum, ut Plautus loquitur in Trucul. act. 1. sc. 1. non per minuta æra, minuta æris. C Acc. in l. 3. §. interdum, ad exhib. plures alios casus enumerat, quibus lis agi, res exponi, & causa cognosci summam solet, quod tamen semper fit sedente iudice pro tribunali, non de plano. Imo contraria loquuntur interpretes, qui pro eodem dicunt, summam, & de plano. Et nihil est præ- terea. Transeundum ad librum 4. ex quo quæ sumptæ sunt leges, fragmenta sunt, & reliquæ.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. IV. PAULI AD EDICTUM

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. de in jus voc. In jus vocare est juris experiundi cau- sa vocare.

Ad L. V. eod. Quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperis: pater vero is est, quem nuptiæ demonstrant.

Ad L. VII. eod. Patris adoptivi parentes impune vocabit. Quo- niam hi ejus parentes non sunt, cum his tantum cognatus fiat, quibus & agnatus.

L I B R O IV. ad edictum proposuit Paulus pœna- lia quædam judicia, quæ ex edicto Prætoris in eos dantur, qui aliter, quam oporteat, vel quo in loco, quibusque casibus non licet, adversarium suum vocaverint, & adduxerint in jus. Ex iis judiciis alia sunt communia, ut actio injuriarum: alia propria, quæ specie sua continentur, ut pœnales quædam in factum actiones. Actio injuriarum datur in eum, qui de domo, quæ cuique est per fugium ita sanctum, ut inde neminem in jus abripi fas sit, eam tamen ingressus invito domino, eum inde in jus abripuit, ut ex hoc libro proponitur in l. 23. de injuriis. Eadem actio injuriarum datur in eum, qui non antestatum, qui intestatum in jus vocaverit, & duxerit, si credimus Porphyrii & Acroni in illum locum Horatii sat. 9. lib. 1. licet antestari? Ego vero oppono auriculam, rapit in jus, &c. Eadem quoque actio datur in eum, qui vocatum in jus, & pro rei qualitate offerentem idoneum fidejuss. iudicio si-

Tom. II. Post.

tti in diem, locumque certum, nihilominus manu injectum in jus ducit, quia sane, ut ait l. 5. §. ult. qui satisd. cog. non levis, non minima injuria est, duci, & abripi in jus, qui satis idoneum fidejuss. offert, & dat. Quod & hoc libro videtur scripsisse Paulus, cum ex eo sit l. 4. eod. tit. quæ de fidejuss. loquitur, iudicio sistendi causa dato, quem liberari docet, si reus intra diem, quo fidejuss. iudicio littere, & exhibere debuit, vita decesserit sine culpa fidejuss. Quo casu, ut ait, nec Prætor jubere debet eum exhiberi, jam homine defuncto, qui jam eum præstare, & exhibere non potest, nec quanti ea res est, eo nomine actori præstare, vel si hoc iusserit Prætor, forte per ignorantiam, aut forte si post iussum Prætoris, quo iussit sisti reum, ante diem, quo sisti debuit reus vita decesserit, fidejussor ex stipulatu non tenetur, quia in eo non fuit mora, nec ulla culpa fidejuss. in ea re versatur. At si post diem exhibitionis, id est, post diem, quo fidejussor eum exhibere debuit, is vita decesserit intra sex menses, quod Iustin. addidit novissime in l. 26. C. de fidejuss. quæ semel nata est in fidejussorem ex stipulatu actio, non extinguitur mortuo reo, morte rei, quia contingit post moram fidejuss. Idemque erit, si reus civitatem Rom. amiserit: nam peregrinitate veluti deportatione in insulam, rei quidem obligatio tota solvitur, l. si debitori, de fidejuss. sed non etiam fidejuss. obligatio, cujus dies jam cesserat, antequam reus ad peregrinitatem redigeretur. Quæ est sententia dict. l. 4. Actio autem in factum, pœnalis in 50. millia sesterium, id est, in 50. solidos, datur in eum, qui parentem, aut patronum non impetrata venia in jus vocavit, & duxit, l. 12. l. pen. & ult. de in jus voc. quam partem edicti etiam hoc libro 4. Paulus attigit. Et eadem quoque actio pœnalis in 50. solidos datur in eum, qui patrono, vel parente in jus vocato, uti oportet, impetrata edicti venia, & ne ducatur offerente fidejuss. iudicio sisti, eum fidejussorem accipere recusat, quasi non idoneum, non locupletem, & nihilominus in jus ducit parentem, vel patronum, l. 2. in jus voc. ut eant. Quod & hoc lib. attigit Paulus addita hac ratione in l. 3. eod. tit. quia qualiscunque fidejussor, id est, etiam non locuples, à parente, vel patrono, & aliis quibusdam necessariis personis obligatus, pro assiduo accipi debet, & locuplete, nec honeste ab eo desideratur locuples fidejuss. filius, vel nepos, vel libertus qualicunque fidejussore contentus esse debet. Est & alia actio in factum pœnalis, quanti ea res, qua de agitur, ab actore æstimata fuerit, etiamsi vera actoris æstimatio non fuerit. Et, ideo pœnalis est actio, quæ datur in eum, qui in jus vocatum, & sequentem, vel tractum, vi eximit actori, aut dolo facit, quo magis vi eximatur. De qua actione etiam hoc lib. Paulus agit l. 2. & 4. ne quis eum, qui in jus, &c. At sciendum est, priusquam hæc omnia traderet Paulus de pœnalibus judiciis, quæ ex iis causis descendunt, proposuisse eum, quod est in l. 1. de in jus voc. in jus vocare, esse juris experiundi causa vocare. Quibus verbis non definit quid esset in jus vocare, aut sane perperam definit, nempe vocare, per idem verbum vocare, & in jus per causam litigandi, vel quod idem est experiundi juris, cum tamen certo certius sit, his verbis non causam vocandi significari proprie, sed locum, ad quem vocatur adversarius, in quo est sella curulis, in quo est tribunal prætoris, vel præsidis, non pedanei iudicis, nam qui ad pedaneum iudicem, qui plano pede de causa cognoscit, vocat adversarium, in jus eum non vocat, ut aperte ostendit l. 3. §. pen. ne quis eum, qui: pedaneus iudex, nec jurisdictionem, neque tribunal habet, nec potest igitur, nisi inepte locus, in quo de causa sibi delegata cognoscit, jus appellari. Denique in hoc sermone in jus vocare, juris nomine locus significatur, ut illo, in iure confiteri, in iure interrogari proprie dicitur, non causa, vel lis, non item persona jus dicentis. Quamobrem integrior sermo hic est, ad prætorem in jus vocare. ad prætorem in jus ducere, ut lege 2. tit. seq. Ex quacunque causa ad prætorem, inquit, vel alios, qui jurisdictioni præsumt, in jus vocatus venire debet. Et l. Servilia ex 12. tab. ad iudicem in eum annum, qui ex hac lege factus erit, in jus ducito. Et apud Varronem ad prætorem in jus vocari posse, Edilem Curulem ad Prætorem à privato in jus esse ductum. Unde recte officios Instituit. §. ult. de pœna tem. litig. ubi vulgo ita

F 2

scri:

scriptum est, in primis adversarius in jus vocandus est, id est, A
ad eum, qui jus diciturum sit, esse legendum, in primis adver-
sarius in jus vocandus est ad eum, qui jus diciturum sit, cir-
cumscribendus articulus (id est) Nam juris verbo locus,
in quo jus dicitur, non is, qui jus dicit, intelligitur, vel cau-
sa, vel lis significatur, sed locus, in quo jus dicitur iis, qui
agunt, l. pen. de just. & jure, l. 4. de in jus voc. Sed quia
variae, & multiplices sunt causae vocandi in jus, veluti per-
hibendi testimonii gratia, vel judicandi, vel tutelae susci-
piendae, alteriusve publici muneris, l. 2. §. legatis, de judic.
vel litigandi, sive juris experiundi causa, ideo Paulus in hac
l. 1. de in jus voc. his verbis usus est, in jus vocare, est juris
experiundi causa vocare. Sed sub hoc tit. de ea tantum vo-
catione in jus loquitur, & agit, quae fit ultro citroque, juris
sui experiundi, disceptandi, obtinendi causa, non de ea,
quae fit ex aliis causis. Nam jus experiiri commune est ver- B
bum actoris, & rei. Ceterum ex aliis causis in jus vocamur
à viatore jussu magistratus juris experiundi causa, & ab ad-
versario ipso, qui litem facit, & provocat ad judicem etiam
sine jussu magistratus. Atque hic erat mos Pop. R. Ab
eodem quoque adversario, si eum statim non sequamur,
quem dixit, in jus veni, sequere ad tribunal, ut & in lauda-
tione Trajani, neque offeramus satisfactionem iudicio filii
in diem, locumque certum, testatione hujusce rei praemissa
etiam inviti ducimur, trahimur in jus, vel adstricta cervice,
vel pugnis in ventrem ingeltis. Idcirco invitum parentem,
vel patronum eo modo, vel more in jus ducere incivile,
imo nefas erat, quia inest in eo injuria, & irreverentia ma-
nifesta, nisi scilicet id praetor postulanti veniam edicti ex cau-
sa nominatim permiserit. Venia, quae hac in re postulatur
à praetore, ab edicto, venia est, quia edictum est prohibi- C
torium, l. 4. b. tit. ne quis vocet eum in jus, qui. Ut igitur vo-
care liceat, edicti venia opus est, l. ult. hoc tit. si sine venia,
inquit, edicti impetrata libertus patronum in jus vocave-
rit. Macrobius 7. lib. ab auctoritate, inquit, vestra, tanquam
ab edicto praetoris impetrata venia, &c. Ad hoc vero edi-
ctum inter caetera Paulus adnotavit, quod est in l. 5. hoc tit.
Nec liberos quidem spurios matrem in jus vocare posse sine
venia: matrem dicit, non patrem, quia, inquit, semper cer-
ta est mater, etiam si vulgo conceperit. Pater vero is est, quem
nuptiae demonstrant. Spurii sunt, aut intelliguntur esse
sine patre filii, maxime si ex stupro nati sint, aut puella
vulgari, qui dicuntur etiam publici pueri, quia non ut ma-
trem, ita & patrem naturalem certum habent, l. vulgo, de
statu hom. l. 4. unde cognati, l. dives, de capt. & postlim. l. 5.
C. de SC. Orfit. Et eleganter de hujusmodi puero, Calphur- D
nius Flaccus, in quo puero, inquit, nescio quid sit indignius,
verum patris origo, quod est dubia, an matris, quod certa est.
At spurii etiam adnumerantur, non quibus natura certus
est uterque parens, sed quibus neuter est civilis parens, ut
qui ex contubernio nascuntur, quae conjunctio servilis est,
l. 3. C. solut. matrim. l. 6. C. de suis, & leg. lib. l. 8. Cod. Theod.
de liber. caus. quoniam servi, ut Paulus ait 4. Sentent. neque
patrem, neque matrem civilem habere dicuntur. Adnu-
merantur etiam spurii, qui ex matrimonio illicito, & in-
justo nascuntur, §. si adversus, Instit. de nuptiis. Et aperte
Apulejus 6. Apol. legitima, inquit, nuptiae non sunt: ac per
hoc spurius nascetur. Ex quo intelligitur, neque injustum
matrimonium pro concubinato haberi, quia ex injusto ma-
trimonio spurii nascuntur, ex concubinato spurii non na-
scuntur. Est enim concubinatus, ut Julianus noster loquitur E
imitatio justii matrimonii, & consequenter, qui ex con-
cubinato nascuntur, etiam civilem patrem, matremque
habent. Ex iis etiam intelligimus, matrem esse semper cer-
tam, quod Paulus ait esse natura verum, non jure civili:
nam ex contubernio, vel ex injusto, & illicito matrimonio
jure civili, nec mater intelligitur esse certa. Natura autem
patrem esse certum non est semper verum. Certe non nisi
ex matrimonio, vel concubinato, vel contubernio natura
certus est pater, non ex conjunctione vulgari, quin & ex
legitimis conjunctionibus utique semper certior est mater,
quam pater, quia & partus plerumque multi testes sunt,
conceptionis nulli: mater scit certo se esse matrem, pater
existimat tantum se esse patrem. Qua de causa filium vi-

demus esse obariorem matri, quam patri, ut Menander ait,
his verbis:

Ἐστὶν δὲ μήτηρ φίλον τέκνον μᾶλλον
Et Homerus Odyss. α.

Μήτηρ μὲν τ' ἐμειρασι τῷ ἐμμένει, &c.

Eadem ratione dicemus, chariores nobis esse fratres ute-
rinos, quam matre diversos, quod illi certi sint fratres, hi
tantum esse existuntur. Libanius in Epist. ad Ulysem,
raram esse fratrum gratiam matre diversorum. Unde & He-
lena apud Homerum fratres suos ex eo potissimum desi-
gnat, & ab aliis distinguit, quod sint cognati eadem matre,
Iliad. γ.

Αὐτοκασιγνήτω, τῶ μοι μίᾳ γαίνατο μήτηρ.

Et item Hom. Iliad. 21. Lycaon Priami filius, & Laothoe,
ne ab Achille interimeretur, & occideretur, quasi Hec-
toris frater ob interemptum ab Hectore Patroclum Achil-
lis amicum, monet se non esse Hec-toris fratrem uteri-
num.

Μὴ μεκτεῖν, ἐπὶ, ἔχ' ὁμογάστρου Ἐκτορός ἄμι,
Ὅς τι ἐτάρων ἔπειθεν ἐνὴν τε κρατερὸν τε.

Nec igitur esse certum fratrem. Quamobrem & jure Athe-
niensium, de quo saepe Demost. cum germana ex patre
eodem, matre alia connubium fuit, non cum uterina sore-
re, quia certior est haec, quam illa, soror uterina. Ad haec
notavit Paulus in l. 7. hoc tit. etiam patrem adoptivum in jus
vocari non posse sine permisso praetoris, sed hoc interesse,
quod notandum, inter patrem naturalem, & adoptivum,
quod nec patris naturalis parentes in jus vocare possum si-
ne venia, & injussu praetoris, quia & hi mei parentes sunt.
Patris vero adoptivi parentes in jus vocare possum injussu
praetoris, quia parentes mei non sunt. Et in edicto praet-
oris non ut patroni, ita parentis parentes vetat in jus voca-
re, sed parentes suos tantum, l. 4. h. tit. Ideo autem patris
adoptivi parentes, parentes mei non sunt, quia qui me
adoptavit, non fuit in familia, & potestate parentum suo-
rum: alioquin non potuisset me adoptare, quia per ado-
ptionem id agitur, ut quaeratur sibi filium, quem habeat in
potestate. Et qui est in potestate patris sui, non potest fi-
lium proprium habere in sua potestate, l. 21. ad l. Jul. de
adult. Seneca 3. Declam. ne tricenario quidem filio adoptare
licet: neque enim quisquam alium recipere potest in manu-
suam, qui ipse in aliena manu est. Quod si adoptator, si
pater adoptivus non est in potestate parentum suorum, igitur
nec agnatus iis est: is, qui non est suus, nec agnatus est
igitur, l. de bonis 6. §. 1. de Carbon. ed. l. scripto, unde liberi.
Et is, qui adoptatur, iis tantum parentibus cognatus fit,
quibus adoptator agnatus est: iis, quibus adoptator cognat-
us tantum, non agnatus est, qui adoptatur, neque cognat-
us, neque agnatus est. Adoptio jus agnationis non cogna-
tionis adfert, l. qui adoptivum, de adopt. l. 7. & 10. §. si fi-
lius, h. t. l. ult. in fin. de bon. poss. cont. tab. Et haec est ratio
ejus, quod proposuit Paulus in d. l. 7. ubi adoptivum quo-
que patrem, dicit, non matrem, quia regulariter matris
nullus filius adoptivus, nulla mater adoptiva, ἐπὶ μητρός
ἔδους ἐκποιητός: mulieres nulla munera civilia, aut publica
obire debent, apud Isæum: Praeterea notavit idem Paulus
in l. 9. quod est in edicto praetoris de patrono, ne quis eum
in jus vocet sine jussu praetoris, id accipiendum esse, non de
eo tantum, qui ex servitute aliquem sua sponte, & gratuito
ad libertatem perduxit, sed etiam de eo, qui debitam praes-
titit libertatem, veluti ex causa fideicommissi: nam et si
possit in jus vocari, qui debet fideicommissariam liberta-
tem ad praetorem fideicommissarium, ut eam praestet, l. vis,
de judic. l. de libertate, de fideicommissi. libert. tamen post
manumissionem impune in jus vocari non potest, d. l. 9.
& l. 24. de excus. tut. nam & huic patrono debetur reve-
rentia, qui non gratuitam, sed debitam praestitit liberta-
tem, tamen si nullum videatur beneficium contulisse, qui
servum fecit liberum ex necessitate, non ex arbitrio, l. si
servo fideicommissar. de hered. instit. l. proxime, de ritu nupt.
nam non est beneficium, quod quis dedit, cum ei non lice-
ret non dare, l. unum ex fam. §. 1. de leg. 2. Et nihilominus
huic quoque manumissori, qui ex necessitate manumisit,
praestanda est eadem reverentia, ne temere in jus vocetur.
Ad

Ad L. XI. eod. *Quamvis non adjiciat prætor, causa cognita se pœnale judicium daturum: tamen Labeo ait, moderandam jurisdictionem, veluti si pœniteat libertum, & actionem remittat, vel si patronus vocatus non venerit, aut si non invitus vocatus sit; licet edicti verba non patiantur.*

S Equitur ex eodem Pauli libro l. 11. prætorem in edicto quidem distincte polliceri, se daturum pœnalem actionem, & indistincte in eum, qui parentem, aut patronum in jus vocaverit injussu suo, nec addere, causa cognita, puta se eam actionem daturum causa cognita, sed moderandam tamen esse jurisdictionem, id est, interpretatione moderandum esse edictum prætoris, ut l. 2. C. de pignor. act. & si creditor, cui specialiter quædam, imo generaliter universa bona pignorerata sunt, iuncto prætoris æquale jus habeat in omnibus, & ut ipso jure possit ex rebus sibi generaliter & specialiter pignoreratis, quas velit eligere, & persequi actione hypothecaria indistincte, jurisdictionem ita esse temperandam, ut si possit suum jus ex rebus specialiter pignoreratis servare, ablineat à cæteris bonis. Causæ autem nonnullæ sunt, quibus is, qui parentem, vel patronum in jus vocavit injussu prætoris, absolvi debeat edicti pœna pecuniaria, vel pœnali, ut si filium, aut libertum pœniteat, si remittat actionem, si desistat ab incepto, pœnitentia nocens esse definit, perfectum delictum purgat pœna, imperfectum pœnitentia in l. qui cum major natu, §. accusasse, de bon. liber. in l. qui falsam, ad l. Cornel. de fals. Item si libertus patronum volentem in jus vocaverit, vel etiam si invitum vocavit tantum, non etiam duxerit, aut rapuerit, æquum est, ei remitti pœnam edicti, quæ est sententia legis 11. hoc tit.

Ad L. CVIII. de Reg. jur. *Fere in omnibus pœnalibus judiciis, & ætati, & imprudentiæ succurritur.*

Porro huic edicto, atque etiam cæteris, quæ sunt de in jus vocando coaptari debet lex 108. de reg. jur. quæ est ex hoc lib. 4. *Fere, inquit, in omnibus pœnalibus judiciis, & ætati, & imprudentiæ succurritur: ætati, puta, adolescentiæ: imprudentiæ, id est, rusticitati. Pœnale judicium est, si quis album prætoris corruerit: in eo judicio rusticitati succurritur, l. 7. de jurisd. pœnale judicium est, si quis in jus vocatus non jerit, in hoc quoque judicio rusticitati succurritur, l. 2. si quis in jus, quia minoribus ætate, & rusticis jus civile ignorare permissum est. Pœnale item judicium est, si quis parentem, aut patronum temere in jus vocavit, vel duxerit, verum in hoc judicio rusticitati non succurritur. Et ideo addit Paulus fere, l. 2. C. de in jus voc. quia reverentia, quæ his personis debetur, jure naturali debetur, cujus ne rusticis quidem ignari sunt: est enim juris naturalis cognitio diffusa in omnes. Extrema clausula erit de actione pœnali ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. &c. de qua Paulus in hoc libro in l. 2. & 4. h. t. ubi docet locum habere illius edicti pœnam, si vi exempta sit persona, quæ in jus vocari potuit, aut debuit, non si parens, aut patronus, quia si deliquit is, qui patrem, vel patronum in jus temere vocat, vel trahit; non delinquit igitur, qui eum trahenti vi eximit, & aufert: vel si uterque deliquit, ut Paulus argumentatur, quod potest tentari, quia uterque contra edictum facit, & qui parentem in jus vocat, & qui vi eximit: par tamen est delictum, & ideo quasi in pari delicto onerari potius petitor debet, qui est filius, vel libertus, quam alter, qui vi eximit, juxta l. cum par, de regul. jur. Cessare etiam docet hujus edicti pœnam, si quis vi eximit eum, qui alio, quam quo debuerat, in jus vocabatur, & quidem multo magis, quia non potuit ibi in jus conveniri. Fac fuisse forum incompetentens, vel locum inhonestum, & non idoneum, quo salvo more majorum, salva majestate prætoris jus dicere non posset, justa est, & impunita exemptionis causa.*

Ad L. IV. Ne quis eum, qui in jus vocatus, &c. *Sed eximendi verbum generale est, ut Pomponius ait. Eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere, quoquo*

A modo auferre: ut puta si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quo minus in jus veniret, ut actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur: videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit. Sed & si eo loci retinuerit, non abduxit: his verbis tenetur.

Ad §. Item si quis eum, qui per calumniam vocabatur, exemerit, constat eum hoc edicto teneri.

Ad §. Prætor ait, neve faciat dolo malo, quo magis eximeretur. Nam potest sine dolo malo id fieri: vetui cum iusta causa est exemptionis.

A C postremo docet Paulus in l. 4. prætores in hoc edicto usos fuisse alias eximendi verbo, alias eripiendi, & latius patet eximendi verbum, quam eripiendi, quia eripere, est de manibus tantum auferre per raptum: eximere quoquo modo auferre, ut puta si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit eunti in jus, ut interim dies actionis, quæ erat temporalis, exiret, vel ut res, de qua erat controversia, interim deperiret, qui etiam ex hoc edicto tenetur pœnali actione, quamvis reum non tractum aliter vi exemerit: abstulerit, alio abduxerit, sed eo loci detinuerit, ne ultra progrediretur: nec mutari, si per calumniam in jus vocatum exemerit, nam & hunc teneri pœnali judicio, itemque eum, qui dolo malo fecit, quo alius eximeretur.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. V. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. IV. de Postul. *Item quibus propter infirmitatem curatorem Prætor dare solet.*

Ad LL. V. VII. IX. XII. & XIV. de his, qui notantur in fam.

L I B R O V. scripsit de iis, quibus per edictum postulare non licet: hi sunt infames, quorum integra exiitatio non est, qui tamen non prohibentur in totum postulare, ut pueri, & surdi, quos edicto prætor excuriavit, sic videtur legendum apud Ulp. l. 1. §. initium, de postul. excuriavit, quo etiam verbo usus est Varro, non excusavit, quia nec volentibus pueris, aut surdis jus postulandi est pro se, vel pro aliis. At infames pro se, & certis personis postulare possunt, veluti pro parente, patrono, liberis, parentibusve patroni, pro liberis suis, pro fratre, sorore, uxore, focero, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno. Hæ sunt certæ personæ, pro quibus infames postulare possunt. Quibus etiam addamus, & eos posse postulare pro pupillo, cujus tutelam administrant: neque enim infames à tutelæ munere repelluntur, & similiter posse postulare pro eo, cujus curatio eis data est, veluti pro adolescente, pro furioso, muto, surdo, prodigo, fatuo: nam his omnibus curatores dari solent, & qui dati sunt iis, postulare pro eis possunt, etiam si notati sint infamia, l. 3. de postul. Quibus adjecit etiam Paulus in l. 4. eod. tit. quæ prima se offert ex hoc lib. 5. eos, quibus propter infirmitatem curatorem prætor dare solet, id est, debiles ex morbo, quo levati sunt pronuper, ut in l. dabimusque in fin. de reb. auct. jud. pos. debilibus curatorem dari. Infirmitas plerunque morbo diuturnior est. Ad hæc recensuit Paulus hoc ipso libro, quosdam ex iis, quibus ex edicto prætoris inuritur infamia, ac primum quidem iis, qui famoso judicio suo nomine damnati sunt: suo, inquam, nomine, nam alieno nomine damnati famoso judicio, non notantur infamia, ut procurator, defensor, tutor, curator, qui conventus est amici absentis nomine, vel pupilli sui nomine, vel adolescentis, vel heres, qui conventus est nomine defuncti, sive nomine hereditario, non ex sua persona, l. furti, §. si quis alieno, de iis, qui not. infam. quod & in hoc lib. 5. Paulus comprobavit in l. 14. eod. Pinget dominus servi nomine furti, aut vi bonorum raptorum noxale judicium accepit, eoque pendente servum,

testa-

testamento liberum, & heredem fecit, & mox vita decessit, ab eo iudicium transfertur in servum testamento manumissum, & heredem institutum, qui tamen, si eodem iudicio condemnatur, non laborat infamia, quia non suo nomine, sed defuncti, sive hereditario nomine condemnatur, quippe cum lis in eum contestata non fuerit, nec in eum contestari potuit, sed in dominum. Ex qua ratione Paulus in *d. l. 14.* non damnari suo nomine eum, qui delictum admisit, si in eum lis non contestata fuerit, nec damnari posse, nisi alieno nomine ex ejus delicti causa, quod ipse admisit, si lis in ipsum non fuerit contestata, nec tamen hanc rationem in contrarium recurrere, ut scilicet, in quem lis contestata est, si alieno nomine contestata sit, puta servi nomine, noxali iudicio in dominum, vel quo alio iudicio amici absentis nomine, ut in procuratorem; ut in eum, inquam, in quem lis contestata est alieno nomine, condemnatio fiat suo nomine. Hoc neque dicendum, neque opinandum est: damnatur enim is, in quem lis contestata est alieno nomine, non suo, sed æque alieno nomine, & neque tamen ipse fit infamis, si iudicium famosum fuerit, quia, ut dixi, non suo nomine damnatur, neque is, cuius nomine damnatur, quia in eum lis contestata non est, *d. §. si quis alieno.* Ut ergo damnatus famoso iudicio fiat infamis, duo requiruntur, ut ipsemet suo nomine damnatur, æque ut in eum lis suo nomine contestata sit. Et observa, quod ait *d. lex 14.* ex eodem iudicio damnatum fuisse servum liberum, & heredem institutum à domino, qui acceperat iudicium noxale furti, servi nomine, ex eodem iudicio noxali, quod institutum fuerat adversus dominum servus condemnatur non suo nomine, sed domini defuncti nomine. Bene, ex eodem iudicio, nam si non eodem iudicio, sed diverso & novo iudicio, is, cui furtum factum est experiri velit in manumissum, ut potest, *l. 15. de noxal. action. §. omnis, Instit. eodem,* quia noxa caput sequitur, tum plane suo nomine damnabitur, & fiet infamis. Ad hæc quæri potest, an sicut damnatus suo nomine famoso iudicio infamis fit, ita & infamis fiat, qui paciscitur cum actore, & pecunia data se periculo liberat? Et sciendum est, turpia famosaque iudicia alia proficisci ex delicto, ut furti, vi bon. raptorum, injuriarum, de dolo malo, *l. 1. l. 4. §. ult. hoc tit. & adde, servi corrupti, l. nec quicquam § 6. pro socio.* Alia vero proficisci ex contractu, vel quasi ex contractu, ut mandati, depositi, tutelæ, pro socio. Et in iudiciis quidem famosis, quæ ex delicto proficiscuntur, non tantum, qui damnatus est, sed & qui turpiter depectus est dato, vel modico pretio, notatur infamia, *l. 1. b. t. l. 18. C. eod. l.* Quia ut ait Paulus in *l. 5. h. t.* quæ ex eod. lib. *qui paciscitur, crimen confiteri intelligitur*: ne dicat tamen crimen in iure confiteri intelligi: quia si pactio pro confessione est, & pactio sit extra jus, ut fit: consequens est, confessionem illam extra jus factam intelligi: non ergo qui depectus est notatur infamia, & in verbo *depectus* inest turpitudine, sive significatur pacti turpitudine: neque enim, qui honeste paciscitur, depecti dicitur. Dico igitur, non notari infamia eum, qui depectus est, quod non pro damnato habeatur, quia ea tantum confessio pro damnatione habetur, quæ fit in iure, *l. 1. §. quid si in lite, si quid in fraudem patroni, l. post rem, de re judic. l. quidam, de donat. l. 4. §. pen. ad l. Jul. Majest. l. 4. C. de repud. hered. & Nov. 90.* Sed eum, qui conventus famoso iudicio ea de re cum actore depectus est, dicimus notari infamia simpliciter, quod pro confesso habeatur, qui corrumpit actorem, non quod pro damnato habeatur, quia non intelligitur in iure esse confessus. Et male igitur Acc. in *l. 5.* hæc duo esse paria, confiteri in iure, & pacisci extra jus. At idem bene, furem, qui rem furtivam restituit, quamvis & id fateri intelligatur, non ideo esse famosum, quia qui paciscitur, & se pecunia data redimit, turpiter facit: is, qui pœnitentia actus rem subreptam restituit, nihil turpiter facit, imo agit in ea re perquam honeste, & sancte, nec tamen re furtiva restituta, ideo minus conveniri potest furti actione, & damnatione fieri famosus: fur damnatione aut depectione famosus fit, non restitutione sola, nisi forte deprehensus fuerit, & coactus rem restituere. Restitutio

sola nullam irrogat pœnam, sed nec pœna liberat, *l. qui ex mente, de furt. l. pen. vi bon. rapt. l. 41. C. Theod. de hæretic. pœna,* inquit, purgatur crimen perfectum, non pœnitentia. Senec. 4. declam. *Tenetur,* inquit, *qui vulneravit aliquem, licet vulnus sanaveris, qui subripuit aliquid, licet deprehensus reddiderit.* Et hæc de iudiciis famosis, quæ ex delicto proficiscuntur, ex quorum causa, ut dixi, non tantum damnatus, sed & depectus notatur infamia. In iudiciis autem, quæ ex contractu proficiscuntur, tametsi damnati notentur infamia, pacti tamen non notantur, *l. 7. b. t.* quæ est ex eod. lib. Paul. Et ratio varietatis hæc est, quia ex his causis, quæ veniunt ex contractu, non tam turpis est pactio, quam ex superioribus. Et ut est in *Instit. §. pen. de pœn. tem. litig.* plurimum interest, utrum quis ex delicto, an ex contractu debitor sit. Cum hoc enim mitius, quam cum illo agi æquum, & bonum est. Hæc differentia turpium iudiciorum etiam in edicto notatur his verbis, *qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo, & fraude suo nomine damnatus pactusve erit, &c.* Sequitur, *qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine, non contrario iudicio damnatus erit, l. 1. D. de his, qui not.* Non repetit hoc loco *pactusve*, quia ex his causis, qui pactus est; etiamsi pretium numeraverit, non notatur infamia. His adjecit Paulus, etiam infames esse mulieres, quæ non elugent maritum tempore legitimo, ut *l. 2. C. de secur. nupt.* non quæ non elugent sponfos, *l. 9. hoc tit.* quæ est ex eodem lib. Paul. Sponsi, inquit, nullus luctus est. Basilica, ut tollatur omnis ambiguitas, *ἢ μνηστὴρ ἢ κενδεὶ τὸν μνηστῆρα.* sponsa non luget sponsum: uxor luget maritum, non sponsa sponsum. Uxoris quoque, ut ait Paulus in eadem *l. 9.* nullus luctus est, maritus non luget uxorem. Cur sponsi nullus sit luctus, non est ea ratio, quam adfert Accursius in hac *l.* quod in sponsa non vereamur turbationem sanguinis, quæ nunquam fuit cum viro. Nam etsi *l. 1. l. hoc tit. §. 1.* dicat solere viros elugeri propter turbationem sanguinis, ne fiat scilicet dubius sanguis, & genus incertum post mortem viri prioris, re habita cum alio, antequam exierint 10. menses, vel annus integer, ut hodie obtinet, *δια τῆς γονῆς ἀδελφῶν,* ut ait *l. 52. C. de Epif. & Cler.* hæc ratio mihi non probatur, quia non in eo tantum consistit luctus mulieris, quem debet defuncto marito præstare, ut vidua permaneat annum, ut abstineat secundis nuptiis, sed etiam, ut Paulus ait *§. sent.* ut abstineat conviviiis, ornamentis, & purpura, & alba veste. Et hic vero honor præcipue debetur maritis, non sponsis. Nec æquum est eundem honorem exhiberi sponsis, quem maritis, neque vivis, neque mortuis, & marito etiamsi nunquam fuerit cum uxore, puta si, ut Accursius in hac *l. 9.* ait, uxorem duxerit per verba de præsentibus, quia nudus consensus nuptias facit, non concubitus, qui modo exprimitur his omnino verbis? *Accipis me? accipio,* aut similibus, id est, eandem vim obtinentibus, ut in *cap. 9. & cap. pen. extra de sponsal.* verbis solemnibus, & legitimis, præcipue illis *accipis; accipio:* nec desunt, qui velint addi his verbis *accipis? accipio te,* per verba de præsentibus nominatim. Qua in re tamen cujusque ecclesiæ consuetudo observanda est. Denique nuptiæ non fiunt quibuscumque verbis præsentis temporis: non iis, *vis me, volo,* quibus nec sponsalia contracta intelliguntur, *d. c. pen. cap. 3. & 4. de sponsa duorum.* Qua de re etiam omnium optime Durandus, Magister sententiarum, & Thomas in Summa, quorum sententia, & opinio omnium consensum meretur, & notanda diligenter, quia dirimit multas controversias, quæ quotidie occurrunt. Adjecit etiam Paulus, notari infamia eum, qui viduam duxit intra tempus luctus, nisi eam duxerit iussu patris, in cuius potestate est: hic enim venia dignus est, qui patri obtemperavit in leviori delicto: si atrox esset delictum, venia indignus esset, quia mortem subire potius debet, quam atrox delictum jubente patre committere: at, qui leve admisit jubente patre, in cuius potestate est, venia dignus est, *l. 1. §. ult. hoc tit.* Igitur venia dignus est filiusfamil. qui jubente patre viduam duxit intra tempus luctus, nec incidit in pœnam, si postea liberatus patria potestate, eam retinuerit, qui scilicet in pœnam non incidit ab initio

contrahendi matrimonii, nec ex post facto incidit. Et hæc est sententia legis 12. hoc tit. quæ est ex eodem libro Pauli. His adjecit notari quoque patrem, qui patitur filiumfamilias ducere viduam intra tempus luctus, l. 11. §. ult. Et simili modo notari eum, qui eodem tempore bina sponsalia, binasve nuptias constitutas habet, aut ex sententia edicti, qui nuptias, & sponsalia, l. 13. *Item si alteri, hoc tit.* qui, inquam, bina sponsalia, binasve nuptias eodem tempore constitutas habet, suo nomine, vel etiam filii nomine, quem habet in potestate sua. Quo pertinet l. 13. *inf. de sponsal.* quæ est ex eod. libro, & ait, *filiosam. dissentiens. sponsalia fieri non posse.* Adjecit notari etiam patrem, qui patitur filiumfamil. bina sponsalia constituta habere: quia ipse videtur ea constituisse, filiosam. nomine. Sicut, qui patitur filiumfamil. aut servum hominem occidere, ipse occidisse intelligitur, l. 2. *in princ. de noxal. act.* Et pati videtur, qui quum prohibere potest, non prohibet, qui cum prohibere potest filiumfamil. ne viduam ducat intra tempus luctus, vel ne bina sponsalia constituta habeat, cum non prohibet: nam qui quum prohibere non potest, non prohibet, filiumfamil. nullum crimen patitur admitti. Et ita accipienda l. 109. de reg. jur. quæ est ex eod. lib.

Ad L. CIX. de Reg. jur. *Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, quum prohibere non potest.*

Nullum crimen patitur, id est, nullum crimen intelligitur pati filiumfamil. admittere, qui cum prohibere non potest, ne scilicet viduam ducat intra tempus luctus, non prohibet, vel ne bina sponsalia contrahat, non prohibet. Et ita vulgo legitur in hac l. *nullum crimen patitur, qui quum prohibere non potest, non prohibet.* Quam scripturam esse veram comprobatur connexio superiorum legum, ad quas nemo negabit & illam regulam juris esse accommodandam. Et tamen in Florent. & Basil. semper legitur affirmative, *nullum crimen patitur, qui prohibet cum prohibere non potest.* Quam scripturam docuit Bulgarus defendi posse non male, si referatur ad extraneum, non ad patrem, hoc sensu, ut nullum crimen patitur, aut pati intelligatur extraneus, qui non prohibet, qui non propulsat injuriam, quam quis alteri infert. Quod non est per omnia verum, l. *Cornelia, ad leg. Cornel. de fals.* ubi aperte definitur, eum, qui non prohibet adulterinos nuptios fieri, quum prohibere potest, teneri lege *Cornelia.* Itaque tutius est, sequi vulgarem scripturam, quam & omnino connexio superiorum legum evincit esse veram, *nullum crimen patitur, qui quum prohibere non potest, non prohibet.*



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. VI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XVI. Qui satisf. cogant. *Qui jurato promisit iudicio fisci, non videtur pejerasse, si ex concessa causa hoc deseruerit.*

Ad L. XV. de Jurejur. *Ad personas egregias, eosque qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad jurandum.*

LIBRO VI. ad edictum Paulus scripsit de cautione iudicio fisci, qua ex edicto prætoris dominus, vel bonæ, aut malæ fidei possessor, qui convenitur actione noxali, ut l. *non solum 1. de noxal. action.* qui convenitur, inquam, actione noxali servi nomine, promittit servum in eadem causa fisci, & exhiberi litis contestandæ tempore, ut vel noxæ dedatur, vel supplicium de eo sumatur extra ordinem, vel pro eo solvatur æstimationis damni. Et est ea quidem cautio, sicut & quælibet alia cautio iudicio fisci, vel satisfactio, vel nuda: repromissio, vel *restitutio*, id est, juratoria cautio pro qualitate

ejus, qui convenitur, l. 1. *inf. de ripe munienda, §. sed hodie hæc, Instit. de satisf. cog.* Egenus cavet iudicio fisci datis fidejussoribus, quæ satisfactio dicitur, nisi in dignitate aliqua positus sit: hic enim suæ promissioni juratæ committitur. Hoc obtinuit semper, & obtinet hodie ex novissimis constitutionibus, l. 12. *C. de prox. sac. scrinior. lib. 12.* Locuples, id est, immobilium rerum possessor, repromissioni nudæ committitur sine jurejurando, & sine fidejussoribus, ut l. *pen. qui satisf. cog.* in quo titulo etiam l. ult. notavit Paulus primum, ex hoc lib. 6. eum, qui juratoriam cautionem præstitit, qui jurato, non satisfacto promisit, servum, pro quo noxalis actio alicui competit, in eadem causa iudicio fisci, non videri pejerasse, si ex justa causa deseruerit promissionem iudicio sistendi causa factam. Fac valetudinem servi obtulisse, quo minus eum exhiberet, vel retentum fuisse servum à magistratu. Et ideo hoc casu, cum domino non recte agitur ex promissione, ex stipulatione, quod juratam promissionem deseruerit, & contempserit. Deserere promissionem est verbum in hac causa proprium l. 4. §. *quæstium, si quis caution.* Deserta, inquit, promissione iudicio sistendi causa facta. Ubi Alciatus quum legit *deserta*, nescio quid in animo habuerit. Et similiter in l. 5. §. 1. *eod. tit.* quo loco agit de pœna desertionis in stipulatum deductæ, si quis ad diem se, vel eum, pro quo promisit, non exhiberet in iudicio. Ita quoque deserere vadimonium dicimus. Præterea si is, quo cum agitur noxali iudicio, neget se servum in sua potestate habere, id est, se copiam habere ejus exhibendi, ut si dicat, servum esse in fuga, vel peregre, si hoc elegerit actor, jurare debet in sua potestate servum non esse, neque se dolo fecisse, quo minus esset, atque ita evitabit æstimationem litis, sive damni, sive noxiæ, quam servus commisit, & exonerabitur præstatione cautionis iudicio fisci, l. *quotiens, §. prætor, l. si servus depositus, §. ult. de noxal. act.* Quam in rem crediderim Paulum adnotasse hoc ipso libro, quod est in l. 15. *de jurejur.* si dominus, qui convenitur noxali iudicio, sit dignitate aliqua præditus, & neget servum, cujus nomine convenitur, esse in sua potestate; si hoc elegerit actor domum ejus ad jurandum esse mittendum, nec jurandi causa cum esse compellendum in jus venire: ad personas, inquit, egregias, eosque, qui valetudine impediuntur domum mitti oportet ad jurandum. Et ita apud Cornel. Tac. 2. *Annal. ad Vrgulianiam egregiam fœminam, quam amicitia Augustæ mirum in modum extulerat, missum esse prætorem, qui testem eam in causa quadam domi interrogaret.* Ad personas, inquit, egregias, multo magis ad clarissimas, vel illustres. Alii erant in urbe egregii, alii clarissimi. Lactant. 5. *Instit. Nemo, inquit, egregius, nisi qui bonus, & innocens fuerit: nemo clarissimus, nisi opera misericordie largiter, & equaliter perfecerit.* Et subjungit, *nemo perfectissimus, nam & alii erant perfectissimi, de quibus habemus tit. in C. de perfectissimatus dignitate.* Et sane ad eos, qui valetudine impediuntur, domum oportet mitti ad jurandum, *ut, inquit, in hac l. 15. Paulus, ad personas egregias, eosque, qui valetudine impediuntur.*

Ad L. II. Si ex nox. caus. *Sed alio jure utimur. Nam ex præcedentibus causis non liberatur noxæ deditus, perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset.*

Ad §. Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit, si quidem dominus non negat in sua potestate esse: compellendum putat Vindius, vel iudicio eum fisci promittere, vel iudicium accipere, aut si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum: *sem vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxæ delitione. Idque Julian. scribit, & si dolo fecerit, quo minus esset in ejus potestate. Sed si servus præsens est, dominus absens; nec quicumquam servum defendit, ducendus erit jussu prætoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius, & Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat. Ergo & aliorum actio restituenda est perempta, eo quod ductus servus in bonis ejus esse capit.*

HÆC lex est ex eod. lib. Pauli, in qua adjicit Paulus, non liberari dominum conventum noxali actione, si post

si post præstitam cautionem, iudicio, servum in eadem causa sisti, antequam lite contestata noxale iudicium acceperit, noxale iudicium ex præcedenti noxa servi, non liberari dominum, si eum alii vendidit, sed teneri actori in æstimationem damni in solidum, quia sua culpa sibi ademit noxæ dedendi servi facultatem, vendendo eum, *l. quemadmodum, de noxal. act.* Item si dominus servum alii ex posteriore noxa noxæ dederit, hoc factum non liberari servum quo minus noxæ dedatur ob priorem noxam, si pro eo non offeratur æstimatio damni: nec perimi actori prioris noxæ actionem, imo noxalem actionem caput sequi, & agi cum eo posse noxali actione, cui primum servus noxæ deditus est, sicut & cum eo, cui venditus est. Et hanc sententiam esse usu receptam Paulus ait initio leg. secundæ, nec obtinuisse Ofilii Jurisconsulti opinionem, quæ refertur in *l. 1. in fin. eod. tit.* Qui noxæ deditio facta uni, qui occupasset agere noxali actione, noxali iudicio, existimabat cæteris perimi noxalem actionem, tamen si eorum causa vetustior esset, & ideo non videri in eadem causa sisti servum, qui post cautionem interpositam noxæ alii deditus est, id est, quasi actione perempta cæterorum, quasi servo liberato à cæteris. Verius enim est propterea actionem cæterorum non esse peremptam, ac proinde servum in eadem causa statum videri, qui sistitur, aut qui status est post noxæ deditioem alteri factam præmaturus.

AD §. 1. Si absens. Ait multum interesse, quum agitur noxali actione, utrum servus, qui noxiam commisit, præsens sit, an absens. Nam si absens sit, & dominus fateatur, eum esse in sua potestate, quamvis hoc verum non sit, cogitur eum iudicio sisti promittere ad diem certum, & conducto die iudicio sistere, & exhibere; aut debet si nolit cavere, absentem defendere, accepto noxali iudicio, ut *l. si servus depositi, §. pen. de nox. actio.* aut si nolit eum defendere, si nolit accipere noxale iudicium, cavere debet, se eum servum quum primum poterit exhibiturum. Quod si non caverit, damnatur in litis æstimationem in solidum, perinde atque si præsentem noxæ dedere noluisse, *d. §. pen.* quod & proponitur in hoc §. primo. Et hoc, si dominus fateatur se habere servum in potestate: sin autem falso neget, se habere servum in potestate, & mendacii arguatur, actore probante servum esse in ejus potestate; aut ut Julianus in ordinando edicto adjecit, dolo malo ejus factum esse, quo minus in ejus potestate esset, quod perinde est, ac si in ejus potestate esset, quia dolus pro possessione habetur: actore igitur probante, dolo malo ejus factum esse, quo minus servus in ejus potestate esset, puta, eum servum fugæ mandasse, tum dominus cogitur suo nomine iudicium accipere in solidum, detracta noxæ deditioe, & sufferre integram æstimationem litis, sive damni, nisi (nam & ita hic locus accipiendus est, & interpretandus) actor conventus sit jurejurando ejus, affirmantis servum in sua potestate non esse, neque dolo fecisse quo minus esset, quo plerunque actor conventus esse cogitur deficientibus probationibus, quibus doceat reum esse mentitum, quod ait in hac *l. 2.* Idque Julianus scribit, *etsi dolo malo fecerit, quo minus in ejus esset potestate.* Id, inquam, accipiendum esse, id Julianus adjecit edicto, cum ordinaret edictum perpetuum, quod egregium factum Juliano tribuitur, ut in eo ordinando, & de suo novas clausulas, nova edicta adderet, *l. qui duos, de conjung. cum emancip. lib.* In eo ergo lib. Julian. scripsit, id est, adjecit edicto. Nam hic locus tribuitur, & accommodatur aliis locis: & quod dicitur, Julianus scribit, &c. Julianus ait, eum dominum, qui falso negat servum in sua potestate esse, sive dolo malo ejus factum esse, quo minus esset, eum iudicium suscepturum sine noxæ deditioe, id est, in solidum, videlicet, si actori jusjurandum non satisfaciat: ex eo apparet, illud iudicium, quod suscipere cogitur, non esse noxale iudicium, quia in solidum competit in æstimationem damni, detracta noxæ deditioe, aut noxæ deditiois facultate: noxale iudicium civile iudicium est. Illud vero iudicium, quod datur in solidum adversus dominum, qui falso negat servum esse in sua potestate, quive

dolo malo fecit, quo minus esset, prætorium est, non civile, *l. electio, §. item si ex pluribus, l. plurimum, de nox. act. l. 18. de interrog. in jur. fac.* Et ideo, quod notandum, in *l. de illo, de nox. actio.* perperam ita scriptum est, *utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus servum in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo ejus acciderit, ut cesset noxalis actio.* Apparet in priore loco esse circumscribendum verbum *noxalis*, & vel nullum aliud reponendum, aut si aliud reponendum sit, certe reponendum est verbum *prætoris*, vel *honoraria*: an actio locum habeat prætoris, vel honoraria, quæ datur in eum, qui dolo fecit, quo minus servum haberet in potestate, in solidum scilicet sine noxæ deditioe. Nam aperte illo loco scribit, *cessare noxalem*: nihil est evidentius. Et hæc de servo absente. Sin autem præsens sit servus, de quo noxalis actio est, rursus distinguendum est: aut æque præsens dominus est, aut absens. Si dominus absens, quod proponitur etiam in hoc §. 1. nec quisquam servum defendat, servus ab actore ducendus est jussu prætoris: quo genere ejus servi dominium nanciscitur, non quidem ex jussu prætoris, qui dominum facere non potest, sed ex *l. 12. tabul.* quæ videlicet noxæ deditum, ita ductum jussu prætoris actoris fieri jubet. Et consequenter dominii acquisitione perimitur actio noxalis, quam actor habuit, cui servus furtum fecerat, vel damnum dederat: sed causa cognita domino reverso restituitur defensio servi, facultas defendendi servi, ne ei absentia sua noceat, si abfuerit bona fide: & vicissim actori restituitur actio noxalis, quæ extincta fuerat dominii acquisitione, *l. electio, §. ult. & l. in noxalibus 38. de nox. act.* omnis restitutio in integrum debet esse reciproca, *l. quod si minor, §. restitutio, de minor.* Si restituitur emptor, & venditor quoque restitui debet: si restituitur dominus defensionem, & is restitui debet, qui duxit servum actione, vel iudicio noxali. Sed si præsens dominus fuerit simul, ac servus, & indefensum servum reliquerit, & duxerit servum actor jussu prætoris, non est postea domino defensio restituenda, nisi ex magna causa, ut si propter inopiam non potuit implere defensionem, non potuit implere satisfactionem judiciarias, atque ideo coactus est defensionem omittere, *l. 2. de custod. reor.* Et hæc est sententia hujus *l.* in quo proposito eod. libro Paulus adscripsit, quod est in *l. 6. de procur.*

Ad L. VI. de Procur. Et qui in foro, & qui in urbe, & in continentibus ædificiis.

IN hac *l.* Paulus ait, præsentem haberi eum, qui est in foro, vel qui est in urbe, id est, quacumque parte urbis, vel qui est, inquit, in continentibus ædificiis, qui non in urbe quidem, sed Romæ esse dicitur, recte: quia Romæ appellatio etiam continentia ædificia complectitur, non etiam urbis appellatio. Idemque de continentibus ædificiis in *l. 5. hoc tit.* scribit Ulpianus, atque etiam idem Ulpianus 7. ad edictum hac ipsa de re tractavit, qua de Paulus 6. Idem, inquam Ulpianus significavit, qui scripsit præsentem haberi eum, qui in hortis est: nam hortos intelligit, qui sunt in continentibus ædificiis, *ἑσσωθεν τῆ κλημάτων*, ut Græci interpretes addunt, id est, intra conspectum Romæ, non extra conspectum, non extra continentia urbis. Et ideo, ut idem Ulpianus ait in *l. 7. hoc tit.* procurator ejus, qui est in hortis urbi proximis, procurator præsentis esse videtur; ut similiter dominus defensor præsentis servo adesse videtur, si servus in hortis fuerit. Multum autem, quod ad procuratorem attinet interest, utrum quis sit procurator præsentis, an absentis. Nam procurator præsentis cavet iudicatum solvi tantum, vel dominus pro eo, *l. si ad defend. judic. solvi.* Procurator autem absentis cavet non tantum iudicatum solvi, sed etiam rem ratam haberi, *l. mutus, §. is, qui, hoc tit.* Alias autem, id est, in aliis partibus juris, non eodem modo accipitur, ut Accursius recte notavit in *l. 5. præsens*, & absens intelligitur, ut in *tit. de damn. infect.* præsens non habetur, qui est in urbe, vel in continentibus ædificiis, vel in foro, sed qui est in jure, id est, ad tribunal prætoris, *l. 4. §. prætor, de damn. infect.* vel qui

qui est in campo Martio : ubi comitia habentur: vel quum A dicimus, absentem consulem creari, eum intelligimus, qui est in urbe, sed non in campo Martio.

Ad L.XVII. de Auc̄. & conf. tut. Si tutor pupillo nolit au-
ktor fieri, non debet eum prætor cogere. Primum, quia ini-
quum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum præ-
stare: deinde etsi expedit, tutela judicio pupillus hanc ja-
cturam consequitur.

Locuti sumus de seruo absente, vel præsentem, pro quo
in dominum noxalis actio competit, & de distinc-
tione domini præsentis, & absentis, videtur non incommode
coaptari, quæ est ex eodem libro, l.17. de auc̄. tut. Ita sci-
licet, ut pupillus non videatur præsens esse, quum agitur
de defendendo seruo, de quo noxal. actio est, si tutorem au-
ctorem non habeat, ut l.10. quibus ex causis in possess. eatur. B
At pro præsentem habetur, si tutor præsens fuerit, & au-
ctor pupillo, l.9. §. pen. de auc̄. tut. tutor, inquit, præsens
auctor fieri debet, ut in l.16. eod. tit. præsentem tutorem
pro absente haberi, si ignorat quid pupillus agat, quidve
cum pupillo agatur. Ad quod Paulus adnotavit in d.l.17.
pupillo suscipienti noxale iudicium, vel quodcumque aliud
gerenti negotium, tutorem, ut præsens auctor fiat, à præ-
tore compelli non posse; quia, inquit, iniquum est, si non
expediat, tutorem pupillo auctoritatem præstare: deinde
si expediat, nec tamen is sit auctor pupillo, nihil damni
pupillus facit, quia pupillus hanc jacturam tutelæ iudicio
consequitur. Utitur Paulus in d. l. 17. i'vra'ois, quia, in-
quit, iniquum est etiam si non expediat pupillo auctori-
tatem eum præstare, & a'vri'vra'ois, quia etiam expediat, C
tutelæ iudicio pupillus hanc jacturam consequitur, ut in
l. pen. de serv. export. illo loco, quia nec domino offerre se
potest, nec qui in fuga est ibi moratur, est i'vra'ois, &
i'vri'vra'ois. Pertinet etiam ex eod. lib. Pauli ad cau-
sam noxalis iudicii, l.12. de nox. act.

Ad L.XI. de Nox. act. Si bona fide possessor eum servum, quem
bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo noxali causa
possit: obligari eum actione, quæ datur adversus eos, qui
servum in potestate habeant, aut dolo fecerint, quo minus
haberent: quia per hoc adhuc possidere videntur.

Locuitur ea lex de bonæ fidei possess. servi, qui noxam
commisit, & certum est ejus servi nomine, bonæ fidei D
possessorem teneri noxali iudicio: sed si antequam conve-
niretur, eum servum dolo malo deserit possidere, ne con-
veniretur ex causa noxali, perinde ait Paulus eum teneri,
ac si servum possideat, quia dolus pro possessione est, l.131.
& 150. de reg. jur. Tenetur ergo bonæ fidei possessor, sive
possideat servum, sive dolo deserit possidere, non tam
actione noxali, quam actione prætoriam in solidum, quia
nec si servum habuerit in potestate, eum noxæ dedendo
actoris facere possit, l.11. sup. hoc tit. & l. generaliter, inf.
hoc tit. Inanis est noxæ deditio, quæ actorem dominum non
facit. Bonæ fidei possessor non potest actorem dominum
facere: ergo noxæ dedendo servum, quem bona fide possi-
det, nihil agit. Denique omnimodo defungi debet æstima-
tione litis. Nihil est præterea ad hanc legem adnotandum.

Ad L.CX. de Reg. jur. In eo, quod plus sit, semper inest &
minus.

Ad §. Nemo alienæ rei expromissor idoneus videtur, nisi si
cum satisfactione.

Ad §. Pupillus pati posse non intelligitur.

Ad §. Ubi verba conjuncta non sunt, sufficit alterutrum esse
factum.

Ad §. Mulieribus tunc succurrendum est, cum defendantur,
non ut facilius calumniantur.

Ad eandem causam noxalium actionum, quod nulli
adhuc animadverterunt, regulæ propositæ in l.110,
Tom. II. Post.

de reg. jur. pertinent, quarum prima hæc est: In eo quod
plus sit, semper inest & minus: & accommodabitur non
incommode, nec improprie ad noxales actiones hoc modo:
Si servi, qui noxam commisit, duo sint domini, quorum
uno sciente consecutus fuerit integram litis æstimationem,
non potest adversus ignorantem obtinere, ut sibi dedat
servum in noxam, quia in litis æstimatione, quam tulit à
sciente domino, quæ multo pluris est, inest etiam illius vi-
lissimi servi pretium: contra vero, si cum insciente actum
sit prius noxali iudicio, & is servum noxæ dederit, id quod
amplius est in æstimatione litis, & damni, peti à sciente
potest. Et ita est proditum in l.17. de nox. act. quia in eo,
quod minus est, puta in servulo noxæ dedito, non inest
integra litis æstimatio, quæ longe amplior est. In toto
inest pars, non in parte totum, l.7. de except. rei jud. l.113.
hoc tit. Arnob. 2. lib. adv. gen. In toto, inquit, pars est, non
totum in parte, & universitas debet attrahere portiones, non
portionibus universas applicari. Hæc vero est propria in-
terpretatio 1. regulæ.

Secunda regula hæc est. Nemo alienæ rei expromissor ido-
neus videtur, nisi cum satisfactione: quæ etiam secundum in-
scriptionem legis est ex lib. 6. Pauli, & referenda est ad
actionem noxalem, & videtur ea usus hoc libro, cum
scripsisset de noxal. actionibus. Quod & Julianus scripsit
in l. §. plurimum, §. 1. de nox. action. eum, qui alienum servum
suum esse in iure confitetur, obligari noxali actione, &
nihilominus tamen, qui offert se defensionem alieni servi, &
quali expromissor pro domino iudicium suscipit, novandi
causa satisfacere debet iudicatum solvi, ut l. qui ex parte, de
interrog. in iure faciend. Quia nullus alienæ rei defensor, vel
expromissor idoneus sine satisfactione videtur, quæ regula
late patet, & accommodatur multis articulis juris in l.18.
§. ult. de cast. pec. l. qui propria, §. qui aliud, de procur. l. fi-
liusfam. qui satisf. cog. §. si vero in personam, & §. pen. 4.
Instit. de satisf. l.3. §. ult. rer. amot.

Tertia regula est: Pupillus pati posse non intelligitur. Scien-
dum est dominum, quo patiente, id est, vidente, & sciente,
nec prohibente, cum posset prohibere, servus deliquit, suo
nomine teneri in solidum sine noxæ deditio, l.2. 3. & 4.
de noxal. act. Sed hoc ita procedit, nisi dominus fuerit pu-
pillaris ætatis. Pupillus enim neque scire, neque pati intel-
ligitur: scientia aut patientia pupilli non obligat eum tri-
butoria actioni, l.3. §. ult. de trib. act. Sed neque eum obli-
gat in solidum ex maleficio servi, quia nec scire, nec pati
posse intelligitur, d. l. 110.

Quarta regula hæc est: Ubi verba conjuncta non sunt, suf-
ficit alterutrum factum esse. Quæ regula proculdubio perti-
net ad edictum prætoris, quod proponitur in l. quotiens, §.
prætor, de noxal. act. ut si dominus neget servum, de quo
noxalis actio est, in sua potestate habere, vel juret eum
non esse in sua potestate, deferentem actorem, vel omnimo-
do iudicium accipiat, sine noxæ deditio. Conjuncta
non sunt edicti verba, ergo alterutrum à domino fieri
sufficit.

Postrema regula hæc est: Mulieribus tunc succurrendum
esse, cum defenduntur, non ut facilius calumniantur. Si mu-
lier dolo malo falso neget, se servum, qui noxam commi-
sit, habere in sua potestate, ne noxale iudicium subiret, nec
subiret defensionem servi, & mendacii convinctur, certe
in solidum tenetur prætoriam actione: ex qua si lis cum ea
contestata fuerit, postea non potest restitui in integrum,
ut pœnitentia acta defensionem servi suscipiat, quam defun-
gerat initio, nisi scilicet beneficio minoris ætatis, l. electio,
§. neque heredi, de nox. act. Beneficio ætatis parvæ restitui
potest in integrum ad defendendum servum beneficio se-
xus, si major ætate fuerit, restitui non potest, solam
ætatem excipit d. §. neque, non sexum: quia mulieribus
tunc succurrendum est, quum ipsæ defraudentur, quum
hoc agitur, scilicet ut defendantur ab aliorum insidiis, &
succurratur eis data restitutione in integrum, l. ult. C. de
jur. & fact. ignor. l. 3. C. Theod. de in integr. restit. non
etiam succurritur, ut facilius calumniantur sub specie re-
stitutionis in integrum: calumniantur autem, quæ negant,
se

se servum habere in potestatem noxalis judicii evitandi causa: calumnia est, inquit Grammatici, malitiosa, & mendax calliditas. Et ita sunt explicandæ illæ regulæ l. 1. 10. & proprie accommodandæ ad causam noxalium actionum.

Ad L. II. De eo, per quem factum, quo minus, &c. Si actoris servus, domino sciente, & cum possit non prohibente, dolo fecerit, quo minus in iudicio sistam: Osilius dandam mihi exceptionem adversus dominum ait: ne ex dolo servi dominus lucretur, si vero sine voluntate domini servus hoc fecerit: Sabinus noxale iudicium dandum ait, nec factum servi domino obesse debere, nisi hætenus, ut ipso careat: quando ipse nihil deliquit.

Ad damus ex hoc lib. 6. Paulum scripsisse de actione in factum, quæ ex edicto prætoris datur adversus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in jus vocaretur, qui satisfecit iudicio sisti, se iudicio sistat. Et datur hæc actio in factum actori, quanti actoris interest, reum sisti. Dari etiam potest ipsi reo similiter in id, quod interest, si jam pœnam desertionis actori persolverit, ut l. 1. §. si reus dolo, de eo, per quem factum. Et hoc ita procedit, si extraneus dolo malo fecerit, quo minus, qui satisfecerat iudicio sisti, se sisteret: nam si ipsius actoris, & stipulatoris dolo malo factum est, quo minus se reus sisteret, qui promisit iudicio sisti sub pœna certa, reus adversus actorem ex hoc edicto non habet actionem. Sed si ex stipulatu de pœna ab actore conveniatur, potest se tueri exceptione doli mali, d. l. 1. §. si reus dolo. Contentus igitur esse debet ea exceptione, quia ea securum eum facit. Idemque est, si servus actoris, domino sciente, & cum possit, non prohibente, dolo fecerit, quominus se reus in iudicio sisteret: nam agenti actori ex stipulatione pœnali interposita iudicio sistendi causa obstat exceptio, ne ex dolo servi sui lucretur, qui se sciente impedivit reum, ne in iudicium veniret ad diem condictum. Et hoc proponitur in l. 2. quæ est ex eod. lib. 6. de eo, per quem factum. Verum, ut in ea l. additur, si ignorante actore servus ejus fecerit, quo minus reus se iudicio sisteret, actor reo tenetur non in solidum quanti interest, sed noxali iudicio tantum, ne factum servi ei obesse debet, nisi hætenus, ut ipso careat, quando dominus nihil deliquit, id est, ut dominus eum noxæ dedat, atque ita evitet litis ætimationem. Et ita in l. 1. hoc tit. de eo, per quem factum. servi nomine ex hac causa noxali iudicio agi potest.

Ad L. VI. de Rei vind. Si in rem aliquis agat, debet designare rem, & utrum totam, an partem, & quosam petat. Appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Obstat enim ita definit, quod insectæ quidem materiæ pondus: signatæ vero numerum: factæ autem speciem dici oportet. Sed & mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. Et si vestimenta nostra esse, vel dari oportere nobis petamus, utrum numerum eorum dicere debeamus, an & colorem? Et magis est, ut utrumque. Nam illud inhumanum est, cogi nos dicere trita sint an nova? Quamvis & in vasis occurrat difficultas, utrum lancem duntaxat dici oporteat, an etiam quadrata, vel rotunda, vel pura an calata sint: quæ ipsa in petitionibus quoque adjicere difficile est. Nec ita coarctanda res est, licet in petendo homine nomen ejus dici debeat, & utrum puer an adolescens sit. Vtique si plures sint. Sed si nomen ejus ignorem, demonstratione ejus utendum erit, veluti, qui ex illa hereditate est: qui ex illa natus est. Item fundum petiturus, nomen ejus, & quo loci sit, petere debebit.

Hic vero tractationi adjungenda est hæc lex. Nam et si initio eum, qui agit in rem, ea lex dicat, debere rem, quam suam esse petit designare, idem tamen etiam facere debet, qui verbi gratia furtum in aliena domo quaesiturus est, qui rem suam furto sibi subreptam in aliena domo quaesiturus est, quia ut ait Paulus lib. 2. sent. iit. de furt. quæ una est sententia ex iis, quæ nobis oblatæ sunt nuper, qui furtum quaesiturus est, antequam quaerat, debet dicere quid quaerat, & rem suo nomine, & sua specie designa-

re. Idem etiam præstare debet, qui agit in personam, ut hæc lex 6. demonstrat illo loco, *est vestimenta nostra esse*, hæc est actio in rem, *vel dari oportere nobis petamus*, hæc est actio in personam. Et ita etiam, qui agit furti, quod sibi res sua subrepta sit, eam rem suo nomine, & sua specie designare, & designare debet, l. 19. de furt. Et similiter, qui agit actione in factum ex edicto de eo per quem factum, & intendit per hanc actionem, rem sibi dari oportere, quam interim, dum reus se non sistit ad diem, amisit usucapione, vel quo alio modo, l. 3. in princ. de eo, per quem factum erit: si omnes debent designare, utrum rem totam petant, an partem ejus, ut declarat Paulus in hac l. 6. & quosam partem petant, puta tertiam, aut quartam, vel dimidiam, quia non satis est genus designare, sed speciem certam, & corpus certum designari oportet. Et hic appellatione rei, non genus significatur, sed species. Ac proinde si petatur insecta materia, ut declarat Paulus, veluti si petatur massa auri, vel argenti, exprimi debet pondus; si petatur signata materia, id est, si nummi petantur, exprimi debet numerus, si petatur facta jam materia, & informata, exprimi debet species, & materiæ qualitas, veluti lanx aurea, aut patera aurea, aut discus aurcus: si vero petatur vinum, vel oleum, exprimi debet mensura, aut sane nihil agitur, inanisque est formula, & actio, quæ intenditur inepta, & obscura. Item si vestimenta petantur, etiam exprimi debet numerus vestimentorum, species & color, non etiam scrupulose, nimis trita sint vestimenta, an nova: sicut si vasa petantur, satis est exprimi materiam, & speciem, & numerum, nec necesse est addi, utrum quadrata, an rotunda, utrum calata, an pura sint: neque enim ita actor coarctandus est: non etiam necesse est vasorum pondus adjici, l. 19. de furtis, nisi forte in actione depositi, l. 1. §. si quis argentum, depositi, quia dominus, qui vasa deponerat, in deponendo deposito, debuit pondus exprimere, ne quid abraderetur. Ergo in deponendo deposito id debet exprimere, quod tamen ex causa, ut hic §. ait, ei remittitur; puta si juret, se pro certo pondus dicere non posse: sicut & petenti vestimenta, ex causa id ei remittitur dicere, an trita sint, an nova, si colorem dicat, si numerum dicat, si juret de eo non satis liquere sibi, d. l. 19. de furt. Quod si servus petatur, nomen ejus, aut certa demonstratio (demonstratio vice nominis fungitur, l. certum, de reb. cred.) nomen igitur, aut certa hominis demonstratio exprimi debet, atque etiam ætas, utique si plures sint servi ei, quo cum agitur: nam si ei unus tantum sit servus, ut Paulus ostendit, frustra nomen, vel ætas ostenditur, exprimitur: satis enim est servum peti, quem possidet L. Titius, quia eum solum possidet, satis nominat Socratem, qui filium Sophronisci dicit, quia unus fuit Sophronisci filius Socrates, quo exemplo utitur Porphyrius. Petito autem fundo exprimi debet nomen ejus, & ut ait in fine legis Paulus, quo loci sit fundus: Idem, inquit, fundum petiturus, nomen ejus, & quo loci sit, exprimere debebit. Et ita apud Ciceronem pro Murena, *Fundus Capenates, qui in agro est, qui Sabinus vocatur, meus est*. Exprimitur nomen fundi, & locus, in quo fundus situs est.



JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. VII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. IX. Ad l. Jul. de vi publ. *Armatis non uique eos intelligere debemus, qui tela habuerunt: sed etiam quid aliud, quod nocere potest.*

EX hoc libro habemus tres leges, quas perobscurum est, & incertum, cui parti edicti reddi debeant. Et meo quidem iudicio hujus obscuritatis causa omnino pendet ex inscriptionum trajectionibus, & vitiis, quæ sunt innumera. Et sane leges, quæ adscriptæ sunt libro sexto, quia sunt de cau-

cautione iudicio fisci servum ex causa noxali, cuius rei inspectio, & inscriptio conjuncta, & affinis est iis, quæ tradita sunt libro quarto de in jus vocan. & de cautione iudicio fisci eum, qui in jus vocatus est, adscribendæ potius libro quinto, quam sexto. Quæ autem adscriptæ sunt quinto libro de iis, qui notantur infamia, adscribendæ videntur libro sexto. Quod si fiat, atque ita eas consequantur eæ tres leges ex libro septimo, & mox has tres, duæ, quæ initium faciunt libri octavi, quæ etiam sunt de iis, qui notantur infamia continuata hæc series atque connexio magnum, & clarum nobis argumentum dabit existimandi, has tres leges intermediæ de causis esse, ex quibus edicto prætoris infamia irrogatur. Et sane ita est. Primum enim l. 9. ad l. Jul. de vi publica, respicit ad actionem famosam vi bonorum raptorum, de qua ad edictum de his, qui notantur infamia, quo ea actio numeratur inter famosas, Paulus videtur tractasse fusius, ut & Ulpianus ad idem edictum plenius tractavit de aliis causis famosis edicto comprehensis, apud quem Ulpianum eadem est trajectio librorum. Nam quæ leges tribuuntur septimo, series & consequentia rerum ostendit, eas reddendas sexto, & illas, quæ sexto, septimo debentur. Porro ex edicto prætoris actio vi bonorum raptorum datur in eum, qui dolo malo homines armatos colligit, ut damnum det, bonave rapiat aliena. Hæc sunt verba legis 2. §. dolo, vi bon. rapt. ubi armatos Paulus d. l. 9. interpretatur esse, non tantum eos, qui tela habuerunt, sed etiam quid aliud, quod nocere potest. Et ita M. Tul. pro Cæcinnia, Armatos, inquit, si Latine loqui volumus, quos appellare vere possumus? opinor eos, qui scutis telisque parati ornatique sunt. Quid igitur si glebis, aut saxis, aut fustibus aliquem de fundo præcipitem egeris, iussusque sis, quem hominibus armatis dejeceris, restituere, restituisse te dices? Verba si valent, si causæ non ratione, sed vocibus ponderantur, me auctore dices profecto, non fuisse armatos eos, qui saxa jacerent, quæ de terra ipsi tollerent, non esse arma, cespites, neque glebas: non fuisse armatos eos, qui prætereuntes ramum destringerent arboris, &c. Idem omnino, quod in hac lege nona Paulus ait. Alia parte ejusdem edicti datur actio de damno, quod quis in turba dedit, & de amisso, l. prætor 4. §. loquitur, vi bon. rapt. ubi amissa Ulpianus interpretatur ea esse, quæ corrupta alicui relinquuntur, vel redduntur, scissa forte vestimenta, vel fracta vasa, vel alia similia, ex quibus damnum consequitur, & Paulus latius in l. 14. de verbor. signif.

Ad L. XIV. de Verbor. signif. Labeo, & Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur, vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi, aut tabula rasa pictura, videri rem abesse: quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. Item si dominus rem, quæ furto sibi aberat, ignorans emerit: recte dicitur res abesse, etiamsi postea id ita esse scierit: quia videtur res ei abesse, cui pretium abest.

Ad §. Rem amississe videtur, qui adversus nullum ejus persequendæ actionem habet.

Hæc lex est altera lex libri 7. quæ dicit, amissa ea esse, quæ scissa redduntur, ut si vestimentum scissum reddatur, vel quæ corrupta sunt reddantur, vel relinquuntur, non contra, ut si in turba scyphi collisi sint, aut si pictæ tabulæ sit erasa pictura, scyphi amissi, tabula amissa videtur, quia, ut ait, earum rerum pretium non in substantia, non in materia consistit, sed in arte ipsa, nec spectatur quanti sit res ipsa, sed quanti sit manupretium, l. 13. hoc tit. Et ideo de scypho colliso in turba, vel de erasa tabulæ pictura, quasi de amisso in duplum agi potest ex secunda parte edicti vi bon. rapt. Eæ de bonis raptis, & de turba. Item amississe rem videtur is (ut in l. 14.) à quo rei ejus pretium abest, ut si dominus rem sibi furto subtractam ignorans emerit, nec in proclivi ei sit pretium recipere, ut in l. 4. §. sunt in potestate, de usurp. & usuc. Et in extremo d. leg. 14. ait, rem amississe etiam videri, qui adversus nullum rei ejus persequendæ actionem habet, forte quia res periit, nec ab ullo possidetur, & is forte vita deceffit, qui ejus amittendæ causa fuit, ut l. 1. §. ult. & l. 2. §. muli. vent. nomine: Tom. II. Post.

A exclusum videri hereditate eum, qui eam persequi non potest, puta, qui vita deceffit intra tempora aditionis, quam nec heres ejus persequi potest, quia hereditas non adita in heredem non transmittitur, non transfertur. Rem amississe, inquit, videtur, qui adversus nullum ejus persequendæ actionem habet: nam retro, qui ejus rei persequendæ actionem habet, eam amississe non videtur, l. 15. tit. seq. de reg. jur. qui actionem, inquit, habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur. Et hoc ipso tit. de verbor. sig. l. 143. id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem, habetur enim, & quod peti potest, imo, & proprium inque bonis esse dicitur, quod peti potest, l. rem in bonis, de adquir. rer. dom. l. 9. §. quod avus, ad l. Falc. Et sunt hujus rei innumera exempla in jure nostro, ut l. pen. si quid in fraud. patroni, l. 35. de statu lib. l. si quis vi, de adquir. poss. Is etiam, qui potest restitui in integrum, non videtur rem amississe, ut idem Paul. ait l. 5. de in integ. restit. quæ est l. 3. lib. 7.

Ad L. V. de In integ. restitut. Nemo videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restitutum polliceatur.

Hæc lex ait: Nemo videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restitutum polliceatur. Nam & restitutio in integrum, etiam, quæ conceditur beneficio ætatis, actio appellatur, l. etiamsi, §. ult. de minorib. Et in definitione restitutionis in integrum apud Paulum l. sententiarum, in integrum restitutio, inquit, est redintegrandæ rei, vel causæ actio. Et restitutio quoque in integrum datur in rem, id est, adversus quemcumque rei possessorem, l. in causæ, §. interdum, de minoribus. Eaque res quamdiu quis ad eam restitui potest, in bonis ejus esse dicitur, l. 9. §. licet, de eo, quod met. caus. Et ita has 3. leges referimus ad edicta, de bon. raptis per vim, & de turba, ex quibus proficiscuntur famosæ actiones, ex quibus damnati notantur infamia. Pertinent etiam ad causam eorum, qui not. inf. vel ad edictum de iis, qui not. inf. duæ leges libri octavi, l. 10. & 16. de his, qui not.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. VIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XVI. de His, qui not. infamia. Cum non prægnans esset, vel ex alio concepisset.

L. EX 16. ostendit, ex edicto prætoris notari infamia eam mulierem, quæ cum non esset prægnans, vel cum ex alio concepisset, non ex defuncto, de cujus bonis agitur, per calumniam ventris nomine, dum se asseverat, ex illo esse prægnantem, prætor pronuntiavit, missam fuisse in possess. bonor. defuncti: per calumniam, ut dixi: nam postquam id pronuntiatum est, causa calumniæ eam fuisse missam in possessionem, & prætorem decepisse, à quo per calumniam postulavit se in poss. mitti, ea mulier infamia notatur, & laborat.

Ad L. X. de His, qui not. inf. Solet à principe impetrari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat.

Ad §. Quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet.

Hæc lex, quæ est ex eod. titulo ait, principem eum, qui laborat infamia, samæ restituere posse, l. imperialis, C. de nupt. l. si qua, C. ad Senatuf. Tertull. Cassiodorus III. Fas, inquit, est principi maculosas notas vitiosæ opinionis abstergere. Possit etiam principem facta edicti venia mulieri permittere, ut salva existimatione nubat intra tempus luctus,

id est, intra 10. menses, quod est in d. l. 10. Id tamen impetrari non solet, neque debet à principe, si prægnaus lit. Cajus apud Dionem 58. *Cum publicæ lætitiæ causa Vidius luctum cohibuisset, & permisisset mulieribus intra legitimum tempus nubere*, addit hanc exceptionem, nisi prægnaus essent. Et apud eundem 48. Itemque apud Cornel. Tacitum 1. *Annalium: Pontifices interrogati, an conceptio necdum edito partu, uxor Neronis divortio facta rite nubere Tibervio possit: responderunt, si dubitaretur prægnaus esse, non rite.* Additur in d. l. 10. *non posse quidem viduam citra damnum existimationis suæ intra legitimum tempus alii nubere: at sponsalia sibi interim querere, & constituere posse illa existimatione, quod apertissimum.* De parentibus, & liberis, & cognatis, & agnatis, an lugeri debeant, ita scriptum habemus ex Ulpian. in l. *parentes, de his, qui not. inf. parentes, & liberi utriusque sexus, nec non ceteri cognati, & agnati secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit*, inquit (ac si non sufficerent, quæ præcedunt) *ludendi sunt, qui autem eos non eluxit, non notatur infamia.* Qui sermo totus magna ex parte sapit Tribonianum. Et sane, quod longe aliter ab Ulpian. scriptum erat, id aliter à Triboniano interpolatum est. Nam Ulpianus scripserat idem, quod Paulus sent. 1. tit. ult. *Parentes anno esse ludendos, filios item majores sex annis, esse ludendos uno anno: filios minores sex annis, esse ludendos mense uno. Cognatos proximioris gradus 8. mensibus esse ludendos.* Maritum vero à muliere 10. mensibus, & eum, qui hos non eluxisset, id est, qui non in luctu fecisset tempus supradictum, quod legè certa finitum erat, proculdubio infamium numero haberi. Verba Pauli hæc sunt à me nuper lecta in vetustissimo, & longe ampliore Cod. sentent. Pauli ad me Vefontione, seu Bisantio perlato: Sententia hæc est. *Parentes, inquit, & filii majores sex annis, anno lugeri possunt: minores, mense uno, maritus 10. mensibus, & cognatus proximioris gradus 8. Qui contra fecerit, infamium numero habebitur.* Paulus ait, *lugeri possunt, pro debent, ut lib. 4. sententiarum: nominatim servi testamento manumitti secundum legem Fufiam possunt.* Porro cum hæc luctus definitio, cum infamiæ pœna in parentibus, liberis, & cognatis Triboniano displiceret, vel ætate ejus potius non observaretur, in arbitrio, pietate, & voluntate cujuscunque reposuit modum luctus parentum, & liberorum, aut cognatorum remissa infamiæ pœna iis, qui tempus luctus non expleverunt, quod jure veteri finitum erat. Plane abrogavit, quod de ea re scripserat Jurisconsultus, scribens, eos esse ludendos, secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit, nec notari infamia, si eos non eluxerint. Denique longe aliud scripsit, quam quod scripserat Ulpianus ipse. Et quia ait, *liberi utriusque sexus*, argumentum nobis præbet, existimandi, ut ætatis, & sexus quoque liberorum jure veteri differentiam aliquam constitutam fuisse. Et hujus differentiæ, cum non vult ipse rationem haberi, ait, *liberi utriusque sexus.* Cum idem ait, *agnati, vel cognati*, hoc præbet argumentum, & inter agnatos, & cognatos hac in re olim quandam differentiam fuisse constitutam, nec igitur plenam esse eam Pauli sententiam. In marito nihil mutavit Tribonianus, in marito lugendo non idem arbitrium mulieri dedit, quia tantum abest, ut posteriores leges ejus luctum minuerint, ut etiam eum producerint ultra menses 10. qui finiti erant jure veteri, nempe in annum 12. mensium sub eadem infamiæ pœna, l. 2. C. de secundis nuptiis.

Ad L. II. de Procurat. *Dummodo certus sit, qui datus intelligitur; & is ratum habuerit.*

Ad §. Furiosus non est habendus absentis loco, quia in eo animus deest, ut ratum habere non possit.

Monimus librum, qui sexto loco positus est, debere poni post quartum in 5. loco, & leges, quæ male adscriptæ sunt libro 6. adscribendas esse 5. quæ omnes recte anteponuntur iis, quæ sunt in tit. de procur. & defens. ex eod. lib. 8. Quia infames olim, neque dare poterant procuratores in litem, quia honor est per procuratorem posse

Alitigare, quo infames indigni sunt: non poterant etiam infames procuratores dari, & inde exceptiones procuratoriarum, quod non liceat adversario dari, vel fieri procurator, l. in exception. §. sed etsi, de probat. §. ult. Instit. de except. Quintil. Inst. 4. cap. 5. male petis, procuratori enim tibi esse non licuit, sed neque illi, cujus nomine litigas, habere procuratorem: & alibi: non licet tibi agere mecum, cognitor enim fieri non potuisti: cognitor est procurator præsentis. Paul. 1. sent. tit. 9. Omnes infames, inquit, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis. Sed hodie hæc procuratoriarum exceptiones, quæ dabantur ob infamiam domini, vel procuratoris sublatae sunt. Et infames quamvis advocati aliis quibuscumque temere adesse non possint, nec volentibus adversariis, l. quos, de postul. tamen procuratores ad litem dare, darique possunt d. l. 1. §. ult. de except. Et dari possunt etiam absentes, l. 1. §. ult. de procur. Nam & inter absentes mandatum contrahi potest. Hoc tamen exigitur, ut certus detur, qui absens procurator datur, & ut ratum habeat, ut ait Paulus in l. 2. hoc tit. quæ est ex hoc lib. 8. id est, ut mandatum suscipiat. Ideoque furiosus, etiamsi in omni jure habeatur absentis loco, l. 2. §. pen. de jur. codic. l. 124. §. 1. de regul. jur. tamen procurator dari non potest, quia in eo animus, vel potius mens deest, ut ratum habere non possit.

Ad L. IV. eod. *Et in perpetuum.*

Addidit eodem libro Paul. & procuratorem dari posse usque ad diem certum, vel etiam in perpetuum, ita ut dum vixerit procurator lites omnes agat, & exequatur, quæ ad L. Titium pertinebunt, l. 4. hoc tit.

Ad L. XI. eod. *Si tamen dominus cogi possit.*

ET iis præmissis Paulus transit ad edicta Prætoris de procuratoribus, quæ tria sunt. Primo edicto, procuratorem datum ad defendendum, pro quo consentiente dominus cavet judicatum solvi, pollicetur prætor, se coacturum ad judicium accipiendum, ad litem contestandam, l. 8. §. ult. hoc tit. consentiente, id est, sciente, & non contradicente, ut liquet ex l. 15. hoc tit. Nam & in hac causa taciturnitas imitatur consensum. Pro quo, inquit, dominus cavet judic. solvi, quia non ab ipso procuratore, sed à domino litis, qui præsens est stipulatio judicatum solvi interponitur, l. si ad defendendum, judic. solvi. Rursus ait, se eum coacturum judicium accipere. Quod utique facit Prætor etiam mortuo domino litis ante judicium acceptum, ante litem contestatam, d. l. 15. quia interpositio cautionis, quam scilicet dominus interposuit pro defensore consentiente deintegravit rem, perinde, ac si eam cautionem procuratori interposuisset, & mandatum non finitur morte domini, nisi res sit integra, quæ non est integra, si jam interposita sit cautio, vel stipulatio judicatum solvi. In hoc vero edicto, etiamsi prætor non adjiciat, causa cognita se coacturum judicium accipere, & litem contestari, ut in edicto, de in jur. voc. dictum est l. 11. edictum tamen ex causa, & ratione utilitatis moderandum est: utilitas edictum moderatur. Incidere enim possunt quædam justæ causæ, quibus non sit æquum, defensorem, etiam si pro eo dominus interposuerit cautionem judic. solvi, compelli ad judicium accipiendum, puta si adhuc præsens sit dominus, & cogi possit judicium accipere. Nam si præsens dominus cogi non possit, ut si in magistratu sit, aliud est, quod eodem libro notavit Paulus in l. 11.

Ad L. XIV. eod. *Si post datum procuratorem capitales inimicitia intercesserunt: non cogendum accipere judicium, nec stipulationem ob rem non defensam committi: quoniam nova causa sit.*

Item, si post datum procuratorem ad defendendum, capitales inimicitia intercesserint inter eum, & dominum, procuratorem non compelli judicium accipere, nec com.

si duo simul dati sint, vel etiam si separatim, modo dominus expresserit, se utrumque velle in eam rem procuratorem esse, is, qui occupat agere, potior est in ea lite, imo solus litis contestatione fit dominus litis, & posterior ab ea lite repellitur exceptione doli mali, ut l. 45. §. qui ita, inf. hoc tit. Idem Paulus ait, cum, qui occupat agere populari actione, si & in ea re privatum ejus commodum vertatur, posse in eam rem procuratorem dare, quo quidem dato, alium postea agentem ex populo, repellit exceptione, id est, exceptione doli mali, ut illo loco Basilica rectius interpretantur, quam Accursius, exceptionem rei judicatae. Quamquam, & post rem judicatam alius ex populo repellatur exceptione rei judicatae, l. 2. de populari actio. Ceterum ante rem judicatam non repellitur, nisi exceptione doli. Nunc veniamus ad tertium edictum, quo cavetur, ut qui procurator nomine agit, viri boni arbitratu satisfiat, id dominum, qui abest, ratum habiturum, utque si is, quo cum agit vicissim agat, intendens quoque aliquid sibi à domino deberi, aequè boni viri arbitratu, adversus eum domini defensionem suscipiat, l. 33. §. pen. l. 39. §. 1. hoc tit. aut si nolit dominum defendere, nec nomine ejus agere permittatur, l. 45. §. pœna, hoc tit. l. 3. §. ult. rer. amot. l. 7. de novi operis nuntiat. l. unic. C. de satisf. Ex edicto igitur procurator datus ad agendum, debet satisficere de rato; debet & dominum defendere, si is, quo cum agit, vicissim agat: si sint mutuae petitiones, mutuae actiones. Defendere autem dominum, est id facere, quod dominus in eam litem faceret, aut facere compelleretur, hoc est ex ea causa omnimodo judicium accipere, ac præterea satisficere judicatum solvi, l. 35. §. defendere, & §. seq. hoc tit. & in §. defendere: Non debet, inquit, durior conditio procuratoris fieri, quam est domini, præterquam in satisficendo judicatum solvi. Quid hoc est, præterquam in satisficendo judicatum solvi? nempe quia dominus, si sit locuples, & conveniatur, non satisficat jud. solvi, sed reprovittit tantummodo juratus, modo injuratus, si possideat prædia scilicet, l. pen. in princ. qui satisf. cog. Procurator autem ejus (quod est maxime notandum) id est, defensor satisficat, etiam si locupletissimus sit, nec sine satisficatione, id est, datione fidejussoris, intelligitur esse defensor idoneus, l. 51. in fin. hoc tit. Ad hæc sciendum est, hanc esse differentiam inter procuratorem, & defensorem, quod proprie procurator est actoris: defensor rei, l. si mater, §. hoc jure, de except. rei judic. Improprie tamen, ac frequentissime cum in hoc titulo, tum in multis aliis etiam defensor rei procurator appellatur: hinc alius dicitur esse procurator actoris, alius procurator rei. Sciendum etiam differentiam esse inter procuratorem præsentis, & procuratorem absentis. Nam reus præsens pro suo procuratore cavet judicatum solvi, non ipse procurator, l. si ad defend. jud. solvi, l. 8. §. ult. l. 15. hoc tit. Actor etiam præsens confirmat, se ratum habiturum, quod procurator egerit, nec tunc à procuratore ejus exigitur cautio de rato, l. 65. hoc tit. l. unic. C. de satisf. Procurator autem actoris absentis cavet de rato omnimodo. Procurator rei absentis cavet judic. solvi, in judiciis in personam, non de rato, l. 45. §. ult. inf. hoc tit. l. 5. §. ult. & l. seq. de novi operis nunt. non cavet de rato, exceptis quibusdam casibus, qui postea explicabuntur. In judiciis autem in rem procurator rei absentis utramque cautionem cavet, de rato scilicet, & judic. solvi, l. 40. §. sed & is, hoc tit. Unde si procurator agat nomine absentis, & vicissim dominum ex edicto defendat uti oportet, quum mutuae actiones sunt, ut actor ante litem contestatam satisficere cogitur dominum rem ratam habiturum, quia periculum est, ne iterum dominus de eadem re experiatur, ne eundem actum retractet, qui à procuratore ejus actus est. Quod ne fiat impune, maxime rei interest, ne scilicet reus impune de eadem re sæpius conveniatur, & vexetur; & ideo cavere ei procurator, qui prius agit, debet de rato sub pœna certa quatenus actor est. Idem vero procurator, quatenus est defensor, quia scilicet, & dominum vicissim defendit adversus eum, quo cum agit nomine domini, ut defensor, inquam, in judiciis in personam satisficat judicatum solvi, non rem ratam dominum habiturum. Ratio est, quia nulla via patet do-

mino ad eum actum retractandum; nulla actio; nulla restitutio. Nam & quæ ex judiciis in personam solutio fit, sive præstatio, cum effectu juris fit, dominio translato in accipientem, nec retractari potest, aut revocari ab eo, qui suum accepit. In judiciis in rem solutio, sive restitutio fit nudo pacto transferendæ possessionis, & ideo facile revocari potest à domino. Et in judiciis in rem ideo defensor absentis, & judicatum solvi, & de rato cavere debet, quia periculum est, ne reversus dominus, cujus defensor extitit, ab actore, qui rem evicit, eam rem quandoque vindicet, nec judicatum stare, vel probare, quod falsus procurator gessit, velit. Quod ostenditur in l. 40. §. sed & is, qui, hoc tit. Quamobrem, & in actionibus præjudicialibus, quæ in rem esse videntur, §. præjudiciales, Instit. de act. non tantum procurator ejus, qui ex libertate hominem in servitutem petit, qui actoris partes sustinet, l. 7. §. ult. de lib. caus. non, inquam, hic tantum cavere debet de rato, sed & procurator ejus, qui homine ex servitute in libertatem proclamante, contradicit se esse dominum, qui defensoris partes sustinet, hic etiam de rato cavere debet, quia præjudiciale judicium est in rem, l. 39. §. si status, hoc tit. l. 8. §. ult. rem rat. haberi. Sed in quibusdam judiciis in personam defensor absentis cavet non tantum judicatum solvi, sed etiam de rato, ut in specie d. l. 39. §. est & casus: minor petit restitutionem in integrum adversus venditionem à se factam, quasi circumscriptus, defensor actoris absentis, qui rei partes sustinet, satisficat hoc casu, non tantum judicatum solvi, sed etiam de rato, quia fieri potest, ut post restitutionem minoris, reversus emptor aliquid à minore petat, quod defensor ejus non petiit ex causa emptionis venditionis. Et ideo, ut per omnia ratum sit judicium, quod minor exercuit cum defensore actoris: præstanda minori est etiam cautio de rato sub pœna certa. Idem servari eadem lex ostendit, §. ult. & l. 6. rem rat. hab. quum suspectus tutor postulatur, qui peregre abest: nam defensor ejus non tantum judicatum solvi, sed & de rato cavere debet: quia fieri potest, ut reversus tutor agat contraria actione tutelæ, & petat aliquid à pupillo ex causa administrationis. Idem evenit in tribus casibus, qui notantur in l. 35. §. ult. & l. 36. quæ est ex eod. lib.

Ad §. ultim. L. XXXV. de Procurat. Sed & hæc personæ procuratorem debent defendere, quibus, sine mandato agere licet: ut puta liberi, licet sint in potestate: item parentes, & fratres, & adfines, & liberti.

Ad §. Patronus libertum, & per procuratorem, ut ingratum accusare potest, & libertus per procuratorem respondere.

Ad §. Non solum autem si actio postuletur à procuratore, sed & præjudicium, vel interdictionem, vel si stipulatione legatorum, vel damni infecti velit caveri: debet absentem defendere in competenti tribunali, & eadem provincia. Ceterum cogi eum etiam in provincia de Roma abire: vel e contrario, vel à provincia in aliam provinciam, & defendere, durum est.

Ad §. Defendere autem est id facere, quod dominus in litem faceret, & cavere idonee. Nec debet durior conditio procuratori fieri, quam est domini: præterquam in satisficendo. Præter satisficationem procurator ita defendere videtur, si judicium accipiat. Vnde quæsitum est apud Julianum, an compellatur, an vero sufficiat ob rem non defensam, stipulationem committi? Et Julianus scribit libro tertio digestorum, compellendum accipere judicium: nisi & agere causa cognita recusaverit, vel ex justa causa remotus fuerit. Defendit procurator etiam, qui patitur, quod dominus pateretur. Defendere videtur procurator, & si in possessionem venire patitur, cum quis damni infecti satisfidari, vel legatorum desideret.

Ad L. XXXVI. eod. Vel in operis novi nuntiatione: Sed & si servum ex causa noxali patitur duci, defendere videtur. Ita tamen, ut in his omnibus ratam rem dominum habiturum caveat.

Videamus quinam ii sint casus, qui proponuntur in hac l. 35. Accursius facit quatuor, sed commodius rediguntur in tres casus tantum. Primus casus hic est: Procurator eum, cujus nomine agit, videtur defendere, etiam si cum

cum ab eo vicissim desideraretur cautio legatorum, vel cautio damni infecti, quæ poterat ab eodem desiderari, à domino, cujus nomine agit, ea cautione non præstita, si passus sit adversarium venire in poss. cum scilicet, id domino magis expediret, quam cavere, cum id ipsum dominus facturus erat. Secundus casus hic est, quo similiter procurator cum, cujus nomine agit, recte defendere videtur, etiam si cum invicem agit adversarius actione noxali, quam habuit adversus dominum omiſſa defensione servi, eum servum jussu prætoris duci passus sit, cum id domino magis expediret, servum scilicet dedi in noxam, quam defensionem ejus suscipi, & subiri. Sed his duobus casibus defensor, qui id patitur, cavere debet de rato, ne reversus dominus oblata cautione damni infecti, vel legatorum missum in poss. expellat; vel ut hoc casu secundo, ne oblata defensione servum recipiat, l. 2. §. ult. si ex noxal. B *caus. agatur.* Et hi duo casus, eorumque ratio apertissima est. Tertius casus, vel si spectas ordinem scripturæ, secundus à Paulo destinatur his verbis d. l. 36. *vel in operis novi nuntiatione.* Quæ verba perobscura sunt, vel eo maxime, quod hoc casu, qui comprehenditur his verbis: *vel in Operis novi nuntiatione à defensore exigatur cautio de rato.* Namque ait in his omnibus defensorem cavere debere, ratam rem dominum habiturum. In his omnibus ergo, non in duobus tantum casibus, sed & in tribus: nam omnes dicuntur, vel minimum de tribus, non de duobus tantum, ut est initio libri primi Aristot. de cælo, ut duos homines non dicemus omnes, sed ambos, vel utrumque: nomen omnium accommodamus primum ad tertium. Ergo cum dicat, *in his omnibus*, ne dubitemus cum Accursio, an contineatur & tertius. Hoc igitur casu etiam à defensore exigatur cautio de rato, quæ tamen non videtur exigi in causa nuntiationis novi operis, l. 5. §. ult. & l. seq. de novi oper. nuntiat. l. 45. §. ult. inf. hoc tit. Sed ut breve faciam, quoniam & hoc fufius explicaturus sum in illa l. 45. lib. 9. est enim ex libro seq. in iis locis non agitur principaliter de nuntiatione novi operis, sed de interdicto prohibitorio, ne vis fiat ædificanti: quod hoc loco nunc adnotasse satis est, dicturi ea de re uberius lib. seq. Et præterea ad illa verba l. 36. *vel in novi operis nuntiatione*, non ea species ponenda est, quæ proponitur in d. l. 45. §. ult. *vel in l. 6. de novi oper. nuntiat.* sed longe alia, nempe hujusmodi, & res erit perspicua admodum. Vicinus, cui nuntiatum est novum opus, id est, interdictum ne ædificaret, petit à prætore sibi remitti nuntiationem novi operis, ut sibi liceat ædificare, quasi scilicet nuntiatori jus nuntiandi, vel prohibendi non fuerit: ex parte nuntiatoris, cum is abeset, intervenit procurator quasi defensor, defendere absentem videtur, etiam si patiatur à prætore nuntiationem vicino remitti. Sed si hoc patiatur, & pati consultius esse ducat, cavere debet ratam rem dominum habiturum, quia potest reversus dominus, qui nuntiaverat novum opus adversus vicinum, qui se absente, & forte falso procuratore connivente, impetravit remissionem ædificandi, & ædificavit, agere interdicto restitutorio, ut scilicet demoliat, quod contra nuntiationem suam ædificavit. Neque enim falsus procurator absenti nocere debet. Imo est indignum quolibet interveniente, quem vicinus petit remissionem nuntiationis novi operis, dominum amittere beneficium prætoris, & utilitatem nuntiationis novi operis à se interpositæ. Quod ostendit d. lex 13. §. ult. de novi oper. nuntiat. Ex qua meo quidem judicio sola circumscripta Glossa Accursii, explicandus videtur hic casus, qui significatur his verbis, *vel in operis novi nuntiatione.*

Ad L. XLII. de Proc. *Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est, merito eum, qui de via publica agit, & privato damno ex prohibitione adficiatur, quasi privata actionis dare posse procuratorem. Multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is, ad quem ea res pertinet.*

Ad §. Ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest. Nam, & si pro publica utilitate exercetur, privata tamen est.

Ad §. Ea obligatio, quæ inter dominum, & procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati: sicut evenit, cum in rem suam procuratorem præstamus, eoque nomine judicatum solvi promittimus: nam si ex ea promissione aliquid præstiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus: ut fit cum fidejussor reum procuratorem dedit.

Ad §. Iste, cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est, heredem jure dabit procuratorem.

Ad §. Sed & dominum pignoris creditor recte dabit procuratorem ad Servianam.

Ad §. Porro si uni ex reis credendi constitutum sit, isque alium in constitutam pecuniam det: non negabimus posse dare. Sed & ex duobus reis promittendi alter alterum ad defendendum procuratorem dabit.

Ad §. Si plures heredes sint, & familia eriscunda, aut communi dividendo agatur: pluribus eundem procuratorem non est permittendum dare, quoniam res expediri non potest citra adjudicationes, & condemnationes. Plane permittendum dare, si uni coheredi plures heredes existant.

Ad §. Reo latitante post litem contestatam, ita demum fidejussores eum defendere videbuntur, si vel unus ex his eum pro solido defendat: vel omnes, vel qui ex his unum dederint, in quem judicium transferetur.

Ad L. de Pop. act. Eam popularem actionem dicimus, quæ suum jus populo tuetur.

Ad L. V. eod. Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest. Is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest.

Superest nunc ut explicem residuum legum de procuratoribus, simul ac residuas omnes ex eod. lib. 8. Et statim quidem initio l. 42. quod est de proc. conjungenda est l. 1. & §. de popular. act. quæ sunt ex cod. libro. Lex prima definit eam esse popularem actionem, quæ suum jus populo tuetur, & quæ ideo scilicet cuilibet competit ex populo occupanti agere, quæ & actio publica dicitur, l. eum, qui, §. in popularibus, de jurejur. Sed actio est civilis, non criminalis. Lex §. docet, eum, qui populari actione convenietur, procuratorem posse dare ad defendendum, quia civilis actio est, ut dixi. In criminali non posset dare, sed deberet per se litigare, & purgare crimen: Eum ergo, qui convenietur actione populari posse procuratorem dare ad defendendum, quia civilis actio est: ei vero, qui eam actionem movet, non licere procuratorem dare ad agendum. Ratio hæc est, quia quemcumque elegerit ad agendum, is etiam, sine mandato suo nomine, ut unus ex populo eam actionem habet: non jure datur quis procurator ad actionem, quam suo jure, & suo nomine cum effectu habet, ut ex contrario significat §. is, cui, & §. porro in hac l. Neque enim mandare quisquam popularem actionem potest ante litem contestatam, quia nec ante litem contestatam eam actionem in bonis suis habet, l. pœnalis, ad leg. Falci. l. pen. de pop. act. l. 12. de verb. signif. Quæ de causa nec ante litem contestatam pro actione populari fidejussor datur, quia nec antequam aliquis litem contestatus sit, ex ea quicquam deberi intelligitur, antequam extiterit actor aliquis, qui moveat pop. actionem, l. si quis pro eo, in fine, de fidejuss. Idque quod proponitur in d. l. 5. simpliciter ita se habet plurimum, sive regulariter, ut scilicet actio popularis procuratori mandari non possit ante litem contestatam: Addenda tantum est ea exceptio, nisi res ad eum pertineat, qui procuratorem dat ad agendum pop. actione: Cujus rei, sive exceptionis duo exempla proponuntur initio hujus l. 42. Unum, si quis via publica uti prohibeatur, per quem solebat, exempli gratia, in fundum suum commere, si ex ea re, ex ea prohibitione damnum in rebus suis sentiat, nempe ei competit interdictum populare de via publica, in quo tantum habetur ratio privati damni, quanti scilicet ejus interfit viam sibi publicam non prohiberi. Quæ ratione eam actionem, quasi privatam, mandare procuratori potest etiam ante litem contestatam, ut l. 45. §. qui ita, sup. hoc tit. l. pen. ne quid in loco pub. Et multo

multo magis, inquit Paulus (quod est alterum exemplum) A procuratori mandare quis potest actionem pop. sepulchri violati, si ad eum res pertineat, si sepulchrum, quod violatum est, sit familiare, aut hereditarium. Cur multo magis? nempe quia ejus actionis, quamvis sit popularis, formula non de loco publico concipitur, ut interdictum superius de via publica, sed de sepulchro, sive monumento, quod etiam religio occupavit, tamen videtur quodammodo esse privati juris, & ad heredem pertinere, qui agit de sepulchro hereditario, vel ad cognatum, qui agit de sepulchro familiari, quia jus ejus sepulchri habet proprium non commune cum populo, l. 2. *sed & illa interdicta, de interd.* Verum ut proponitur in §. 1. *hujus legis*: ad civilem actionem injuriarum ex l. *Cornel.* puta, nam his tantum casibus competit actio injuriarum, ex l. *Cornel.* quod liber homo pulsatus sit, quod ductus ei pugnus sit, aut calx, aut quod liber homo verberatus, domusque ejus vi introita sit: ad hanc, inquam, actionem dari procuratorem posse constat: nam etiam pro publica utilitate exercentur, vindicandae publicae libertatis gratia, privata tamen est, non popularis, & non cuilibet ex populo defertur, sed ei tantum, ad quem res pertinet, id est, ei, qui pulsatus, vel verberatus est. Non omnis actio, quae ad publicam utilitatem pertinet, etiam publica, aut popularis est. Ad actionem servi corrupti, & ad actionem furti non est dubium etiam procuratorem dari posse, l. 2. *C. ad l. Fabiam, l. 4. C. de furtis.*

Ad §. *ea obligatio.* Sequitur in hoc §. regulariter inter dominum, & procuratorem contrahi mandatum, vel obligationem mandati, & ex ea obligatione (obligatio enim dicitur esse parens actionis) nasci vltro citroque ex eo contractu actionem mandati: dominum esse mandatorem, eique dari directam mandati actionem, procuratorem esse mandatarium, eique dari contrariam. Aliquando tamen, ut Paulus ostendit in hoc §. ex eo mandato non obligatur domino procurator, sed ex alio contractu, quamvis causa sit eadem. Idque probat propositis duobus exemplis, quae admodum singularia sunt. Vendidi tibi hereditatem, & cum agerent mecum creditores hereditarii, ut possunt, l. 3. *C. de pact. l. 2. C. de hered. vend.* te feci procuratorem ad defendendum in rem tuam, inquit, quia ut hereditatem emisti, & loco heredis successisti: te, inquam, feci procuratorem in rem tuam ad defendendum adversus creditores hereditarios, eoque nomine pro te consentiente exposui cautionem judicatum solvi, si quid ex ea cautione conventus praestitero, id a te consequar, non actione mandati, quamvis inter me, & te litis dominum mandatum intercesserit, sed actione ex vendito, ex cujus causa tu debuisti subire onus aëris alieni hereditarii, & me, qui vendidi hereditatem, liberare, l. 2. §. *ficus, de here. vend.* Et hæc te obligatio, venditi scilicet, tenuit obstrictum, priusquam tibi mandarem defensionem, & pro te caverem judicatum solvi; ubi antiquior obligatio satis abundeque efficax est, nova neque opus, neque ei locus est. Aliud exemplum est hujusmodi. Qui pro debitore mandatu ejus apud creditorem fidejusserat, cum ex stipulatu a creditore conveniretur, debitorem dedit procuratorem ad defendendum, & pro eo cavet judic. solvi, si ex ea cautione conventus fidejussor aliquid praestiterit, id consequitur a reo principali, non ex posteriore mandato, non actione mandati posterioris, quo ipsi reo mandavit defensionem, sed actione mandati prioris, quo reus ei mandavit, ut pro se fidejuberet, quia & hoc ei mandasse videtur, ut pro se solveret, l. *indebitum, de cond. indeb.* vulgo fertur, *qui fidejubes, solvit.* Sane qui mandat fidejuberere, & mandare intelligitur fidejussori, ut solvat. Ubi autem prius mandatum satis plenum est, posterioris ratio non habetur. Ubi antiquior actio, & obligatio plena est, junior pro nulla, aut supervacua habetur. Et hic est sensus, & sententia hujus §. sane elegantissima. Nec quicquam ei obstat l. *si mandatu, in fine, mand.* quam adducit Accursius, cujus species longe diversa est a specie hujus §. in specie d. l. *si mandatu meo, in fine,* debitor creditori suo delegavit suum debitorem, & mandavit creditori, ut cum suo debitore ageret, is egit, nec quicquam exegit: creditori non datur actio adversus prio-

rem debitorem ex pristina causa, sed ex sequenti mandato, quod pristinam causam sequutum est, nimirum, quia mandato, & delegatione debitoris sublata est pristina causa, superest tantum causa mandati. In specie autem secundo loco proposita in hoc §. pristina causa non fuit sublata, & ideo ex pristina causa agitur, non ex nova, quæ pro nulla habetur, quoniam supervacua est.

Ad §. *iste, cui hered.* Sequitur in hoc §. fideicommissarium, cui ex Senatusconsulto Trebell. restituta est hereditas, recte procuratorem dare ad exercendas utiles actiones hereditarias, quæ sibi ex Senatusconsulto Trebell. competunt restituta hereditate: recte, inquam, procuratorem dare heredem ipsum, qui ipsi restituit hereditatem. Qua de re tamen ambigi poterat, quia hoc genere mandat suas actiones fideicommissarius heredi, qui eandem habet jure directo & suo nomine. Nec enim directæ actiones transeunt in fideicommissarium Trebellianum, sed utiles tantum. Verum ut respondeam, illæ directæ actiones, quæ remanent apud heredem, qui restituit hereditatem ex Senatusconsulto Trebell. inanes sunt, & inefficaces, quia per exceptionem Trebelliani, vel per exceptionem restitutæ hereditatis infirmantur, l. *Stichum, §. aditio, de solut. l. si qua 28. de jud. l. 1. §. quamquam, lita tamen, §. qui ex Trebell. ad Senatusc. Treb.* Et ideo applicabitur huic §. convenienter admodum l. 112. de reg. jur. quæ est ex eod. libro 8.

Ad L. CXII. de Reg. jur. *Nihil interest ipso jure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur.*

Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, vel adversarius se per exceptionem tueatur. Denique nihil interest heres, qui restituit hereditatem ex Senatusconsulto Trebell. directas actiones hereditarias non habeat, an per exceptionem restitutæ hereditatis infirmetur. Et ideo jure ipse heres datur procurator ad exercendas utiles actiones, quæ fideicommissario Trebelliano competunt, quia nullas ipse suo nomine videtur habere, l. 75. de verb. oblig. Et ita illa regula proprie ex illo loco explicanda, quod non animadvertenter interpretes.

Ad §. *sed & dominum* L. XLII. Additur in hoc §. recte etiam debitorem, eundemque dominum pignoris a creditore hypothecario procuratorem dari ad exercendam actionem hypothecariam adversus extraneum possessorem pignoris, quia etiam jure domini debitor ipse suo nomine actionem in rem habeat: non tamen habet actionem in rem jure pignoris, sine mandato creditoris. Alias qui suo nomine actionem habet, ei ab alio frustra mandatur actio, ut diximus initio hujus l.

Ad §. *porro.* Subjicit in hoc §. etiam recte unum ex reis credendi ab altero, cui debitor se soluturum pecuniam constituit, procuratorem dari ad agendum de constit. pecunia; quia in ea actione de constituta pecunia, quæ soli mandatori constituta est, mandator non est correus, sed in actione principali tantum, id est, actionem de constituta pecunia non habet suo nomine. Et e converso etiam recte unum ex reis debendi ab altero, quo cum creditor agit, procuratorem dari ad defendendum, quia actio, vel obligatio, quæ constituitur ei, consistit in persona mandatoris, non consistit etiam eadem in persona sua, sed alia quædam propria, in unoquoque sua propria, l. 9. in fine, de duob. reis constituendis.

Ad §. *penultim.* In §. *pen. h. l.* ostenditur, si agatur inter coheredes fam. ercisc. vel de hereditate dividenda, vel communi dividendo. Nam & hoc judicium inter coheredes esse potest, l. *si filia, §. familia, fam. ercisc.* si, inquam, inter coheredes agatur fam. ercisc. vel communi divid. non posse omnes unum eundemque procuratorem dare, quoniam, inquit, res expediri non potest citra adjudicationes, & condemnationes. In his judiciis fam. ercisc. vel communi divid. singularæ

gulae res singulis adjudicantur. At si in alterius persona adjudicatio praeponderare videatur, si alterius portio praegravare videatur, is vicissim aequalitatis constituenda gratia, alteri vicissim certa pecunia condemnatur. Pecunia mensura est aequalitatis. Id vero ita fieri non potest in una persona, quia non potest uni adjudicari res, idemque sibi ipsi condemnari. Itaque per unum hominem, per unum procuratorem haec negotia explicari non possunt. Igitur singuli coheredes debent dare singulos procuratores, ut commodè expediantur adjudicationes, & condemnationes, & dare ante litem contestatam, ut fit. Sunt in hoc §. *μετ' ε'ωποι*, qui fingunt hic agi de dando procuratore post litem contestatam, qui si daretur post litem contestatam, in ejus persona condemnationes fieri non possent, l. 14. de his, qui not. inf. l. 1. C. de sent. & interloc. quia in actionibus civilibus nullus alius condemnari potest, quam is, in quem lis contestata est. Is, in quem lis contestata non est, etiam si caetera judicii peregerit, condemnari non potest, & ita explicandus hic §. cui nihil obstat, quod adfert Accurs. ex l. accipientis, de autt. tutor. unum eundemque tutorem posse auctorem esse pupillo agenti, & pupillo defendenti, quia hic nulla talis est ἀμύχανια, vel difficultas, quandoquidem non ipse tutor litem agit utriusque, sed pupilli singuli litem agunt separatim, eodem tutore auctore, nec unam eandemque litem, sed diversam. At ut subjicit in hoc §. pen. si unus ex coheredibus plures heredes reliquerit, nullum incommodum vetat omnes ad actionem fam. exciscundam unum procuratorem dare, quia & ipsi unius coheredis vice sunt, l. 48. fam. excisc.

Ad §. ultim. In §. ult. ostenditur, fidejussores jud. solvi à reo datos post litem contestatam à reo, eodem reo latitante, & deserente litem, reum recte defendere videri, prout caverunt, si ex suo numero unum procuratorem elegerint, in quem judicium transferatur in solidum, quod deseruit reus. Nam quod notandum ex hoc loco maxime hoc casu, etiam si litis contestatione ipsi fidejussores facti non sint domini litis, quia non ipsi litem contestati sunt, sed reus; tamen procuratores dare possunt ad litem exequendam, quia & suscepta tota defensione pariter litis domini fiunt. Recte igitur videntur rem reumque absentem defendere, si ex suo numero unum procuratorem faciant in solidum, in quem judicium transferatur, quod deseruit reus, vel etiam si ultro ex eis unus in solidum defensionem suscipiat, vel si omnes simul pro sua quisque parte, si modo hoc actor æquo animo ferat, l. 5. §. si plures, judic. solvi. Alioquin si susceperint defensionem, in eos committetur stipulatio judicatum solvi, ob rem non defensam. Quæ est sententia §. ult.

Ad L. LXXXVI. de Solut. Hoc jure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur. Nam & absurdum est, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse. Si tamen ad hoc datus sit, ut & solvi possit: solvendo eo liberabitur.

Restat ex hoc lib. l. 86. de solut. quæ ait, procuratori dato ad agendum, si vicerit, non dari actionem judicati, non posse solvi judicatum, sed domino solvi, ut l. 28. de procurat. Et ideo nec ei procuratori dato ad agendum tantum ante rem judicatam solvi posse. Si post rem judicatam ei solvi non potest, qui litem egit alienam: ergo nec ante rem judicatam ei solvi potest; nisi & hoc ipsum ei mandatum sit nominatim, ut non ageret tantum, sed etiam exigeret, vel nisi fuerit procurator in litem suam, in rem suam, hic enim est loco domini, & ei quoque datur actio judicati, l. 4. de re judicata. Quod etiam ostenditur in l. 13. de pactis, ubi id fusius exposuimus lib. tertio.

A * * * * *

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. IX. PAULI AD EDICTUM
RECITATIONES SOLEMNES.

- A**d L. XLI. de Procur. Fœminas pro parentibus agere interdum permittitur causa cognita: si forte parentes morbus, aut ætas impediatur: nec quemquam, qui agat, habeant.
- A**d L. XLIII. eod. Mutus & surdus per eum modum, qui procedere potest, procuratorem dare non prohibetur, forsitan & ipsi dantur, non quidem ad agendum, sed ad administrandum.
- B** **A**d §. Cum quaeretur, an alicui procuratorem habere liceat, inspiciendum erit, an non prohibeatur procuratorem dare, quia hoc edictum prohibitorium est.
- A**d §. In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit: defensionem ut procurator prestare cogendus non est.
- A**d §. Is, qui curatorem alicui presentem petat, non aliter audietur, nisi adulto consentiente: quod si absenti: ratam rem eum habiturum necesse habet dare.
- A**d §. Pœna non desistentis procuratoris hæc est, ut denegetur ei actio,
- A**d §. Si procurator agat, & presens sit absentis servus: Attilianus ait servo cavendum, non procuratori.
- A**d §. Qui non cogitur defendere absentem, tamen si judicatum solvi satisfecit defendendi absentis gratia, cogendum procuratorem judicium accipere, ne decipiatur is, qui satis accepit. Nam eos, qui non coguntur rem defendere, post satisfactionem cogi. Labeo, causa cognita temperandum: & si capti actoris sit propter temporis tractum, judicium eum accipere cogendum: quod si aut ad finem dirempta sit, aut inimicitia intercesserint, aut bona absentis possideri experit.
- A**d L. XLV. eod. Non cogendum. Sabinius autem nullas prætoris partes esse ad compellendum defendere: sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse: ac si justas causas habeat, cur judicium accipere nolit, fidejussores non teneri: quia vir bonus arbitraturus non fuerit, ut qui justam excusationem adferret, defendere cogere. Sed & si satis non dedit, sed repromissit ei creditum est: idem statuendum est.
- A**d §. Qui ita de publico agunt, ut & privatim commodum defendant: causa cognita permittuntur procuratorem dare, & postea alius agens exceptione repellitur.
- D** **A**d §. Si procuratori opus novum nuntiatum sit: isque interdicto utatur, ne ei vis fiat ædificanti: defensoris partes eum sustinere, nec compelli cavere ratam rem dominum habiturum, Julianus ait. Et si satisfecerit, non animadverto (inquit Julianus) quo casu stipulatio committatur.

In hoc libro, quantum apparet ex l. 41. 43. & 45. de procurat. Paulus egit de eo edicto, ex quo, qui agit absentis nomine, & absentem viri boni arbitratu defendere debet. Quod de procurat. lib. sup. fecimus edictum tertium, & de alio edicto, quod nunc facimus quartum, & est de his personis, quæ procuratorem dare, darique non possunt, & dicitur esse edictum prohibitorium, l. 43. §. 1. quia in eo prætor certas personas prohibet procuratorem dare, vel procuratorem habere, veluti infames, §. ult. Instit. de except. extra quas cuilibet procuratorem habere licet, & in actionibus, quas habet adversus alium, vel quas alius adversus se habet, quæ ei, vel adversus eum competunt, & in administratione rerum, aut bonorum, & secundum hoc initio legis 43. Paulus ait, mutum & surdum procuratorem dare posse ad agendum, vel defendendum scilicet; & multo magis ad rerum administrationem, nimirum, quia edicto non prohibetur mutus, & surdus habere procuratorem. Dare igitur procuratorem possunt ad lites, per eum modum, inquit, Paulus, qui procedere potest, κατὰ τὸν ἐνδεχόμενον τρόπον, id est, si intelligant quid agant, idque quod agunt, quod intelligunt se agere propalam demonstrant, l. propalam 2. inf. de bon. poss. furioso, & infanti, &c. nam & in mandato contrahendo, H quod

quod negotium solum contrahitur inter dominum, & procuratorem, nudus consensus sufficit, nec ulla verborum proprietates necessaria est. Eodem modo Innocentius Pontifex Rom. in cap. 23. ext. de sponsal. & mari. mutum, & surdum matrimonium contrahere posse, quia, inquit, quod sumit ex hac lege 43. cum & prohibitorium sit edictum de matrimonio contrahendo, quicumque non prohibetur per consequentiam admittitur, & sufficit ad matrimonium solus consensus eorum, qui coeunt, & quorum in potestate sunt. An autem mutus, & surdus etiam procuratores dari possint, Paulus in hac explicat his verbis: *Forfitan, inquit, & ipsi quidem dantur, non ad agendum quidem, sed ad administrandum*, forfitan autem, inquit, more Academicorum; interim tamen, & exprimens suam sententiam eo genere loquendi, & placet versus ille Accursii:

Sub dubio sorte, respondent saepe periti.

Ergo hoc ait Paulus, mutum, & surdum non posse procuratores dari ad agendum, vel defendendum, sed ad administrandum tantum, optima ratione, quia res, sive bona administrari possunt etiam ab eo, qui non loquitur, nec audit. Lis autem ab eo agi, & iudicium exerceri sane non potest, ubi interrogationes, responsiones, disceptationes frequenter necessariae sunt. Qua ratione nec surdus, aut mutus tutor esse, aut dari potest, l. 1. §. ult. de tut. l. pen. §. mutus, de legit. tut. Quia non tantum bonis administrandis tutor datur, sed etiam litibus exercendis, quae ad pupillum pertinent, vel ad praebendam auctoritatem pupillo litiganti necessariam, vel quod aliud gerenti civile negotium, quod expediri sine sermone tutoris non potest. Porro ex aliis, qui in actionibus procuratores dari non possunt, sunt etiam infames iure veteri, non novo, §. ult. Instit. de except. Sunt ex his etiam milites, l. 8. §. milites, & l. 54. b. i. Itemque foeminae, d. l. 5. §. l. 2. de reg. jur. nisi forte pro parentibus, ut ait idem Paulus l. 41. foeminis interdum permitti causa cognita pro parentibus agere, si forte, inquit, parentes morbus, aut aetas impediatur, nec quemquam alium, qui agat, habeant: alioqui foeminae fieri ad actiones procuratores non possunt. Ejus generis sunt impuberes, d. l. 2. §. ult. de reg. jur. nam etsi impuberes sint, possunt quidem fieri procuratores ad administrandum, sicut & infirmos fieri possunt: nam & imputatur eis, qui eis committit administrationem rerum suarum: sed non possunt etiam fieri procuratores ad agendum, vel defendendum.

AD §. in popularibus. Sequitur in d. l. 43. in popularibus actionibus non esse locum edicto, quo cavetur, ut qui alieno nomine agit, eum defendat, cuius nomine agit, quia is, qui pop. act. agit, non debet invicem populum, sive remp. defendere, si reconvenitur nomine reip. ab eo, quo cum agit populari actione. Et ratio haec est, quia suo nomine agit, ut unus de populo, non populi nomine, non ut actor, vel procurator populi, aut civitatis: Et edictum illud loquitur de eo tantum, qui alieno nomine agit, ut & vicissim eum, cuius nomine actionem dari sibi postulat, defendat viri boni arbitrato. Alioquin si quis agat non ut unus ex populo, sed ut actor populi, vel civitatis constitutus decreto ordinis, proculdubio & populum, sive remp. defendere cogetur, ex eodem edicto, ut hoc ipso libro Paulus scripsit, l. 6. §. actor, tit. seq.

AD §. is, qui curatorem. Loquitur de curatore adolescentis, qui in litem datur, non de curatore negotiorum, aut rerum adolescentis, quoniam hic titulus est de procuratoribus ad lites, quibus non possunt apte curatores adungi, nisi qui ad lites curatores sunt. Curator autem adolescenti ad litem petitur vel praesenti, vel absentis: si praesenti, consensus adolescentis exigitur: si absentis, rati habitio. Qua de re etiam, ut hic proponitur, cavere debet adversario adolescentis is, qui ei absentis curatorem petit, videlicet, ratam rem eum habiturum. Quae stipulatio committitur, si reversus adolescens non agnoscat quae is curator egit, quodve cum eo actum est in iudicio, nimirum ut qui petitur curatorem absentis, & adversario cavit de rato, adversario praestet, quanti ejus interest, denuo eandem litem non agere, aut subi-

Are, quam retractat reversus adolescens, & propter impendia, quae in priorem litem cum curatore expertus fecit. Et ita explicandus est hic §. Videtur tamen huic obviare, quod dicitur, invito adolescenti dari curatorem ad litem, §. 1. Instit. de curat. Sed hoc ita accipiendum est ex l. 3. §. pen. de tut. & l. 1. C. qui petant. tut. ut si adolescens, quo minus cum eo agatur, sibi curatorem dari nolit ad litem, tum cogatur curatorem accipere, quem dederit praetor, ne frustretur actor, ne sit inane, elusoriumque iudicium: quia sine curatore cum adolescente lis nulla est. Adolescens non est iustus, & legitimus litigator sine curatore, qui suppleat, quod ejus aetate deest, l. 2. C. qui leg. pers. stan. in jud. habent. Non datur quidem curator ad litem adolescenti, nisi praesenti, aut petenti, aut consentienti ei, qui petit: sed si neque alius petat, neque ipse petere velit, ut iudicium ratum sit a praetore, datur etiam invito. Quod si forte datus sit absentis, & ignoranti, reversus alium curatorem petere potest, neque cogitur ratam facere dationem curatoris se absentis factam, ratumve facere, quod is interim gessit in iudicio.

AD §. Pœna non. Hoc est omnino ex edicto praetoris, ut cuius nomine quis postulat actionem sibi dari, & vicissim, ut recte defendat eum: aut si non defendat, denegatur ei actio, quam postulat, l. 7. de nov. op. nunt. l. 3. §. ult. vet. anot. l. un. C. de satisf. Quod & notandum ad illud edictum, sive adjiciendum, quod proponitur in l. 43. §. pen. Nam & hoc edicto expressum fuisse ait l. 5. C. eod. tit. de procur. ut non defendenti denegetur actio, quam postulat nomine absentis.

AD §. Si procurator. Sententia haec est. Si procurator agat nomine absentis, reo cavere debet de rato, si dubitetur de mandato, & vicissim procuratori reus, si invicem agat, aut etiam si non invicem agat: Si, inquam, procurator agat nomine absentis, reo cavere debet de rato, & reus vicissim cavere debet procuratori jud. solvi: procuratori, inquam, nisi praesens sit absentis servus: tunc enim servo domino stipulanti reus cavere debet judic. solvi, non procuratori, quia per servum domino acquiritur actio directa: per procuratorem acquiritur utilis, non directa: quia regulariter per liberam personam non acquiritur actio. Per procuratorem igitur non acquiritur domino actio directa, sed utilis tantum, & melius est experiri directa actione, quam utili, ut hic locus aperte docet. Et sane non est necessaria utilis, ubi competit, aut directa competere potest, l. pen. inf. de sem. pass. l. si reus, ad Senatuscons. Trebell. Qua ratione, & servo civitatis, si praesens sit reus, quo cum actor civitatis agit, nomine publico cavere debet judic. solvi potius, quam actori, l. ult. tit. seq.

AD §. ultimum. L. XLIII. Quod proponitur in §. ult. hujus l. 43. quodque coheret cum initio legis 45. ejusdem Pauli, majoris est momenti, & id explicabo dilucide. Is, qui cogitur absentem defendere ex edicto praetoris, praestita cautione iudicatum solvi, qui ejus nomine agit, quod jam dictum est saepe, ut actor satisfat de rato, ut defensor satisfat jud. solvi, & cogitur omnino eum defendere, nisi velit actionem ei denegari: ceterum qui absentis nomine non agit, sane invitus absentem non cogitur defendere, l. 8. §. invitus, & l. invitus, C. eod. tit. l. 156. de reg. jur. nisi scilicet: nam duae sunt exceptiones, & prima haec est: nisi, inquam, pro eo consentiente dominus caverit jud. solvi, qui consentit, dominum defendere cogitur, & iudicium accipere ex primo edicto Praetoris, l. 8. §. ult. hoc tit. Itemque, quae est secunda exceptio, nisi ut ostenditur in hoc §. ultimo, jam ipse, qui se obtulit defensionis, satisfecerit, aut repromiserit, quantum ei creditum est judic. solvi. Nam praestatio cautionis hujus initium defensionis est, qui autem coepit defendere absentem, honeste non potest imperfectam defensionem ommittere. Ergo post praestitam satisfactionem, vel repromissionem jud. solvi, cogitur omnino iudicium accipere, & caetera litis exsequi, & ad extremum perducere. Et ita sentiebat Labeo, ut Paul. refert in hoc §. hac ratione, ne decipia-

cipiatur is, cui cavet iudic. solvi. In qua cautione inest & clausula de re defendenda, de iudicio accipiendo, & lite contestanda, & iudic. solvi. Ne decipiatur ergo is, qui satis accepit, neve in captionem seu fraudem incidat propter temporis tractum, ut l. 12. sup. hoc tit. puta actione temporali (quæ actori competebat, qui satis accepit) temporis tractu perempta, dum ille, qui satisfecit iudic. solvi, cunctatur in iudicio accipiendo, in lite contestanda, iudicio accepto actio temporalis perpetuata fuisset domino. Et ideo si dum is moratur iudicium accipere, actio tempore perierit, ne ea res sit fraudi actori, omnimodo cogitur iudicium accipere, qui ultro satisfecit, vel repromisit iudicatum solvi cum non cogeretur absentem defendere. Ex causa tamen, ut idem Labeo dicebat, nec post satisfactionem sive repromissionem iud. solvi, ille cogitur iudicium accipere, nec stipulatio iudic. solvi committitur adversus eum. Exempli gratia: si is, qui cavet iudic. solvi, fuerit gener ei, quem cepit defendere, & hæc affinitas ei fuerit causa suscipiendæ defensionis, quæ morte uxoris dirempta fuerat, ut affinitas morte perimitur, s. affinitatis, Institut. de nupt. Et in Sextiana: Albino soceri nomen admississe mortem filia. Si paulo post præstitam cautionem iud. solvi affinitas dirempta fuerit, non exequetur cætera litis, nec iudicium accipiet invitus. Idem erit, si capitales inimicitia intercesserint inter eum & dominum absentem, vel etiam, ut subjicit in fine hujus l. 43. si bona absentis, quem cepit defendere, cum non cogere, a creditoribus possideri cœperint, ut periculum sit, ne veneant, ne absens redigatur ad extremam paupertatem, ne ei vivo funus ducatur, ut est in Quintiana: nam pro mortuo habetur is, cuius bona possidentur a creditoribus, proscribuntur, & veneunt, l. actione, s. 1. pro socio. Et hoc igitur casu, qui cepit eum defendere, iuste recusat iudicium accipere, & defensionem ejus subire, qui in eo est, ut redigatur ad egestatem. Quod & confirmat l. Titius, hoc tit. Sed si nulla iusta causa fuerit recusandi iudicii, sane, qui cum non cogeretur absentem defendere, cavet iud. solvi, omnimodo cogitur iudicium accipere, & litem contestari, ex sententia Labeonis, nam ex Sabini sententia, quæ videtur obtinuisse, & quæ proponitur ab eodem Paulo initio l. 45. ex Sabini inquam, sententia, qui fuit diversa Scholæ, is, qui non cogitur defendere, etiam si satisfecerit, aut repromiserit iud. solvi, non cogitur omnimodo, id est, destriçte, & præcise iudicium suscipere, & litem contestari: sed stipulatio adversus eum committitur ob rem non defensam, & præstando actori id, quod interest, liberatur. Cæterum si agatur cum eo ex stipulatione iudic. solvi, ob rem non defensam, in eo iudicio æstimabitur, justam ille habuerit necne causam recusandi iudicium accipere, ut si justam habuerit, absolvatur, quia non simpliciter suscipere defensionem, & reum defendere promisit, sed boni viri arbitratu; & boni viri arbitratui congruit, ne iudicium suscipere cogatur, qui id recusandi iustas causas habet, l. vir bonus, iudic. solvi. Sin vero justam causam non habuerit recusandi iudicii, condemnetur quanti ea res est: non etiam destriçte iudicium accipere cogatur. Hæc fuit sententia Sabinianorum, quæ etiam obtinuit. Cui nequicquam obstat l. 35. s. ult. hoc tit. quæ defensorem ait, omnimodo compelli iudicium accipere, præcise compelli iudicium accipere, nec sufficere ob rem non defensam stipulationem committi, quia, ut breve faciam, ille s. eaque lex tota de eo loquitur, qui cogitur defendere eum, nimirum cuius nomine agit, & cogitur iudicium suscipere, nisi & ex iusta causa recuset nomine ejus experiri, vel agere, vel æque ex iusta causa mutetur, & removeatur, qui agit absentis nomine, si absit iusta causa, & absentem præcise cogitur defendere. Idemque statuendum est de eo defensore, pro quo consentiente iudicatum solvi dominus satisfecit: nam hic omnino cogitur dominum defendere, aut iudicium accipere. Paulus autem in d. s. ult. & initio leg. 45. loquitur de eo, qui non agit absentis nomine, & ideo non cogitur præcise absentem defendere, tametsi caverit iud. solvi: sed sufficet committi stipulationem ob rem non defensam. Idem statuendum de eo defensore, pro quo non consentiente dominus satisfecit iud. solvi, ut scilicet non com-

Tom. II. Post.

pellatur iudicium accipere, nec agi etiam cum eo possit ob rem non defensam, qua de re nihil cavet, sed agi tantum possit cum domino, qui cavet illo ignorante, & non consentiente, l. 14. sup. hoc tit.

AD s. qui ita L. XLV. Exposui controversiam Labeonis, & Sabini, & dixi de eo, qui cum non cogeretur alium defendere, tamen pro eo satisfecit, vel repromisit iudic. solvi, an omnimodo compellatur iudicium accipere, Labeone dicente omnimodo compellendum esse, contradicente Sabino, nullas partes prætoris esse ad compellendum eum iudicium accipere, & sufficere cautionem, vel satisfactionem iud. solvi committi in solidum. Quæ sententia videtur obtinuisse, magisque probari à Paulo, quod sit ab eo relata secundo loco, nempe initio l. 45. Videtur igitur ab eo probata, quod relata sit posteriore loco. Nunc sunt nobis explicanda cætera, quæ sunt in ea l. 45. s. qui ita, & s. si procuratori: s. qui ita, est de pop. act. qua qui agit, si & privatum commodum persequatur, aut defendat, ut in exemplis propositis, & explicatis sup. lib. ad l. 42. quamvis ubi privatum commodum non defendit ante litem contestatam, non possit procuratorem dare, l. 5. de pop. action. hoc tamen casu cum & de publico agit, & de suo privato commodo causa cognita, ut Paulus ait hoc loco, ei procuratorem dare permittitur. Causa cognita, id est, eo cognito, & patefacto, rem ad eum pertinere. Et ita in l. 64. hoc tit. de qua tractabam non ita dudum, causa cognita sic accipi debet, id est, eo cognito litem nondum esse contestatam à defensore, dominum si velit iudicium accipere suo nomine, audiendum esse. Quæ interpretatio probabilis est, & probata, omnem tollit dubitationem, & omnem suspensionem adsciti glossematis. Ergo ait Paulus in hoc s. qui agit populari actione, si ea res etiam ad eum pertineat, proprie ante litem contestatam causa cognita, id est, si liqueat rem ad eum pertinere, procuratorem dare potest, & postea, inquit, alius agens, exceptione repellitur. Quo loco, postea, vel est, post rem iudicatam, vel post litem contestatam à procuratore, quem ad eam litem fecit procuratorem. Post rem iudicatam alium repelli exceptione rei iudicatæ, l. 3. de pop. act. l. 6. de sep. viol. Post litem vero contestatam alius si agat, repellitur except. doli, ut hoc loco recte Basilica interpretantur, ἡ κινῶν ἐπὶ τοῖς μετὰ ταῦτα ἐκβάλλεται δόλις παρεγγεγραφή. Quod confirmat etiam l. 3. s. si is, cuius, de sep. viol. quæ ostendit, non nisi ante litem ab alio contestatam admitti ad actionem sep. viol. quæ est popularis, eum, ad quem ea res pertinet. Post litem ergo contestatam non admitti præventionem unius ex populo, qui agere cœperit, excludi cæteros, sicut fit in criminalibus causis publicorum iudiciorum, in quibus scilicet præventionem unius accusatoris cæteri omnes excluduntur, l. 9. c. de accusat. Sicut etiam fit pluribus simul factis procuratoribus ad actionem unam in solidum, ut jam dictum est supra ad l. 32. hoc tit. præventionem unius procuratoris cæteros excludi.

AD s. ult. si procuratori. Venio ad s. ult. qui sane difficillimus est, quoniam ut ejus verba concepta sunt, hunc sensum referunt: procuratorem vicini, qui vicinum ædificantium novum opus nuntiavit, si egerit interdicto adversus eum, ne ei vis fiat ædificantium, defensoris partes sustinere, & ideo de rato cavere non debere. Video & agnosco eo interdicto agere posse procuratorem, vel dominum, vel nuntiatum esse novum opus, si modo satisfecerit de opere restituendo, vel demoliendo, si iudicatum fuerit, jus ei non fuisse ædificandi, jus fuisse vicino prohibendi, & impediendi, quæ satisfactio tantum potest, quantum satisfactio iud. solvi. Video etiam, & agnosco, regulariter eum, qui absentis nomine agit, de rato cavere debere ex edicto prætoris, l. 33. s. ult. hoc tit. non etiam eum, qui defensoris partes sustinet hic cavere debet iudic. solvi, non de rato in actionibus personalibus, exceptis casibus certis, de quibus sup. libro diximus ad l. 36. Verum, ut qui agit interdicto, ne vis ei fiat ædificantium, defensoris partes sustineat, vel, ut dicam explicatius, ut qui actor est, reus sit, vel rei partes sustineat,

H 2

lineat,

stineat, vel sustinere possit, qua ratione id fieri possit non video. Cum imo, qui eo interdicto convenitur, expressim dicatur obtinuisse partes defensoris, l. 5. §. ult. de novi oper. nunt. Et retro igitur is, qui eo interdicto agit, partes actoris sustinet, si is, qui convenitur partes defensoris sustinet. Ergo qui convenit, partes actoris sustinere dicitur hoc loco, alioquin nullum esset iudicium, nulla lis: & ex eo solo pendet hujus §. difficultas. Ideo autem si eadem esset species d. §. ult. quæ est d. l. 5. §. ult. adhibita l. 6. nullus esset labor. At longe sunt diversæ species ab illa, quæ proponitur d. l. 5. §. ult. qui dicitur defensoris partes sustinere, & revera defensor est, & ideo non cavere debet de rato. In hac autem specie, qui actor est, non defensor, dicitur defensoris partes sustinere, & ideo non cavere dicitur de rato. Species d. l. 5. §. ult. est huiusmodi: procurator meus vicino ædificanti novum opus nuntiavit, & ab eo satis accepit de opere restituendo, si iudicatum esset, jus sibi non esse ædificandi, & nihilominus idem procurator meus eum prohibet, & impedit post satisfactionem, ne ædificet: Qua ex causa si adversus procuratorem licet experiri interdicto ne vis fiat sibi, quo minus ædificet. Hoc interdictum proponitur in l. prator ait, §. deinde, eod. tit. de novi op. nunt. In hoc interdicto procurator meus sustinet partes defensoris, & cavere debet jud. solvi, non de rato. Qua ratione, ut ait l. 6. nec opponi ei potest procuratoria exceptio, quasi & hoc ei mandatum non sit, ut dominum defenderet, cujus mandatu nuntiavit novum opus, quæ defensio quoque ex causa illius interdicti, vel qua alia secundum tenorem edicti perpetui ei mandata fuisse intelligitur. Cui mandatur actio, mandari etiam defensio videtur. Licet sufficit agentem cavere de rato, nec necesse est, eundem quoque invicem defendentem, eandem cautionem iterare. Certissima est, & evidens ratio d. l. 5. §. ult. & l. 6. species quoque evidentissima. Species autem, & sententia hujus §. ultimi hæc est. Procuratori mei vicini facienti novum opus mandatu mei vicini, nuntiavi novum opus, ne pergeret facere, ne quid moliretur, aut ædificaret procurator, ut nihilominus pergeret ædificare, satisfecit, vel repromisit de opere restituendo quod faceret, si secundum me iudicatum esset, quæ cautio pro remissione nuntiationis est, d. l. 5. §. si is, qui. At si post satisfactionem adhuc eum prohibeam opus facientem, & ideo adversus me agat interdicto, ne vis sibi, aut domino fiat, quo minus ædificet, actor quidem est, sed tamen non debet cavere de rato. Regulariter ex edicto, qui agit alieno nomine, cavere debet de rato, hic agit alieno nomine supradicto interdicto, nec tamen cavere debet de rato. Et ut intelligere oportet, quamvis sit actor, revera videtur eatenus defensoris partes sustinere, quatenus non cavet de rato. Ideo autem non cavet de rato, quia nec si eam cautionem interposuerit, ut ex Juliano Paulus refert, ullo casu committi potest. Inanis est, & ridicula interpositio cautionis, quæ nunquam committi potest, quæ usui esse non potest si caverit de rato: hæc cautio, sive stipulatio, quo casu committi possit, Julianus ait, se non animadvertere, & ideo non esse interponendam. Nullo vero casu committi potest, quia non potest dominus, cujus mandato procurator novum opus instituit, non habere ratum, quod procurator illo interdicto egit, quia mandata ædificatione, & id ei mandasse videtur, sine quo ædificium expediri non potest, l. 56. §. 62. hoc tit. Datur ergo in hoc §. ult. casus singularis, quo qui agit alieno nomine, non cavet de rato, quia ut est in l. 6. in princ. de cond. indeb. quum quis quid mandasse videtur, non est expectandum, ut id postea ratum habeat. At in d. l. 5. §. ult. & l. 6. datur longe alius casus, quo scilicet secundum regulam juris, qui alium defendit procuratoris nomine, cavet iudicatum solvi, non de rato, & ut ait in §. pen. ejusdem l. 5. & in l. 36. hoc tit. dantur etiam longe alii quidam casus singulares, quibus contra regulam juris, qui alium defendit, cavet de rato, quibus & alios addimus ad d. l. 36. lib. sup. Et ii casus temere commiscendi non sunt, sed esse eorum mutari, id est, hæc tres leges addendæ non sunt, d. l. 5. §. ult. & l. 36. & hæc l. 45. hoc tit. Et ita si distinguantur, nulla erit difficultas.

A Ad L. IV. Quod cujusque universi. Plane, ut duæ partes decurionum adfuerint, is quoque, quem decernant, numerari potest.

Hæc lex pusilla est, nec longi subsellii. Paulus à pro- ratoribus transit ad actores, sive syndicos civitatum, qui quasi procuratores sunt, l. 6. §. actor, hoc tit. quasi, inquit, procuratorum partibus funguntur, nec tamen proprie procuratores sunt, quia non mandato constituuntur, sed decreto ordinis, nec inter eos, & civitates, vel alias universitates obligatio mandati consistit, sed vel neg. gest. vel ex stipulatu, vel extraordinaria. Constituitur actor civitatis decreto ordinis: ordo autem non aliter habetur, quam si adfuerint duæ partes decurionum, τὸ πλεον μέρους, id est, major pars, l. 3. hoc tit. l. 3. de dec. ab ord. fac. Ergo in actore decernendo duæ partes decurionum adesse debent: non exigo, ut duæ partes eum decernant, sed ut in eo decernendo adsint duæ partes, & major numerus earum partium eum decernat actorem. Nec rursus dico, eum, quem decreverit major numerus, in majori illo numero computari, eisque suffragium eidem prodesse, quasi & se ipse decernere possit, quod & pontifices probant in capit. cum in jure, extra de elect. quod & adduxit hoc loco Accursius, adeo ut si sint septem Electores, ut sunt hodie Imperatoris Electores 7. & tres elegerint unum ex eo numero, tres alii extraneum, antistare censeant eorum electionem, qui unum ex suo numero elegerint, si modo is electioni de se factæ præbuerit adensum. Sed dico ex sententia Pauli in hac l. 4. neque enim aliam præ se fert sententiam, eum, qui actor decernitur, adnumerari majori parti, quæ adesse debet, non etiam adnumerari majori numero decernentium eum actorem. Et ita sentio.

C Ad L. VI. eod. Item eorum, qui in ejusdem potestate sunt, quæ decurio enim hoc dedit, non quasi domestica persona. Quod & in honorum petitione, erit servandum: nisi lex municipii, vel perpetua consuetudo prohibeat.

D Ad §. Si decuriones decreverunt, actionem per eum movendam, quem duumviri elegerint: is videtur ab ordine electus, & ideo experiri potest, parvi enim refert, ipse ordo elegerit, an is, cui ordo negotium dedit. Sed si ita decreverint, ut quæcumque incidisset controversia, ejus petende negotium Titius haberet: ipso jure id decretum nullius momenti esse: quia non possit videri de ea re, quæ adhuc in controversia non sit, decreto datam persecutionem. Sed hodie hæc omnia per syndicos solent secundum locorum consuetudinem explicari.

E Ad §. Quid, si actor datus, postea decreto decurionum prohibitus sit: an exceptio ei noceat? & puto sic hoc accipiendum, ut ei permissa videatur, cui & permissa datur.

F Ad §. Actor universitatis, si agat, compellitur etiam defendere: non autem compellitur cavere de rato. Sed interdum, si de decreto dubitetur, puto interponendam & de rato cautionem. Actor itaque iste procuratoris partibus fungitur: & iudicati actio ei ex edicto non datur, nisi in rem suam datus sit: & constitui ei potest. Ex iisdem causis mutandi actoris potestas erit, ex quibus etiam procuratoris. Actor etiam filiusfamilias dari potest.

E X initio legis 6. intelligimus, patrem, & filiumfam. & duos, vel plures fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, in eadem curia, eodemve Senatu (in municipiis, curia dicebatur minor Senatus: decuriones minores Senatores) In eadem, inquit, curia, eodemve Senatu, decuriones, aut Senatores esse possunt pater & filius, vel duo fratres, & in actore civitatis, vel curiæ decernendo, atque etiam in honore aliquo veluti duumviratu decernendo, nisi id lex municipalis, vel consuetudo prohibeat, patris suffragium filio prodesse, & filii suffragium patri prodesse, ut l. 5. hoc tit. Et similiter fratris fratri, quamvis in ejusdem potestate patris sint. Et ratio hæc est, quia pater filio, vel filius patri, vel frater fratri suffragium dat quasi decurio sive Senator, non quasi domestica persona, sed suffragium suum sibi prodesse non posse. At si filiusfamilias, vel pater, qui eum habet in potestate, vel frater, qui in ejusdem pa- tris

si potestate est, hoc in casu haberetur pro domestica persona, idem ipse sibi suffragium ferre videretur, quia vinculum patriæ potestatis facit, ut pater, & filius, utque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, pro uno eodemque homine habeantur: sicut è contrario dissolutio potestatis facit, ut habeantur pro pluribus, atque diversis, l. 10. de opt. leg. Et domestica persona æstimatur non ex cognatione, vel contubernio, sed ex vinculo potestatis, ut Theoph. nosler ait in §. pater, Inst. de test. ord. εἰς τῆς ἐνοσίθεως τῆς ἐν ὑπερσίοις. Idcirco suffragium patris, aut filii, aut fratris quasi suffragium accipitur publicæ personæ, id est, decurionis, non domesticæ, ut prosit suffragium filii patri, vel patris filio, vel fratris fratri, si datum ei sit: nec spectatur jus potestatis, quod etiam non spectari dicitur in iis, quæ ad causam, jusve publicum pertinent, l. 14. ad Senat. usc. Trebell.

Ad §. Si decuriones. Additur in hoc §. nihil referre, ipse ordo eligat, & decernat actorem, syndicum, vel ἐκδιδόνον, his tribus appellationibus idem significatur, an vero is, cui ordo negotiorum, & potestatem dedit, ut actorem eligeret, ut puta si major pars decurionum decrevit, ut is esset actor, quem duumvir, id est, magistratus municipalis elegerit, quem magistratum municipalem certam est, fuisse ex ordine, sive corpore decurionum, l. 3. §. ult. de pecul. l. honores, §. is, cui, de decur. quem elegit is, cui potestatem eligendi major pars ordinis dedit, vel is, cui idem negotium major pars ordinis dedit, universus ordo elegisse videtur, ac proinde jure datus, ac constitutus esse intelligitur.

Ad §. Sed si, & §. Quid si. Sequitur in §. sed si ita, ipso jure nullum decretum esse videri, quo actor generaliter constituitur decreto ordinis ad lites futuras: Puta, inquit, ut quæcunque inciderit controversia, ejus petendæ negotium L. Titius habeat tanquam actor civitatis, vel municipii. Petendæ controversiæ, id est, in petitionem deducendæ, ut l. de rebus, de recept. & qui arb. rec. Species peti dicuntur, id est, certæ quædam controversiæ, quæ in petitionem deducuntur. Id vero decretum, quo actor municipium fit ad lites futuras, utile, & æquum non esse videtur: ideo nullum esse videtur, quia maxime alienum est à natura decretorum publicorum, ut fiant de iis rebus, quæ nondum sunt. Et tamen constat procuratorem dari posse in privatorum causis ad lites futuras, l. 3. sup. tit. prox. Imo prudentis patrifamiliam est, maxime, si longinquo sit abfuturus, sibi prospicere in futurum, procuratore domi relicto omnium litem, quæcumque inciderint post professionem suam. Et hæc est alia differentia inter procuratorem, & actorem. Prima hæc fuit, quod procurator mandato constituitur, actor decreto decurionum. Hæc igitur erit secunda. Sed & quod ad hanc secundam differentiam attinet, subjicit Paulus, hodie quibusdam locis esse receptum, ut syndicus, id est, actor municipium decernatur in perpetuum, per quem lites omnes extantes, & futuræ exercentur, quæ ad rempublicam, sive municipium pertinebunt. Communia autem multa esse inter procuratorem, & actorem, quæ sequuntur in hac ostendunt, à §. actor ad finem l. Ac primum quidem, ut procurator re integra revocari potest, §. recte, Inst. de mand. l. 16. sup. tit. prox. ita & actor decreto datus, contrario decreto prohiberi potest, re scilicet integra, §. quid si actor, conjuncto §. pen. in hac l. 6. quia actori publico commissa videtur actio causæ publicæ, cui, inquit, & permisa durat. Et ideo sicut revocato mandato, agenti procuratori nocet exceptio procuratoria, ita & revocato decreto, agenti actori civitatis nocet quasi procuratoria exceptio. Quia, ut ait, procuratoris partibus fungitur, nempe hæc exceptio, si non postea agere prohibitus sit. Item sicut procurator ante litem contestatam procuratorem in rem eandem facere non potest, l. si procuratorem, §. si quis mandaverit, mand. ita nec actor civitatis, l. 14. sup. de procur. nec civitatis actor, inquit, negotium publicum per procuratorem agere potest, ante litem contestatam scilicet: nam litis contestatione efficitur dominus litis, & ad negotium publicum alium actorem recte facit. Item sicut pro-

curator, si agat, cogitur eum defendere, cujus nomine agit, ex edicto prætoris, l. 33. §. pen. sup. tit. prox. ita & actor civitatis, vel universitatis cujuscumque si agat nomine publico, compellitur etiam defendere universitatem, quod Paulus proponit hoc loco in §. actor. Item procurator datus ad agendum, cavere debet de rato, maxime si de mandato dubitetur, an duret, vel an intervenerit, l. 3. §. pen. ut in poss. leg. l. 6. §. pertinere, de edendo, l. quid ita, §. 1. ad Senat. usc. Treb. l. 1. C. de procur. Aut (quod summe notandum est) si ex iis personis sit is, qui agit nomine alieno, quæ sine mandato agere possunt, ut si sit pater, aut filius, frater, aut affinis virilis sexus, avus, nepos, libertus, l. 35. in princ. de procurat. hæ personæ possunt agere nomine alieno sine mandato, sed tamen, ne decipiatur adversarius, omnimodo cavere debent, rem ratam dominum habiturum, l. 8. in princ. tu. seq. Actor quoque civitatis, si dubitetur de decreto, πῶς ἐπιψηφισματῶ, compellitur cavere de rato, ut & hoc loco Paulus ostendit. At plerumque dicitur actor civitatis non cavere de rato, ut l. 9. rem rat. haberi, quia scilicet raro evenit, ut non liqueat de decreto, quo factus est actor publice, & solemniter. Idemque eadem lex statuit de magistro, ut ait, cujuscumque universitatis, veluti de magistro collegii cujuscumque, cujus eadem est potestas, quæ actoris civitatis. Actor, inquit, civitatis, vel magister universitatis de rato cavere non debet. Et ita in inscriptione Veronensi legitur, Magistro Veronensis collegii centenariorum. Et in Roman. inscriptione, Magistro collegii fratrum Arvalium, & in alia, Ordo sacerdotum magistro suo. Et apud Valer. Magistrum collegii Saliorum. Sane ita est, plerumque non cavent de rato, quia constituti sunt publice, ex communi decreto, & solemniter: sed si quandoque tamen dubitetur de decreto, etiam ab eis exigitur cautio de rato. Et ita dicemus, tutorem, vel curatorem, non cavere de rato, quia etiam sine mandato rem in judicium deducere potest suo jure quodam, vel potius, quia mandatæ ei intelliguntur actiones omnes, quæ ad pupilulum, vel ad adolescentem spectant in juncto munere tutelæ, vel curæ. Ideo, inquam, tutorem, vel curatorem non cavere de rato, adjecta eadem exceptione, nisi dubitetur, an sit tutor, vel an duret tutela, vel an gestus, & administratio ei concessa sit. Quid enim si sit honorarius tutor tantum? l. vulgo, de adm. tut. Præterea, ut procuratori, ita & actori si vicerit, judicati actio non datur, sed domino, vel civitati: quod etiam hoc loco proponit Paulus, nisi & hoc ipsum nominatim ei mandatum sit, ut & ageret judicati in adversarium condemnatum, vel nisi in rem suam datus sit, quoniam qui in rem suam datur procurator, loco domini est per omnia, l. 8. sup. tit. prox. l. 4. de re judic. l. hoc jure, de solut. Et similiter, ut Paulus addit, sicut procuratori debitor ejus, qui eum procuratorem dedit, constituere potest, se soluturum ei, vel domino, atque ita se obligare actione de constituta pecunia: ita & actori municipium constitui potest pecunia, quæ municipio debetur, & ex ea causa actori competit actio de constituta pecunia, si debitor constituerit se ei soluturum, vel etiam reipub. competit utilis actio, l. eum, qui, §. Julian. & §. seq. de const. pec. Ut post litem contestatam mutari procurator non potest, nisi prius causa cognita, ita nec actor civitatis, vel municipii, §. pen. h. l. l. 17. sup. tit. prox. Et ut filiusfam. procurator dari potest, ita & actor, ut nomine publico agat, & excipiat actiones, §. ult. hujus legis, l. 8. §. ipse quoque, sup. tit. prox. Hinc apparet, quam multa sint communia inter procuratorem, & actorem civitatis, vel municipii, vel cujusque universitatis. Nec quicquam est amplius in hac lege.

Ad L. XVIII. de Verb. signif. Munus tribus modis dicitur: uno donum, & inde munera dici, dari, mittive: altero onus, quod cum remittatur, vacationem militiæ, munerisque præstat, inde immunitatem appellari. Tertio officium, unde munera militaria, & quosdam milites munificos vocari. Igitur municipes dici, quod munera civilia capiant.

Pertinet etiam hæc lex ad hunc titulum, quæ est ex eodem libro Pauli, quoniam cum tractaret hoc libro

bro, de actore municipum, & de municipibus saepe, ut apparet ex legibus hujus tituli visum est Paulo explicare, qui in hoc titulo dicerentur municipes. Et docet in hac l. 18. improprie municipes dici suae cujusque civitatis cives, ut l. 228. *inf. eodem, l. 1. ad municip.* Proprie autem municipes esse eos, qui munera civitatis Romanae capiunt, id est, qui donati sunt civitate Romana, ita ut munera publica cum populo Romano capiant, vel subeant. Cives Romani ex municipiis, ut docet Gellius, muneris tantum publici cum populo Romano, onerumque participes sunt, & suo jure, suisque legibus utuntur, nullis populi Romani legibus adstricti, nisi populus eorum fundus factus sit, id est, nisi se civitati Romanae subjecerint, & legibus Romanis. Et hanc propriam significationem Paulus vult demonstrare d. l. 18. & praemisit munus dici tribus modis, uno donum, quod officii causa datur, ut nuptialitium, natalitium: altero onus, quod cum remittitur, vacationem, ut ait, militiae, munerisque praestet, quae plena est immunitas, scilicet quoties nominatim militiae vacatio datur, alioquin, cui datur immunitas, non intelligitur data militiae vacatio, *l. pen. s. duo, de vac. munerum.* Tertio modo munus dici officium, unde munera militaria, l. 3. *s. ult. de testib.* & milites munifices, qui officia militaria, faciunt veluti, qui agunt excubias, vel angarias sufferunt, quibus opponuntur milites principales, & beneficiarii. Inde etiam municipes appellari, quod officia civilia obeant, quae tamen & ipsa onera dicuntur, sed sunt honoratiora, quam quae simpliciter dicuntur onera. Et Plinio quoque *mamma munifex*, quae lacte abundat. Quidam munifices, *εὐσεβῆς* interpretantur ex illo loco D. Pauli in epist. *ἑστ' εὐσεβῆς εὐσεβῶν*, *Dei sumus munifices.* Atque ita apparet, eam l. 18. proprie pertinere ad hunc tit. sive ad actores municipum.

Ad L. VII. de Negot. gest. *Quia tantundem in bonae fidei iudicii officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.*

Post hos Paulus transit ad negotiorum gestores, qui à M. Tullio vocantur amici, & procuratores voluntarii, quia sine mandato se offerunt gerendis negotiis alienis. Et ideo nec eis imputatur, quod debitores absentis amici, cujus negotia administranda susceperunt, non convenerint, & exegerint, quia non habent mandatum, & sine mandato exigere pecunia alieno nomine non potest, l. 5. *s. ultim. de praesc. verb. l. 6. s. ult. tit. seq.* M. Tull. pro Roscio Comedo: *alteri, inquit, nemo potest petere, nisi qui cognitor est factus.* Cognitor, id est, procurator, ut apud Livium 39. *Turpe, & indignum esse alienarum simultatum Tribunalium pl. cognitorem fieri*, id est, procuratorem. Ac proprie cognitor dicitur praesentis, non absentis, ut Anianus vetus interpretes Cod. Theodos. tradit in *l. si lite, C. Theod. de cognit.* & procur. Sed si amicus, qui ultro suscepit absentis amici gerenda negotia omnia, ei aliquid debeat, forte ex ea causa, quae certo tempore finiatur, & tempore fuerit liberatus, dum ab semetipso pecuniam non exigit, dum sibi ipsi non solvit, hoc proculdubio ei imputabitur, ut l. 6. *s. ult. & l. 8. in princip. hoc tit.* quia adversus se experiri potuit sine actione, id est, seponere potuit pecuniam, quam debuit absentis amico, eamque in ejus negotia consumere, atque ita interrumpere praescriptionem temporis, cum ei debitor fuerit ex causa temporalis actionis, l. quotiens, *s. item si temporali, de admin. tut.* Et eleganter in eadem l. *s. nec utique*, unumquemque sibi debere verum, & aequum denunciare. Est sententia elegantissima, id est, quod bonum, aequum, & honestum est, nec alio monitore, vel iudice uti, quam seipso. Merito igitur ei imputari, qui quod debuit amico absentis, non exegit à seipso in tempore. Ac proinde merito ipso jure ei tenetur actione negot. gest. in quam etiam veniunt usurae debitae pecuniae ex cessationis tempore, ex more tempore, ex eo tempore, quo debuit à seipso exigere, & solvere sibi ipsi, tametsi debitum initio non fuerit usurarium, quia ut eleganter Paulus hic ait, tantundem in bonae fidei iudiciis, quale est negotiorum gestorum, officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim

ejus rei facta interrogatio: quae sententia extat in *L. Lucia depof.* In stipulationem non veniunt usurae ex pacto, non veniunt ex mora officio iudicis in iudiciis stricti juris, sed ex stipulatione tantum usurarum facta nominatim. At in iudiciis bonae fidei usurae veniunt etiam ex pacto nudo, & officio arbitri ex mora, quod officium arbitri tantum potest in iudiciis bonae fidei, quantum nominatim concepta stipulatio in iudiciis stricti juris.

Ad L. XIII. de Neg. gest. *Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: hujus hereditatis curationem suscepi, & impendi decem: deinde redacta ex venditione rei hereditariae centum in arca reposui: haec sine culpa mea perierunt: quaesitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim, vel decem, quae impendi, Julianus scribit, in eo veri quaestionem, ut animadvertamus, an justam causam habuerim seponendorum centum: nam si debuerim & mihi, & caeteris hereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed & reliquorum quadraginta (millium) me praestaturum. Decem tamen, quae impenderim retenturum, id est, sola nonaginta restituenda: si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena trajectitia pecuniae augetur, aut ex compromisso committeretur, non solum decem, quae in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta, quae mihi debita sunt, ab herede me consequi posse.*

Ad hanc l. sciendum est, ex edicto de neg. gestis dari negotiorum gestorum actionem ultro citroque: directam domino negotiorum, hereditate ejus: contrariam gestori: non tantum si viventis amici negotia gesserit; sed etiam si mortui, id est, hereditaria negotia jacente hereditate, cum nemo adhuc defuncto heres extitisset, l. 3. *in princip. & s. haec verba, & l. 22. hoc tit.* Quo cognito sic apponam speciem hujus legis: mortuo L. Titio, qui mihi 50. debebat ex causa crediti, jacente, nec dum adita hereditate, gessi & procuravi negotia hereditaria. Suscepi, inquit Paulus, curationem hereditatis. Ex quibus verbis vulgo colligunt, me fuisse à praetore curatorem datum custodiendis bonis hereditariis, quod saepe fit, l. 1. *in fin. de mun. & bon. l. 6. de privl. cred.* Sed me fuisse datum à praetore curatorem bonis, hic non ponitur, nullove verbo adsignificatur, sed me ultro accessisse ad gerenda, & procuranda negotia hereditatis, in quae negotia hereditaria forte de meo impendi 100. ac praeterea vendidi quasdam res hereditarias, quas vendi expediebat, quod, vel steriles essent, & infructuosae, vel tempore periturae, aut deteriores futurae, & ex venditione earum rerum redegi 100. caque reposui in arca, & servavi heredi futuro. Postea 100. arca forte vi raptae, sine culpa mea, perierunt: tum aliquis L. Titii hereditatem adivit, aut se pro herede L. Titii gessit, quaeritur, an ab herede possim petere 50. quae mihi defunctus debuit, actione creditae pecuniae, an item petere possim 100. quae impendi in negotia hereditaria, contraria actione negot. gestorum? Dubitationem facit, quod 100. redacta ex venditione rerum hereditariarum reposuerim in arca, nec mihi ex ea summa statim solverim sexaginta, id est, quinquaginta, quae mihi defunctus debuit ex causa crediti, & 10. quae impendi in negotia hereditaria. Nam ut ei, qui debet illi, cujus negotia gerit, imputatur, quod à semetipso non exegit, quod ei debuit, & intulerit rationibus ejus creditoris, cujus negotia gerit, l. 6. *s. ult. l. qui sine usuris, hoc tit.* Ita etiam videtur imputari debere ei, cui debuit is, cujus negotia gerit, si ipse sibi ab eo debitam pecuniam, non solvit, l. divorzio, *inf. hoc tit.* An igitur in hac specie mihi imputari poterit, quod non mihi illa 50. solverim: quodque interim ex illis 100. non impleverim caeteros creditores hereditarios? Haec est quaestio hujus legis. Et ex sententia Juliani Paulus docet distinguendum esse: aut non habui justam causam seponendorum, nec custodiendorum 100. quae redegi ex venditione rei hereditariae, aut id faciendi justam causam habui. Prior

re casu, si non habui justam causam seponendorum 100. A si debui potius ex ea pecunia mihi solvere confestim, & cæteris creditoribus hereditariis, ad me pertinet periculum, non tantum 60. quæ mihi debebantur, sed etiam cæterorum 40. millium, inquit, nempe, quia ab herede, petere non potui 60. quæ mihi debebantur, & heres à me potest petere 40. residua actione negot. gest. quasi amissa interveniente culpa mea. Ait 40. millia. Ex quo apparet, 50. esse 50. millia, & 10. quæ impendi, 10. millia, & 100. quæ confeci ex venditione, 100. millia, ut in *l. lecta, de reb. cred.* quindecim, id est, 15. millia denarium, & in *l. si testamento, §. quod si duo, de fidejuss.* 20. id est, 20. millia: decem, id est, 10. millia, quia subjicit aperte 50. millia. Quia igitur periculum pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum ad me pertinet, quia eam seponere non debui, sed erogare confestim, eaque, & me ipsum ab B solvere, & cæteros creditores hereditarios. Quia inquam ea mihi pecunia periit, eaque 100. mihi perire non possum 50. petere, quæ mihi debebantur ex causa mutui, neque retinere, aut deducere, quia mihi imputatur, quod ea mihi non solverim. Non possum etiam petere 10. ex causa neg. gest. retinere tamen ea 10. possum ex bonis hereditariis. Sæpe quorum petitionem non habemus, eorum tamen ex æquo, & bono retentionem habemus. Et æquum est, mihi repetitionem dati illorum 10. quæ in hereditatem utiliter impendi, quia bona fide ea impendi, & hoc impendio hereditatis causam feci meliorem. Retinebo ergo duntaxat 10. & non 40. ut videbatur prima specie, sed omnino residua 90. à me heres petere potest actione neg. gest. directa. Et hæc de priore casu. Posteriore autem casu, si justam causam habui, propter quam integra 100. in arcam recondiderem, & custodirem, veluti si periculum erat, ne committeretur pœna compromissi, si mihi non esset pecunia ad manum, vel ne committeretur pœna trajectitiæ pecuniæ, vel pœna commissi, Paulus conjungit tria genera pœnarum, ut & Africanus in *l. trajectitiæ, de oblig. & action.* Pœna compromissi committitur, si quis eorum, qui in arbitrum compromiserunt, non pareat sententiæ judicis compromissarii. Et petitur ea pœna actione ex stipulatu, quia invicem eam litigatores stipulati sunt, & compromiserunt, si quis eorum non staret sententiæ judicis compromissarii. Pœna autem trajectitiæ, vel nauticæ pecuniæ committitur, & augetur in dies singulos, si pecunia nautica, cujus periculum creditor suscepit, cum usuris non solvatur ad diem, & ea quoque pœna petitur actione ex stipulatu. Pœnæ autem commissi locus est, vel ex conventionione, si placuerit inter emptorem, & venditorem D fundi, ut pretio ad certum diem non soluto, fundus fieret inemptus, & venditori committeretur, id est, ut rediret ad venditorem, quod petitur per actionem ex vendito: vel etiam pœnæ commissi locus est jure publico, jure fiscali, quum ob tributa non soluta prædia in publicum committuntur, & recidunt in fiscum, *l. 1. C. de suscept. & arcariis lib. 10.* Hæc sunt tria genera pœnarum, quæ hic notantur. Si igitur 100. redacta ex venditione servavi, ut mihi pecunia esset in manu, qua amicum, cujus negotia gerebam, pœna committenda servarem indemnem, qua solverem quod is debiturus erat cum pœna, nisi solutum esset ad diem potius, quam quod mihi, vel aliis debebat sine pœna: tum sane justissimam id faciendi causam habui, quia si pecuniam non servassem, in pœnam incidisset, *l. 1. sup. hoc tit.* Et hoc casu petam ab herede contraria actione neg. gest. non tantum 10. quæ impendi in negotia hereditaria, sed etiam ab eodem petam quinquaginta, actione scilicet si certum petetur, quæ mihi ex causa mutui defunctus debuit, nec residua 40. heredi præstabo, quia heredi perierunt, non mihi, quia arca vi latronum erepta nulla culpa mea interveniente periit, nec vim majorem gestores negot. præstare debent, sed dolum tantum, & culpam etiam levissimam. Priore casu præstare debeo heredi deductis 10. residua 90. quia etsi integra 100. quæ erant in arca sine mea culpa perierint, ut Paulus posuit, casu majore, hunc tamen casum præcesserat culpa mea, id est, importuna ejus pecuniæ custodia, quia potius de-

bueram ea pecunia luere æs alienum, quod, vel mihi, vel aliis defunctus debebat: cum nullus esset metus pœnæ committendæ ex aliis causis imputatur mihi, quem præcesserat culpa mea, ut in *l. si ut certum, §. sed interdum, commod. l. 3. C. de adm. & peric. tut.* Et ita hæc lex est explicanda. Venio ad l. decimam quintam.

Ad L. XV. de Neg. gest. Pomponius libro vicesimo sexto in negotiis gestis initio cujusque temporis conditionem spectandam ait, quid enim, inquit, si pupilli negotia caperim gerere, & inter moras pubes factus sit? vel servi, vel filii familias, & interea liber, aut paterfam. effectus sit? hoc & ego verius esse didici: nisi si ab initio quasi unum negotium gesturus accessero, deinde alio animo ad alterum accessero eo tempore, quo jam pubes, vel liber, vel paterfamilias effectus est, hic enim quasi plura negotia gesta sunt: & pro qualitate personarum, & actio formatur, & condemnatio moderatur.

Initio legis 15. proponitur hæc Pomponii sententia si-ve definitio: in negotiis gestis initio cujusque temporis conditionem spectari. Basil. brevius: *επιχειρησε διοικησε αναπειραι, initium gestionis sive administrationis negotiorum spectatur*, sicut dicitur in *l. si procuratorem, in princ. mand. l. 1. §. idem Pomponius, depos. l. si id quod, §. si filiusfam. pro soc. uniuscujusque contractus initium spectandum esse*: Quod & de stipulatione dicitur in *l. filiusfam. de verb. oblig.* & de delictis, quæ contractus sunt involuntarii, *l. 1. de pœn.* Sic igitur, & quasi contractus, puta gestus, vel administrationis alienorum negot. initium spectatur, ejus scilicet temporis, quo accedimus ad aliena negotia. Spectamus, inquam, eo tempore, cujus conditionis, & status fuerit is, ad cujus negotia accessimus. Igitur si initio administrationis pupilli negotia fuerint, & inter moras dum pergo negotia ejus administrare, dum persevero in administratione, pubes factus fuerit, & nihilominus post pubertatem in eadem administratione perseveravero, finitis negotiis in eum erit actio neg. gest. in id tantum, quo locupletior factus erit. Si initio fuisset pubes, in solidum teneretur, quia initio administrationis fuit pupillus, non obligatur in solidum sine tutoris auctoritate, sed in id tantum, quo locupletior factus est, *l. 3. §. pupilli*, sic legendum, non *pupillus, l. litis in princ. l. 6. §. 1. hoc tit. l. 2. C. eod.* Et similiter si initio administrationis negotia fuerint servi, aut filii fam. negotia peculiararia, licet postea, & interim, dum geruntur negotia eadem, liber, aut paterfam. effectus sit, inspecto initio erit in dominum, vel patrem actio neg. gest. non in solidum, sed de peculio tantum, vel de in rem verso. In ipsum autem, qui postea pendente administratione neg. paterfam. effectus est, erit actio neg. gest. æque non in solidum, sed in id tantum, quod facere potest: nam ex beneficio prætoris, qui novam familiam instituit, qui exit ex patris potestate, qui fit sui juris, qui paterfam. ex contractibus, quos habuit cum esset in potestate, quamvis tunc temporis potuerit conveniri in solidum, tamen postquam factus est sui juris, non poterit ex illis causis conveniri in solidum, sed in id tantum quod facere potest. In initiis novæ condendæ familiæ, non est urgendus ad solutionem in solidum ex edicto prætoris, *l. 2. inf. quod cum eo, l. 5. ad Maced. l. tutorem, de admin. tut.* In servum vero, cujus negotia initio fuerunt, qui postea pendente administratione eorum negotiorum manumissus est, nulla actio est, *l. 17. in princ. hoc tit.* quia servus ex contractibus, vel quasi non obligatur civiliter, ut in eum, vel agi possit in servitute, vel etiam post libertatem. Obligatur quidem naturaliter: sed ex naturali illa obligatione nulla est actio. Ideoque neque in servum, neque in eundem manumissum ulla competit actio ob negotia peculiararia gesta. Et ita Græci dilucide hanc legem interpretantur, in qua multum laborant, & ad extremum ita concludunt, & explicant Pomponii definitionem propositam initio hujus legis, *δει τη δεχη παρεχειν της εκαστης διοικησεως ε κενω των χειραπειν τω καιρω το προσωπον κηροστασι.* Cujusque, inquit, administrationis initium spectari oportet, & quis eo tempore fuerit status, quæ conditio per-

personæ, cuius negotia sunt. Et ait Paulus: quid enim si pupilli A
negotia cæperim gerere, & inter moras pubes factus sit: Alias
legitur, & interim pubes factus sit. Sed Florentiæ rectissime,
& inter moras: pendente scilicet administratione pubes fa-
ctus sit, ut in l. si quis tutor, §. quid ergo, & l. plerumque, de
vitu nupt. Ita frequenter nostri loquuntur, inter moras,
l. tutor pro pupillo, de admin. tut. l. non est, ad Trebell. l. fructus,
de rei vind. l. ult. si quis caution. Et Quintil. in declam. in-
ter moras iudicii adolescens, id est, pendente lite. Et Sveton-
ius in Othone: Tumultu inter moras exorto: & in Nero-
ne, inter moras perlato codicillos præripuit. Hanc autem
Pomponii definitionem se probare Paulus ait, sub hac con-
ditione tamen, quæ summam rationem habet, nisi ab initio
accessero eo animo, ut gererem unum negotium pupilli,
vel servi, vel filiisfam. ac ita finito negotio, discederem:
deinde eo pubere, vel libero, vel patrefam. facto mutata
sententia, alio animo, quasi ad eisdem alterum, & novum
negotium accessero, & novum, quasi mutata qualitate per-
sonæ, & negotii, hoc enim casu duo sunt negotia, duo con-
tractus, ut in l. seq. nec initium prioris negotii spectatur,
nisi usque ad pubertatem, vel libertatem, aut emancipatio-
nem. Alterius autem negotii æque separatim initium spe-
ctatur, nec posterius negotium ex prioris initio, aut quæ ex
eo datur actio, æstimatur, sed ut eleganter ait in fine hujus
legis: pro qualitate personarum. Hoc casu, quia duo sunt ne-
gotia, & actio formatur, & condemnatio moderatur. Con-
demnatio moderatur, inquit, ut M. Tull. de natura Deor.
Ita feruntur, moderanturque cursus. Pro qualitate personarum,
inquit, & actio. neg. gest. scilicet, inquit, formatur, & con-
demnatio moderatur. Nam hoc casu, cum sint duo contra-
ctus, duo negotia, de negotiis pupilli erit in eum actio in id
tantum, quo locupletior factus est, de negotiis puberis erit
actio in solidum: Ac rursus de negotiis servi, vel filiisfam.
erit in patrem, vel dominum actio de peculio, vel de in rem
verso. In patrefam. erit actio, in quantum facere potest.
In manumissum nulla erit actio. De negotiis autem liberi
hominis, vel patrisfam. erit in eum actio in solidum, atque
ita ut vides, pro qualitate personarum, & actio formatur
negotiorum gestorum, & condemnatio moderatur. Hæc
vulgo existimantur difficillima, quibus nihil est apertius.

Ad L. XVIII. eod. Proculus, & Pegasus bonam fidem eum,
qui in servitute gerere cepit, præstare debere ajunt: ideo-
que quantum, si alius ejus negotia gessisset, servare potuisset,
tantum eum, qui à semetipso non exegerit, negotiorum gesto-
rum actione præstaturum si aliquid habuit in peculio, cuius
retentione id servari potest. Idem Neratius.

Ad L. XIX. eod. At qui natura debitor suus, etiam si in peculio
nihil habuit: & sibi postea solvere debet in eodem actu per-
severans: sicut is, qui temporali actione tenebatur, etiam
post tempus exactum negotiorum gestorum actione id præ-
stare cogitur.

Ad §. Scævola noster ait putare se, quod Sabinus scribit, de-
bere à capite rationem reddendam, sic intelligi, ut appareat,
quid reliquum fuerit tunc, cum primum liber esse cæperit,
non ut dolum, aut culpam in servitute admissam in obliga-
tionem revocet. Itaque si inveniat, vel malo more pecunia
in servitute erogata, liberabitur.

Ad §. Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, man-
dem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem, La-
beo ait: quia non libera voluntate exequitur rem sibi man-
datam, sed quasi ex necessitate servili: erit igitur negotio-
rum gestorum actio: quia & gerendi negotii mei habuerit
affectionem, & is fuit, quem obligare possem.

Ad §. Cum me absente negotia mea gereres, imprudens rem
meam emisisti, & ignorans usucapisti, mihi negotiorum gesto-
rum, ut restituar obligatus non es. Sed si antequam usuca-
pias, cognoscas rem meam esse subicere debes aliquem, qui à
te petat meo nomine: ut & mihi rem, & tibi stipulationem
evictionis committat, nec videris dolum malum facere in hac
evictione. Ideo enim hoc facere debes, ne actione negotio-
rum gestorum tenearis.

Ad §. Proculianum sortem, verum est, si
aliena percipias negotiorum gestorum actionem, non habuerit.

vel etiam quas percipere potuimus: Contra quoque usuras
(quas) præstabimus, vel quas ex nostra pecunia percipe-
re potuimus, quam in aliena negotia impendimus: servabi-
mus negotiorum gestorum iudicio.

Ad §. Dum apud hostes esset Titius, negotia ejus administravi,
postea reversus est, negotiorum gestorum mihi actio competit,
etiam si eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt.

Aggrediatur quæstionem difficillimam, quam Interpp:
non explicant, sed difficiliorem reddunt, quæ propo-
nitur in l. 18. de neg. gest. & initio l. 19. & in §. Scævola. Fa-
citque ad hanc quæstionem plurimum lex 17. quæ præce-
dit. Certissimum est eum, qui gessit negotia alterius tem-
pore servitutis, post manumissionem eo nomine non te-
neri actione neg. gest. sicut ex contrario, si quis peculiaris
negotia servi gesserit, ei manumisso nulla tenetur actione,
quia negotiorum geritio contractus est, l. 16. h. tit. & ex
contractibus servi naturaliter tantum obligantur, non civi-
liter, ut in eis agi non possit, l. 14. & 43. de oblig. & act.
& l. seq. in princ. & l. naturaliter, de cond. indeh. l. hoc iure,
& si quis seruo, de donat. Unde confecta est, & recepta hæc
reg. juris: Post manumissionem ex antegesto, id est, ex eo,
quod is, qui manumissus est, gessit in servitute, cum manu-
misso non esse actionem, l. 1. §. si apud servum, l. si apud
filium, de pos. l. tutorem, qui tutelam, de admin. tut. l. si pure,
de fideicom. libert. l. prox. sup. l. quæ utiliter, §. 1. inf. hoc
tit. & l. 1. & 2. C. an servus ex suo facto post manumiss. ten.
Ratio superioris regulæ est, quia negotiorum gestorum ini-
tium spectatur, l. 15. sup. hoc tit. Initio autem is, qui acce-
sit ad negotia, servus fuit, aut attigit negotia, quæ servi
erant, imo, & si is, qui in servitute cæpit gerere aliena ne-
gotia, post manumissionem in eodem actu perseveraverit,
actione negot. gest. tenetur rationem reddere ejus tantum,
quod gessit post libertatem, non ejus, quod ante liberta-
tem: videlicet si posterior actus propriam, & separatam ra-
tionem habuerit, non communem cum priori: Nam si com-
munis sit, & conjuncta utriusque actus, & temporis ratio,
si posterior actus priori cohæreat, si prioris actus ratio con-
nexa sit posteriori, non ab eo separata, atque divisa, non tan-
tum posterioris, sed & prioris temporis nomine tenetur
actione neg. gest. non ut separantur tantum, & disjungan-
tur rationes, quæ connexæ sunt, quod glossæ, & Doctores
commiscuntur, sed etiam ut præstentur reliqua rationis
utriusque, ut puta si tempore servitutis quis ædificare L.
Titio cæperit, & post libertatem ædificium consummave-
rit, posterior actus nexus est priori, & posteriori prior, &
uterque venit in actionem neg. gestorum, etiam qui gestus
est in servitute. At si, quod exemplum proponitur in l. prox.
sup. in servitute quis aream ei, cujus negotia gerenda susce-
perat, mille emerit, & in ea quoque area domum male ædi-
ficavit, adeo ut corruerit non ita multo post ædificationem
perfectam, in libertate autem fundum ejusdem hominis
male locaverit: rationes hujus & illius actus diversæ, & se-
paratæ sunt, ut patet satis: & ideo sola locatio fundi venit
in actionem negot. gestor. non emptio areæ, non ædifica-
tio domus postea collapsæ, quæ acta sunt in servitute. Et
huic legi prox. sup. conjungenda lex 13. de tut. & rat. distrah.
quæ est ex eodem Pauli libro: possunt etiam adjungi, quæ
de connexis negotiis, & administrationibus habentur in
l. 3. §. pen. de cont. tut. act. & l. 5. §. si tutor, de admin. tut. &
l. 11. C. arbit. tut. & l. si cognati, C. de neg. gest. Unde ita con-
cludamus, regulariter servum de eo, quod in servitute ges-
sit, post libertatem conveniri non posse, nec si post liber-
tatem in eodem actu perseveraverit: vel eo omisso dica-
mus simpliciter, servum de eo, quod in servitute gessit, post
libertatem conveniri non posse. Sed addamus exceptio-
nem, nisi in eodem gestu post libertatem perseveraverit, &
quod gessit in servitute connexum fuerit cum eo, quod
gessit in libertate, adeo ut nec potuerit unus gestus expedi-
ri sine altero. Addamus etiam, quod erit loco alterius excep-
tionis, id quod ex sententia Proculianorum, Proculi scili-
cet ipsius, & Pegasi, & Neratii, dissentientibus Sabinia-
nis, proposuit Paulus in l. 18. ex hoc libro, qui est in manu.
Idemque Paulus refellit in notis ad Neratium lib. 2. nempe
initio

initio l. 19. seq. Hoc autem proponit in l. 18. ex sententia Proculianorum, etiam si utriusque temporis separata non connexa administratio fuerit, quod Basilica ponunt recte, *καὶ ἂν μὴ ἦ ἡ διαδοχὴ ἢ ἡ διαδοχὴ ἢ ἡ διαδοχὴ ἢ ἡ διαδοχὴ*, manumissum perseverantem in actu cœpto tempore servitutis bonam fidem debere præstare, ex bona fide teneri etiam de eo, quod gessit tempore servitutis. Ita scilicet, ut si ex causa negotii gessi in servitute aliquid ei, ad quem negotia pertinent, naturaliter debere cœperit, civiliter ex hac causa nihil debere potest: si quid, inquam, ei naturaliter debere cœperit, si quid in servitute reliquatus fuerit, quod postea potuit à semetipso exigere manumissus, & sibi solvere ex peculio, cujus liberam administrationem habuit, ut l. naturaliter, de cond. indeb. eo scilicet, quod reliquatus est priori administrationi deducto sive retento ex peculio, & residuo reddito domino, & manumissori, videlicet. quum peculium ei à domino cum libertate simul concessum non est, si tamen id à semetipso non exegerit, si id post manumissionem non deduxerit ex peculio, ut dixi, non deductum sibi que solutum, aut quasi sibi solutum non intulerit rationib. ejus, cujus negotia gerebat, id eum præstare debere actione neg. gest. quia hoc iudicium bonæ fidei est, & bona fides postulare videtur, ut ei imputetur, quod à semetipso pecuniam debitam ex prima administratione manumissus non exigit, cum in manu esset peculium, ex quo eam retinere potuerit, sicut (qua comparatione Proculiani utuntur in l. 18.) sicut, inquit, etsi alius quilibet liber homo ejusdem hominis negotia gessisset, nec à semetipso exegisset debitum in ipsa administratione contractum, vel aliud quodcumque debitum, quo tenebatur obstrictus domino negotiorum, & forte interim tempore liberatus esset, id finito, aut intermisso negotio ei imputaretur, & veniret in actionem neg. gest. l. 6. §. ult. l. 8. in princ. l. qui sine us. hoc in l. 9. §. præterea in fine, de pecul. Et hæc est sententia Proculianorum, quam Paulus refert in hac l. 18. non etiam probat, imo eam refellit in l. seq. in princ. quod ducitur ex ejusdem Pauli notis ad Neratium, & refellit hoc argumento: si servo habente peculium manumissionis tempore, nec ex eo retinente, & sibi solvente, quod domino negotiorum in servitute debere cœpit, id ei post libertatem in eodem actu perseveranti imputatur, & deducitur in actionem neg. gestorum. Par & æquabile est, etiam si nihil in peculio habuerit manumissionis tempore, quia id etiam post manumissionem natura debuit, & manumissione non perimitur naturalis obligatio. Quia igitur etiam id post manumissionem natura debuit, & aliunde quæ sita pecunia id sibi solvere potuit, & ut videtur, debuit, si id non fecit, æquum est, ut hoc ei imputetur finito negotio, & hoc denique præstet conventus actione neg. gest. tam igitur, quod gessit in libertate, quam quod gessit in servitute, sicut utitur Paulus eadem comparatione in 2. casu, qua Proculiani usi sunt: in priore casu servus fuit peculiaris, in posteriore non fuit: sicut, inquit, liber homo, qui gerendo aliena negotia à semetipso non exegit, quod domino negot. gest. debuit ex causa, quæ certo tempore finiebatur, verbi gratia, ex causa actionis redhibitoria, ex ædilitio edicto, quæ finitur, & perit transactis sex mensibus, etiam post sex menses, id quod interim à semetipso non exegit, quamvis tempore liberatus videatur, domino præstare tenetur actione neg. gest. l. 8. in princ. sup. hoc tit. Denique Paulus ita argumentatur: si is, qui peculium habuit, & in servitute aliena negotia gerere, & ex ea administratione domino negot. aliquid debere cœperit, neque id manumissus ex eo peculio retinuit, & sibi solvit, de eo tenetur actione neg. gest. ut Proculiani dicunt. Æque tenebitur eadem actione ob eandem causam, si cum peculium non haberet, id quod debere cœpit ex priori administratione, quam in servitute gessit, manumissus aliunde parata pecunia non intulerit in posteriorem administrationem, quia natura debitor mansit etiam post manumissionem. Quod si utroque casu, id quod in servitute gessit, & debere cœpit post libertatem, venit in actionem neg. gest. Falsa igitur regula juris, quæ dicitur, de eo, quod quis in servitute gessit, eum post libertatem non teneri, quia nullus

Tom. II. Post.

A casus existit: quo ea regula locum habere possit, si in eodem actu post libertatem perseveraverit, semper domino negotiorum ei imputante, quod manumissus confestim sibi non solverit pecuniam, quam in servitute debere cœpit. At profecto falsa ea regula non est. Et verius est, si peculium habuerit, si non habuerit, ei non imputari, quod à semetipso non exegerit, quod in servitute debere cœpit. Verius est, non congruere etiam comparationem liberi hominis, quia liber homo civiliter obligatus fuit, & merito igitur à semetipso exigere debet; servus civiliter obligatus non fuit, & immerito igitur ei imputatur, quod à se non exegerit id, cujus nulla exactio fuerat. Naturale debitum, neque ab alio, neque à seipso exigere potest, nec debet. Et hæc est mens notæ Pauli ad Neratium.

B AD §. Scævola. Quæ post hanc Pauli notam subjiciuntur in eadem lege 19. Scævola noster, ait, putare se, quod Sabinus scripsit, &c. omni asseveratione confirmo non esse ex 2. lib. Paul. ad Neratium, ex quo est initium legis, sed ex libro nono ad edictum, ut lex 18. Quod & legis 21, hujus tit. quæ ex eodem libro nono, conjunctio cum fine hujus leg. 18. pervincit, & infra monstrabo apertius, quum explicabo legem 21. Et certum quoque est libro secundo ad Neratium, Paulum tam ubertim non tractasse de negot. gestis, quam facit in hac l. 19. quæ falso tota, ut dixi, adscribitur 2. ad Neratium. Quia vero adversus supradictam regulam, de eo, quod quis gessit in servitute manumissum non teneri, etiam si in eodem gestu perseveraverit, nec connexa utriusque gestus ratio fuerit: quia, inquam, adversus hanc regulam, quam Sabinus mordicus tuebatur, Proculus prope modum despiciebat, quia adversus eam objici poterat ex Sabino ipsomet, quod idem scripsit, ab eo, qui in servitute actum administrare cœpit, & in eo post libertatem perseveraverit, à capite rationem esse reddendam. Unde quis diceret statim: ergo ab ipso initio administrationis cœptæ in servitute, quamvis connexa utriusque temporis ratio non sit. Ideo eam sententiam Sabini ex opinione Quinti Servidii Scævola Paulus ita interpretatur in hoc §. ut non debeat quidem totius administrationis rationem reddere, etiam ejus, quam in servitute gessit, non debeat scilicet ejus rationem reddere, quod in servitute improbatore more, dolo malo, aut culpa sua consumpsit, neque enim ex eo quodcumque in servitute gessit, civiliter obligatur, etiam si dolo malo, aut culpa in servitute administrans negotia, aliquid admiserit, aliquid infumperit, malo more, inquit, vel erogavit, id est, dissipaverit, post manumissionem in obligationem non revocatur, quinimo eo nomine liberatur, hoc est, non obligatur, absolvitur, sed debet tantum reddere rationem earum rerum, & pecuniarum, quæ ex priore administratione supererant tempore manumissionis, ut in l. si pure (quæ multum ad hunc locum facit) de fideicommissar. libert. Ita ut à capite rationem reddere sit posterioris administrationis rationem reddere, incipiendo à rebus reliduis à priore, à quibus posterior administratio cœpit, incipiendo ab eo, quod caput est posterioris administrationis. Et ita, quod dicitur, domino postulanti ab adversario rationes edi debere, sic accipi interpretatur lex 10. §. edi, de edendo, ut non totum codicem rationum argentiarii, totasque membranas inspiciendi, describendi potestas sit, sed ejus tantum partis, quæ ad instruendum eum, qui rationes sibi edi postulat, pertineat, & sit quodammodo caput suæ rei, vel causæ: Eodem profus modo, quod Sabinus scripsit, à capite rationem esse reddendam, ita accipi debet, ut appareat, quod reliquum fuerit tunc, quum liber esse cœperit, hoc est, quæ res, quæ corpora reliqua fuerint, quæ pecuniæ fuerint in bonis, non etiam scilicet, quod absumptum fuerit dolo malo, vel culpa ejus. Et hoc ita intellige sicut dixi, si connexa non fuerit utriusque temporis ratio: Nam si connexa fuerit, posterior actus trahit ad se priorem, & uterque deducitur in actionem negot. gestorum. Quæ omnia valde notanda sunt.

AD §. Si libero. Regulariter actio mandati ultro citroque nascitur, si ex mandato tuo negotia gessero, actio

I

actio

actio neg. gest. si sine mandato gessero: hæc nascitur quasi ex contractu, illa ex contractu. Verum in hoc §. datur casus singularis, quo interveniente mandato nascitur actio neg. gest. non mandati, ut si libero homini, qui bona fide mihi serviebat mandavero, ut negotia mea, vel ut negotium aliquod meum ageret, non est actio mandati hoc casu, quia id non libera voluntate liber homo suscepit, sed quasi ex necessitate servili, cum existimaret, se esse servum mandatoris, nec quasi amici, sed quasi domini negotium gessit. Quod valde alienum est à jure, & à natura mandati, quod originem trahit ex officio, & amicitia, ut ait *l. i. mand.* ubi officium est, quod vulgo dicimus *plaisir*. Qui putat se esse servum, jussu ejus, quem putat esse dominum, non officiose exequitur, sed necessario. Verum est, hoc casu nego. gest. actio est, ut hoc loco Paulus ait, quia & gerendi negotii mei ille affectum habuit, & is fuit, qui mihi obligari potuit, nempe liber homo. Atque ita negotiorum gestorum actio est non tantum, si quis nulla cogente necessitate immiscuerit se negotiis alienis, sed etiam necessitatis opinione falsa, *l. 3. §. pen. l. si liber homo, hoc tit.* Nec mutat, quod eum mihi obligare nolui, quem servum meum esse existimabam, quia plerumque accidit, ut extra id, quod agitur, tacite obligatio contrahatur, veluti quum per errorem indebiti solvendi causa datur: nam id agitur palam, ut distrahatur obligatio solutione, id agitur palam: tacite autem obligatio contrahitur reddendi indebiti soluti per errorem, quia ea mens intelligitur fuisse solventis, *l. 13. §. ult. commod.* Qui tamen §. huic nostro vehementius obstat in eo, quod ait, posita omnino eadem specie, mandati actionem esse, quam esse negat hic §. in quo laborant plurimum interpretes. Sed ut breve faciam in illo §. ult. corrigat se, dum addit, *vel præscriptis verbis*: quæ est subsidiaria actio, mandati scilicet actionem esse, *vel*, inquit, *præscriptis verbis*, vel etiam, vel potius, vel quod magis est, ut loqui solemus. Et ita in *l. 6. de rescin. vend.* esse actionem ex empto, vel proximam empti in factum, id est, præscriptis verbis: corrigat se, dum ait, *vel proximam empti in factum*, quia scilicet utroque loco in hac specie tutius est agere præscriptis verbis, quam mandati, vel etiam neg. gestor. Quod & ad hunc §. suppleri, vel subintelligi debet, ut in specie proposita non sit actio mandati, sed negot. gestor. vel potius præscr. verbis, qua experiri tutius est: quia in hac specie non competunt, & concurrunt omnia, quæ desiderantur ut proprie competat, vel mandati, vel negot. gest. actio.

Ad §. cum me abs. Qui negotia mea gerebat, ab extraneo rem meam bona fide emit, cum ignoraret esse meam, & eam usucepit, an mihi tenetur actione neg. gestor. ut eam rem mihi restituat: minime, quia sibi non mihi negotium gerere voluit, qui ignoraret eam rem ad mea negotia pertinere. Sed si ante impletam usucapionem cognoverit, eam rem esse meam, bona fides exigit, ut quamvis postea usucapionem impleverit (neque enim interveniens scientia rei alienæ interruptit usucapionem, *l. bonæ fid. de adquir. rer. dom.*) bona fides, inquam, exigit, ut quamvis usucapionem impleverit, ut eam rem mihi restituat actione nego. gestor. quam cognovit esse meam ante impletam usucapionem, nisi scilicet interim subornaverit, subjecerit aliquem, qui ab eo rem vindicaret meo nomine, quæ subjectio caret omni fraude, & calumnia, & culpa quoque omni, cum per eam subjectionem mihi rem commiserit, id est, effecerit, ut mihi ea res servaretur, nec usucaperetur, & sibi quoque commiserit stipulationem evictionis re sibi evicta ab eo, quem subjecit stipulationi evictionis adversus auctorem suum, adversus venditorem, atque ita excluderet actionem neg. gest. qua alioqui impleta usucapione mihi fuisset obligatus: non videtur dolo agere, qui ita agit, ut sibi conservet actionem de evictione, & ut alii præcidat causam agendi secum, *l. 26. de lib. caus. l. cum pater, §. Titio, in fine, de leg. 2. l. 12. de injur.* Fuit enim ei necesse subijcere aliquem, qui ab eo rem vindicaret, evinceret meo nomine tanquam procurator meus, præstita cautione de rato, ut fieri adsolet, quia statim atque cognovit rem esse meam, non potuit eam mihi reddere, aut inferre rationibus meis

A sine damno suo, sine periculo amittendæ evictionis suæ, siue auctoritatis adversus venditorem, quin prius expertus sit per subjectum alium adversus me, & eam mihi evinceret, quia re ultro illata rationibus meis, non haberet regressum adversus auctorem suum ex stipulatione evictionis, quia res ei evicta non est, sed ipse ultro ea se spoliavit. Re tamen sibi iudicio evicta, supposito certo homine, qui eam evinceret, habet actionem ex stipulatu evictionis nomine adversus auctorem suum, qua omni damno servatur indemnis. Commodius illi igitur est, ne in damno moretur, subjicere hominem, qui sibi eam rem nomine meo evincat, quam ultro eam rem inferre rationibus meis: jure iudicioque rem evinci necesse est, ut stipulatio evictionis committatur, *levicta re, §. 1. l. emptorem, l. non tamen, de evict. l. si servus, Jud. solvi.* Quod & evincendi verbum demonstrat. Evincere enim est iudicio vincere, & non vincere tantum, sed etiam auferre rem, & abducere. Nec obstat *lex si dictum, §. si cum possit, de evict.* quæ ait, *dene-gari actionem de evictione emptori, cujus culpa factum, ut cum possit rem usucapere, eam non usuceperit*: quia in specie nostra, culpa in emptore nulla est, qui præstitit bonam fidem, quam præstare statim debuit, atque cognovit rem à se emptam ad negotia pertinere, quæ gerit. Denique bonam fidem præstitit, cui præstandæ obnoxius est in gerendis negotiis alienis, qui effecit, ut à se cocepta usucapio interrupteretur supposito aliquo, qui sibi eam rem evinceret nomine absentis domini, cujus negotia administravit. Suppositio hæc pars est administrationis, quia rem suam domino negotiorum conservat, simul ac supponenti servat regressum adversus auctorem suum, quod omne cum geratur bona fide, reprehendi non potest. Et invenio similiter, quum abest fraus, suppositionem recte fieri alterius personæ in specie *legis si debitor tuus, de solut.* Si debitorem meum præsentem, & invitum, qui non vult liberari, ego velim liberare, quid faciam, qui omnimodo volo eum liberare? Possum supponere aliquem, à quo debitum novandi causa stipuletur. Hoc enim genere debitor velit nolite liberabitur, & expromissor quoque, etiam si ei non accepto tulerim, si cum eo agam, se tueri poterit exceptione doli mali, quod non ut ab eo debitum exigerem, sed ut debitorem meum liberarem, ab eo stipulatus sum: quæ est species *d. legis si debitor.*

Ad §. penult. In hoc §. ostenditur, in actione nego. gest. directa non tantum sortem venire, sed etiam usuras, quas ex pecunia aliena negotiorum gestor percepit, ne de alieno lucrum sentiat, *lietumque, §. sed etsi, mand.* vel etiam usuras; quas percipere potuit, nec percepit. Videlicet (si enim hoc exaudiendum est) si is, cujus negotia sunt, pecuniam fœnori occupare solebat, debuit enim & qui ejus negotia gerenda suscepit, eum imitari, & facere, quod is facere solebat, nec pecuniam ejus sterilem, & vacuam habere. Et in contraria quoque actione neg. gest. similiter ostenditur in hoc §. venire usuras, quas negotiorum gestor præstitit nomine alieno, vel quas ex sua pecunia, quam impendit in negotia aliena percipere potuit is, qui suam pecuniam fœnori occupare solebat, *l. 18. C. eod. tit. l. & in contraria, inf. de usur.* Quod totum iudex ex bono, & æquo arbitratur, ut eleganter ait *l. si vero non remunerandi, §. sed etsi reum, mand.* In iudiciis bonæ fidei usuræ veniunt officio iudicis variis ex causis: in iudiciis strictis veniunt ex una causa tantum, si nominatim in stipulationem deductæ sunt, non aliter, *l. 7. hoc tit.*

Ad §. ult. In hoc §. ult. ostenditur, si Titio capto ab hostibus ejus negotia gessero, quamvis eo tempore negotia dominum non habuerint propter servitutem ejus: nec servus quicquam intelligitur proprium habere posse: eo tamen postliminio reverso, ultro citroque esse actionem nego. gestor. quia retro creditur in civitate fuisse, nec libertatem unquam amisisse. Hæc est fictio postliminii, *l. retro, de capt. & postlim. revers.* Et conjungendus hic §. cum initio *l. 21. quæ cum sit ex lib. 9. & §. ult.* adjungit similem casum his verbis, *nam & Servius respondit, &c.* Nam hic articu-

ticulus plane conjungit legem 21. cum extremo legis 19. A & id vero plane coarguit, quod ante dicebam, & ea omnia, quæ sunt in l.19. esse ex libro 9. Pauli ad edictum, excepto tantum initio, quod interjectum est ex Pauli notis ad Neratium, ad quam accedo.

Ad L. XXI. de Neg. gest. Nam & Servius respondit, ut est relatum apud Afsenum libro trigesimo nono digestorum: cum à Lusitanis tres capti essent, & unus ea conditione missus, ut pecuniam pro tribus adferret, & nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisse, & ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent (Servius respondit) æquum esse, prætorem in eum reddere judicium.

Ad §. Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem, seque ei obligat. Ideoque nihil refert an etiam pupillus heres existat: quia id æs alienum cum cæteris hereditariis oneribus ad eum transit.

Ad §. Si vivo Titio, negotia ejus administrare cæpi, intermittere mortuo eo non debeo: nova tamen inchoare necesse mihi non est, vetera explicare, ac conservare necessarium est, ut accidit cum alter ex sociis mortuus est: nam quæcunque prioris negotii explicandi causa gerentur, nihilum refert, quo tempore consummentur, sed quo tempore inchoarentur.

Ad §. Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit, quod is non recte gessit: tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas præstes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris: ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi præstes.

Casus similis est, qui ab initio hujus legis 21. proponitur. Tres cives Rom. capti sunt à Lusitanis, quos diu cum populo Romano bellum gessisse constat, & rogatu omnium, unus ex eis impetravit veniam à duce Lusitanorum: quæ venia *συγγεωφῆ*, dicitur sæpe in Comædiis Plauti, videlicet, ut sibi domum ire liceret conquirendæ, & adferendæ pecuniæ causa, qua tam ipse, quam alii duo redimerentur, ut Basilica *ἰφ' ἀγαγῆν ἡμέτερ τὰν τελευτῶν ἄρεα*, ea tamen lege, ut si non rediret, alii duo pro eo quoque pretium redemptionis inferrent, quod in idiotismo nostro à Germanico est *rancon*, ex redemptionis verbo deslexum: ille vero tertius noluerit redire, ac proinde alii duo pro eo quoque redemptionem exsolverint, his reversis domum, in illum, qui redire in hostes noluit, competit contraria actio nego. gestor. ut ab eo recipiant pretium redemptionis, quod pro eo persolverunt: actio negot. gestor. inquam, non mandati, quia non proponuntur mandato ejus pro eo intervenisse: ergo actioni negot. gest. locus est non tantum si quis in civitate captivi negotia gesserit, qui postea in civitatem reversus sit, ut in §. ult. sed etiam, ut initio l. 21. si captivus negotium apud hostes gesserit ejus, qui cum etiam captivus esset, missus est ad suos, neque rediit ad hostes: namque postliminio reversus in eum habet actionem negot. gestor.

Ad §. qui negotia. Sequitur in hoc §. cum, qui jacente hereditate negotia hereditaria gessit, ex hac causa se quodammodo obligare hereditati, quæ loco dominæ est, & vicissim hereditatem sibi, eamque obligationem in solidum ad eum, qui postea heres exstiterit, transire una cum cæteris obligationibus hereditariis, etiam si pupillus fuerit, qui postea heres factus est, quia obligatio ab ipso pupillo non cæpit, sed ab ipsa hereditate. Si obligatio à pupillo cæpisset, non teneretur in solidum, sed in id tantum, quo locupletior factus esset, l. 3. §. pupil. l. 6. §. 1. l. de litiis contest. hoc tit. At quia obligatio non cæpit à pupillo, sed ab hereditate, quæ cum jacet, quasi domina esse intelligitur rerum hereditariarum, ideo ex ea causa pupillus postea heres factus in solidum obligatur.

Ad §. pen. In hoc §. ostenditur, eum, qui vivi negotia gessit, & mortui gerere debere, nec ea intermittere, si connexa fuerit utriusque temporis ratio; vetera scilicet

Tom. II. Post,

negotia explicare, & conservare debere, non nova adoriri. Quod & uno ex sociis mortuo servandum esse docet, nempe ut jam cæpta negotia à socio post mortem ejus heres ejus expleat atque perficiat, non suscipiat nova, *liberes socii, pro soc.* Morte unius ex sociis finitur contractus societatis, morte item domini negotiorum finitur contractus, de quo est hic titulus. Morte item tutoris finitur tutela, quæ & contractibus adnumeratur, id est, quasi contractibus. Sed ut heres defuncti socii inchoata per defunctum negotia explicare debet, ita etiam heres tutoris: alioqui teneretur, quasi ex dolo malo, l. 1. de fidejuss. tut. Et negotiorum quoque gestor negotia vivo domino inchoata ad extremum perducere debet, quia imperfecti, & inchoati negotii nullus est usus.

Ad §. ult. Restat §. ult. in quo ostenditur, si me absente, nec mandante, tuo mandatu, L. Titius mea negotia gesserit, eo nomine mihi teneris actione negot. gestor. quia tu ipse mea negotia gessisse videris: puta si quid minus recte L. Titius gesserit, mihi teneris non tantum, ut mihi actionem mandati cedas adversus Titium, sed omnimodo, ut mihi damnum præstes, quod dolo, vel culpa Titii admissum est in rebus meis, quia imprudenter eum elegisti: imprudentia culpa est, & in judicio negotiorum gestor. non tantum dolus venit, sed etiam culpa, negligentia, imprudens electio. L. Titius autem proculdubio mihi non tenetur actione negot. gestor. quamvis mea negotia gesserit, quia non contemplatione mei, sed contemplatione tui ad ea accessit: tibi in eum est actio mandati, mihi in eum nulla est actio. Quæ est sententia hujus §. ult. Neque vero ei obstat *lex si is apud quem, depof.* quam objicit Accursius, quia lex illa loquitur de actione depositi, in qua certo certius est, venire tantum depositarii dolum malum, non culpam. Et ideo depositarius culpæ nomine, si imprudenter alium ejusdem rei depositarium fecerit, & elegerit, cujus dolo res deposita perierit, in hoc tantum tenetur, ut cedat actionem depositi adversus posteriorem depositarium, & quia nihil ipse dolo malo fecit, culpam admittit, sed in hoc judicium culpa non venit. Hoc autem loco agitur de actione nego. gestor. in qua certissimum est non tantum venire dolum, sed etiam culpam, etiam levissimam: Sicut, & in actione mandati, in qua tamen quandoque hoc tantum inest, ut qui convenitur actori cedat actionibus suis, *l. si procuratorem, §. si liber, mand.* sed hoc ideo, quia in specie illius §. is quo cum mandati agitur, omni dolo, & culpa caret, & ideo delegatio, sive cessio actionum, quam ille facit, aut facere paratus est, pro justa præstatione habetur, nec quicquam aliud ab eo desiderari potest, in quo neque dolus est, neque culpa.

Ad L. XL. Mandati. Si pro te præsentem, & vetante fidejussorim: nec mandati actio, nec negotiorum gestor. est, sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio. Secundum quod & Pomponio videtur.

SI te mandante libens pro te fidejusserim in rem tuam, non donandi animo, & solverim, aut condemnatus fuerim: mihi in te competit actio mandati, hoc est certissimum. Cæterum competit eadem actio, si pro te non mandante, sed præsentem, & tacente, neo recusante fidejusserim, l. 6. §. si passus, l. qui fide, hoc tit. l. 6. C. eod. l. 60. de reg. jur. Competit mihi actio mandati, si pro te præsentem & tacente, & patiente fidejusserim, quia taciturnitas consensus imitatur, & consensus mandatum: etiam ex tacito mandato est actio mandati. At si pro te absente, & ignorante fidejusserim, & solverim, aut damnatus fuerim, quod semper exigitur, ex illa causa mihi in te competit actio nego. gestor. quia nullum mandatum intercessit, neque expressum, neque tacitum, *l. ex mandato, mand.* Quod si pro te præsentem, & vetante, id est, specialiter prohibente ne fidejuberem, fidejusserim, mihi neque mandati, neque negot. gest. actio competit, ne utilis quidem, ut definit Paulus in hac l. 10. Actio utilis datur in casu simili, non in casu dissimili, l. 5. si mens. fals. mod. dix. l. 29. comm. divid. Is autem

I 2

qui

qui palam ; & aperte vetat pro se fidejuberi, omnino dissimilis est ignoranti, vel tacenti, & non recusanti. Et ideo nec utili actione tenetur mandati, vel negot. gesto. Quidam dabant utilem nego. gest. ut Paulus ait: quidam denegabant etiam utilem, ut Pomponius, & Julianus, quam sententiam Paulus probat. Probavit etiam Justinianus sublata omni controversia, l. ult. C. de neg. gest.

Ad L. XXIV. de Admin. tut. Decreto prætoris actor constitui periculo tutoris solet: quotiensque, aut diffusa negotia sint, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulet. Si tamen nondum sari pupillus potest, ut procuratorem facere possit, aut absens sit: tunc actor necessario constituendus est.

Ad §. Si duobus simul tutela gerenda permissa est, vel à parente, vel à contutoribus, vel à magistratibus: benigne accipiendum est, etiam uni agere permissum, quia duo simul agere non possunt.

Quod est in hac lege, id etiam Paulus scripsit ad edictum de neg. gestis, cum tutorem, & curatorem conferret cum procuratore mandatario, & procuratore voluntario, id est, negotiorum gestore, & doceret, quanto intervallo distaret tutor à procuratore, vel negotiorum gestore. Et hoc inter cætera, nulla ex causa permitti procuratori, vel negotiorum gestori, litium causa, quæ pertinent ad eum, cujus negotia sunt, suo periculo actorem à prætoris postulare, & constituere, l. liberto, §. quamquam, de neg. gest. nec procuratorem facere posse ante litem contestatam. Tutorem vero, etiam si ante litem contestatam, procuratorem facere non possit, l. neque C. de procur. posse etiam ex causa, ut puta, quotiensque, ut Paulus loquitur hoc loco, & alii auctores nostri sæpissime, pro quotiescunque: l. 3. Quibus modis usus. amitt. & l. 3. §. si usufructus, usufr. quemad. cau. l. in singulis, de ann. leg. l. 1. §. merito, ne quid in loco publico: quotiensque, inquit, negotia pupilli late diffusa sunt, vel quotiensque tutor longinquo abfuturus est, aut dignitas, vel ætas, vel valetudo ejus, in quam post susceptam tutelam incidit, id exigit, posse, inquam, tutorem deliderare à prætoris, vel præside, ut quando ipse omnibus rebus pupilli sufficere non potest, aut nullis pupilli rebus, ut litium sui pupilli apendarum causa, periculo suo actorem decernat, maxime si nec pupillus ipse tutore auctore litem agere, vel procuratorem ad agendum, vel defendendum dare potest, forte quia infans vel absens est, l. tutor, quand. ex fact. tut. l. solet, de tutel. §. ult. Instit. de curat. l. 10. C. de appell. l. 10. C. qui dari tutor. l. 1. C. de action. à tut. seu curat. dand. Si pupillus infantiam excessit, & præsens est, quamvis tunc ipse litem agere possit tutore auctore, vel etiam ad litem facere procuratorem æque tutore auctore, tamen etiam actor decreto prætoris, vel præsidis, & periculo tutoris constitui potest ex causa, sed non est necesse, si malit pupillus per se litem agere, vel procuratorem dare tutore auctore. At si infans, vel absens sit, necessario, ut Paulus ait hoc loco, actor constituendus est, ex justa causa, ut dixi, ab eo actore scilicet exacta cautione de rato, quia domini, id est, pupilli voluntatem non habet, l. actor, rem rat. haberi. Constituitur autem unus actor, non plures: nam & vix per plures lites expediri possunt. Quæ ratione, & pluribus procuratoribus simul datis ad agendum, ex iis unus tantum adsumitur, nempe is, qui agere occupaverit, cæteri repelluntur, l. 3. de procurat. Cui legi cum sit ex eodem lib. licet adsuere, quod Paulus subjicit in hac l. 24. Si duobus simul testamento parentis tutela gerenda permissa sit, vel à majore parte tutorum, vel à prætoris, vel præside, vel à duobus viris, etiam uni agere permittendum est, maxime ei, qui diligentior fuerit, qui agere occupaverit, quia & vix duo simul bene agere, & litem exequi possunt. Et eleganter l. 2. §. apparet hoc tit. facilius unum tutorem exercere, & excipere actiones, ne per multos tutela spargatur. Quod confirmat etiam l. cum possessor, inf. de censib. Et ait Paulus hoc loco, benigne uni agere permitti, quia scilicet cum duo plane, & discrete simul agere jussi sunt à parente, vel prætoris, vel à contutoribus, si ad verba rem despectamus, non nisi duo agere possunt: sed

benignius est, ut & uni agere permittatur, quoniam id est facilius, & pupillo commodius.

Ad L. XLI. ad Leg. Falcid. Dolo carere non videtur, si jam mota quis controversia hereditatis legata sine cautionibus det.

Dolo, inquit, carere non videtur, &c. Hæc lex etiam proprie accommodanda est ad neg. gest. actionem, ut fit etiam ab Accursio in l. ult. de neg. gest. videlicet ut si is, qui negotia hereditaria gerebat, cum jam mota esset controversia hereditatis, vel cum jam actum esset petitione hereditatis, solverit legata, non exactis cautionibus. Recte cautionibus: nam duo complectitur genera cautionum, quæ præstari solent solventi legata. Unde hæc est, quæ proponitur in tit. seq. Quod amplius legatorum nomine legatarius ceperit, quam e lege Falcidia capere licebit, id boni viri arbitrato restitutum iri. Altera cautio est, evicta hereditate ei, qui legata solvit, boni viri arbitrato legata restitutum iri. Et hanc maxime cautionem, si non exegerit, qui gerebat negotia hereditaria, cum solveret legata post motam controversiam de hereditate, eo nomine domino negotiorum evicta hereditate tenebitur actione neg. gestorum, quia dolus in eo est, quod cautionem exigere superfederit, l. Julianus, §. Marcellus, ad exhib. dolus, inquam, est, vel potius culpa dolo proxima, culpa lata, l. 4. §. hæc actio, tit. seq. quia in hac lege 41. non dolo facere dicitur, sed dolo carere non videri, id est, proximum esse dolo, quod superfederit eam cautionem exigere. Lata culpa vulgo præsumitur esse dolus: lata negligentia, dolus est: dolus evidens, qui probatur ex perspicuis insidiis, ut ait l. 6. C. de dolo. Lata culpa est dolus præsumptus. Fit autem hujus cautionis evicta hereditate soluta legata reddi, sæpe mentio in libris nostris, l. 3. §. si legatarius tit. seq. l. quod si possessor, de petit. hered. l. de die, §. tutor. qui satis cog. l. 1. §. non quærimus, si quis om. causa test. l. 9. C. de leg. l. ult. C. de petit. hered.

Ad L. LI. de Solut. Dispensatori, qui ignorante debitore remota est ab actu, recte solvitur. Ex utilitate enim domini ei solvitur: quam si nescit mutata, qui solvit, liberatur.

Negotiorum gestori sive procuratori comparatur actor servus sive dispensator, quem dominus præposuit calendario, quem dominus præposuit pecuniis credendis & exigendis, l. solutam, sup. hoc tit. l. solutum, §. solutam, de pign. actione. Comparatur etiam quandoque tutori, vel curatori, l. tutorem, qui tutelam, de admin. tut. Et ut procuratori dato ad exigendam pecuniam recte solvitur, quia ex voluntate domini solvitur, ac proinde is, qui ei solvit, liberatur: Ita & certissimum est, servo dispensatori recte solvi pecunias domino debitas, & solventem liberari, l. quod servus, sup. hoc tit. An vero ei etiam solvitur recte, postquam dominus illum ab illo actu removit. Et ut hoc loco definit Paulus, utque comprobatur l. pen. de reb. cred. comprobant & aliæ innumeræ, à debitoribus quidem scientibus, mutata esse domini voluntatem, scientibus dispensatorem ab eo actu dominum removisse, non solvitur recte, & ideo solvendo non liberantur: & ab ignorantibus solvitur recte, licet re ipsa jam finitus actus, finita dispensatio sit. Quod tamen benigne receptum est utilitatis causa, ne debitoribus justa, & probabilis ignorantia noceat.

Ad L. CXIV. de Reg. jur. In obscuris inspicere solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.

Hæc etiam lex accommodari potest, & admodum proprie ad speciem l. 13. de neg. gest. in qua, si creditor, cui debentur 50. defuncti debitoris sui negotia hereditaria gesserit, & in ea impenderit 100. ac postea ex venditione rei hereditaria redegerit 100. eaque reposuerit in arca, nec ex ea pecunia confestim sibi solverit 60. & mox ea pecunia arca vi erepta sine culpa sua perierit, quaeritur, an ab herede postea factio 60. petere possit? Et ostenditur in ea lege, quæ à nobis fusius explicata est, animadvertendum esse,

esse, utrum habuerit justam causam seponendorum, custodiendorum 100. an non habuerit, de quo si constet, nullus est labor. Nam siue justam causam habuit, definit perspicue quid statuendum sit, & contra si non habuerit. At si forte id obscurum fuerit, id esse inspiciendum hoc loco ait, quod est verisimilius, & quod plerumque fieri solet. Et ita coaptari debet ad distinctionem d. legis 13. ut sit verisimile, cum non sine justa causa deposuisse 100. in arca quod esset optimus, & diligens paterfamilias, vel si plerumque in ea regione soliti erant facere patresfamilias, quive eorum negotia gerebant: nam in obscuris inspiciendum quid in ea regione frequentatur, ut ait l. 34. eod. tit. tunc vero negotiorum gestor possit 60. ab herede petere. Sin autem verisimilius sit, eum imprudentia peccasse, quum deposuit 100. in arca, aut si plerumque solebant homines in ea regione confectam redactamque pecuniam statim erogare in negotia sua, neque otiosam aservare domi, tum neque possit 50. petere, neque retinere: decem vero, quæ impendit in negotia hereditaria, etiam petere non possit, retinere tamen possit. Quod maxime facit ad illustrandam distinctionem d. legis 13. nam posita ea distinctione, & eo definito, quod de quaque parte distinctionis statuendum est, restabat illa inspectio, quid esset dicendum, quidve statuendum, si obscurum fuerit, & incertum habuerit ille justam causam reponendi 100. in arca, an non habuerit. Et huic exemplo convenienter Joannes ad hanc regulam, majorem, inquit, 25 annis verisimilius est non esse lapsum, si industrius appareat.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. X. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad II. de Calumn. *Quin etiam, si quis obligatione liberatus sit, potest videri cepisse. Idemque si gratuita pecunia utenda data sit, aut minoris locata venditave res sit, nec refert, ipse pecuniam acceperit, an alii dari jusserit, vel acceptum suo nomine ratum habuerit.*

Ad L. VII. eod. *Si quis ab alio acceperit pecuniam, ne mihi negotium faciat, si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum: vel ab eo, qui negotium meum gerere volebat, & ratum habui: ego dedisse intelligor. Si autem non mandatu meo alius eorum licet misericordiae causa, dederit, ne fiat: neque ratum habui, tunc & ipsum repetere, & me in quadruplum agere posse.*

Ad §. Si ut filiofamilias negotium fieret, acceptum est: Item si filiofamilias pecuniam acceperit, ut faceret negotium, vel non faceret: in ipsum judicium dabitur. Et si alius non meo mandatu ei dederit, ne fiat: tunc etiam ipsum repetere, & me in quadruplum agere posse.

Ad §. Cum publicanus mancipia retineret, dataque ei pecunia esset, quæ non deberetur, & ipse ex hac parte edicti in factum actione tenetur.

LEGES hujus libri pertinent ad eam partem edicti, quæ est de calumniatoribus, & statim ex eo tit. de calumniator. conjunctim explicabuntur l. 2. & 7. Ordo autem hic est edicti perpetui, quem & in ordinatione Pandectarum Tribonianus sequutus est, ut post tit. de neg. gestis statim detur tit. de calumniatoribus, quem ita latius fuisse conceptum constat ex l. pen. de cal. de iis, qui pecuniam, ut negotium facerent, aut non facerent, accepisse dicuntur. Nec alia est huic tit. sup. qui est de neg. gestis jungendi proxime, & quasi vincier-di ratio, quam commune negotii nomen, licet eadem in utroque tit. nominis significatio non sit: superior est de neg. gest. hic est de iis, qui pecuniam accipiunt, ut negotium aliis faciant, aut non faciant. Quæ ratio fecit, ut & inf. tit. de recept. subjungeretur tit. naut. caup. licet idem in utroque non significet recipiendi verbum:

A homonymia hoc fecit, non quod utroque eadem esset eundem nominis potestas, eademve notio. Hoc vero edicto de calumniatoribus. siue de iis, qui pecuniam, ut calumniæ causa negotium facerent, aut non facerent accepisse dicuntur, tenetur actione in factum pœnali, in quadruplum intra annum is, qui pecuniam accepit, ut per calumniam alii negotium faceret: quæ actio non datur ei, qui eam pecuniam dedit, quia eam dedit turpiter, l. 3. §. 1. l. 5. §. 1. hoc tit. uterque turpiter fecit, qui dedit, quique accepit, ut alii calumnia fiat: sed datur hæc actio ei propter quem pecunia data est, ut ei calumnia fieret. Eadem actione tenetur is, qui pecuniam accepit ab innocente, cui minatur crimen, ne ei calumniæ causa crimen intenderet, neve negotium faceret. Et hæc actio ei datur, qui dedit pecuniam, ne sibi calumnia fieret, quia turpitudine versatur ex parte accipientis, non dantis. Omnis enim est honesta ratio propellendæ calumniæ. Coercetur etiam extra ordinem, siue extraordinario judicio concussionis, quod criminale est: hoc de quo hic agitur est civile. Sed præter hoc judicium civile, coerceri potest etiam extraordinario judicio concussionis, vel etiam publico judicio ex l. Corn. de fals. is, qui pecuniam sub specie criminis, vel accusationis ab innocente extorquet, l. pen. hoc tit. l. 1. & 2. de concuss. Quo genere Tertull. in lib. de fuga in persecutione, frequenter, concuti Christianos: *militem, inquit, vel delatorem, vel inimicum Christianos concutere, & perterrefacere, & nihil Casari exigere, imo vero contra Casarem facere, quum Christianum humanis legibus reum mercede dimittis*, id est, accepta pecunia. Pecuniam autem accepisse videtur, ut ait l. 1. in fin. hoc tit. & qui pro pecunia rem aliquam accipit, quod est certum. Verum additur ex hoc libro Pauli in l. 2. cum etiam pecuniam accepisse videri, qui obligatione aliqua liberatus est, ut alii negotium faceret, vel non faceret, eum quoque, inquit, *cui gratuita pecunia utenda data est*, id est, cui pecunia mutuo data est sine usuris; utendi dati nomine non tantum significatur commodatum, sed etiam mutuum, Plaut. in Perl. *Nemmos dares utendos mutuos*. Sed quæ datur pecunia mutua, datur ad abusum potius, non proprie ad usum, dominio in accipientem translato, quæ commodatur, proprie datur ad usum, dominio non translato ea lege, ut eadem pecunia restitatur. Commodantur enim pecuniæ dicis causa, ut ait l. saepe cor. mod. non ut eas consumamus, sed ut easdem restituamus, usu earum, in quem eas sumpimus, expleto. Ergo hoc loco is, cui pecunia utenda data est, id est, abutenda, quod sit credita pecunia. Item pecuniam accepisse videtur, qui propter hoc, id est, propter calumniam, quam se facturum alii in se recepit; is, inquam, qui propter hoc, rem minoris emit, aut conduxit. Et addit etiam, nihil referre, utrum ipse pecuniam acceperit, an alii jusserit dari, mercedem scilicet et calumniæ, an vero alii datam suo nomine ratam habuerit. Rationis habitio jussu, seu mandato comparatur. Qui jubet accipere, ipse videtur accipere, l. 9. §. usufruct. de solut. Sed ut redeamus ad id, quod est initio h. l. 2. is etiam pecuniam accepisse videtur, qui obligatione aliqua liberatus est, quod & repetitur ex d. lib. in l. 15. de reg. jur. Liberatur quis obligatione plerumque, vel per acceptilationem, vel pacto nudo, & si ve hoc, siue illo modo liberetur, semper videtur pecuniam accepisse. Ac primum quidem per acceptilationem, quia acceptilatione ipso jure perimitur obligatio, nec agi cum eo potest, cui accepto latum est, adeo ut lucrifacere, & accipere videatur pecuniam, quæ ab eo peti, & exigi non potest. Pacto autem, videlicet de non petenda pecunia debita, videtur etiam pecuniam accipere, quia etsi ab eo debitore ipso jure pecunia debita peti possit, quia ex pacto neque tollitur, neque nascitur obligatio, tamen agentem potest repellere exceptione pacti conventi. Et recte l. 3. §. 1. h. l. etiam eum, qui deperditus est, hoc edicto teneri. Quod tamen ne fallamur, ita procedit, si pactus sit quis cum creditore suo, ne à se pecunia peteretur, cum id ageretur ut per calumniam alii negotium faceret, ut calumniosam accusationem adversus alium institueret: hoc casu utriusque turpitudine versatur: & ideo creditor si pecuniam petat, omnino repellitur exceptione pacti, quæ replicatione doli in-

fringi non potest, quia ubi par turpitudine, & delictum versatur, melior est conditio rei, deterior petitoris, l. 3. *de pen. de cond. ob turp. caus.* l. 5. *C. eod. tit.* l. 2. *ne quis eum, qui in jus voc. l. cum par* 196. *de reg. jur.* At si debitor pactus sit, ne se pecunia peteretur, cum id ageretur, ut creditori forte innocenti faceret negotium, sane hoc edicto non tenetur, quia exceptio pacti ei prodesse non potest, & pro eo est, ac si tale pactum non interposuisset, propter replicationem doli, qua creditor, ex cujus parte turpitudine non versatur, potest elidere exceptionem pacti. Qua ratione etiam Paulus ait in *d. l. 15.* quod confirmat *l. 13. eod. tit.* eum non videri quicquam accepisse, qui stipulatus est certam pecuniam sibi dari, ut alii negotium faceret, aut non faceret, quia ea stipulatio per exceptionem doli irrita constituitur, vel etiam ipso jure per exceptionem doli, si ob illam turpem causam, si ob calumniae causam stipulatus sit certam pecuniam, illa causa non expressa, cum id tacite inter eum, & possessorem ageretur: nam si causam expresserit, ipso jure nulla stipulatio est, *l. juris gentium, §. si ob maleficium ne fiat, de pact. l. generaliter* 26. *de verb. oblig.* l. 5. *de cond. ob turp. caus.*

Ad L. VII. de Calumniat. cujus verba supra sunt adscripta.

His addamus ex eodem Paulo, quod est in *l. 7. hoc tit.* si non innocens ipse calumniatori pecuniam dedit, ne sibi sub specie criminis faceret negotium, sed alius dedit pro eo, ne ei delator faceret negotium, si quidem alius dedit mandatu innocentis, vel procuratoris ejus, cui universorum bonorum administratio concessa est, vel mandatu amici voluntarii, qui negotium illud ejus agere volebat, & is, cujus negotium erat, ratum habuerit, quia rati habitio mandato comparatur, & retrahitur, proculdubio innocenti ex hoc edicto competit actio in quadruplum, quia ipse pecuniam dedisse videtur, quae data est mandatu, vel voluntate ejus. Voluntatem accipimus pro rati habitio, *l. 55. de solut.* Competit ergo innocenti actio in quadruplum ex hoc edicto, quia ipse pecuniam dedisse videtur, ne sibi negotium faceret. Competit etiam innocenti conditio ob turpem causam, qua repetat pecuniam datam calumniatori, sive concussori: sed electa actione poenali ex hoc edicto, conditio consumitur. Prima autem electa conditio, & repetita pecunia, quam concussori dedit, superest ex hoc edicto actio in triplum in id tantum, quod amplius in ea est: nam mixta est actio, si dedit ne mihi calumnia fieret. Et ita explicanda est *lex §. ult. hoc tit.* Sed si innocens id neque mandavit, neque ratum habuit, quod alius pecuniam concussori dedit, id benigne faciens, & misericordiae causa ne innocens inique vexaretur, hoc casu ei, qui pecuniam dedit, adversus eum, qui accepit datur conditio datae pecuniae ob turpem causam: adversus eum, pro quo dedit, nullam repetitionem habet: sicut nec is, qui pietatis causa impendit in negotia aliena, adversus eum, cujus negotia sunt, ullam actionem habet, *l. 16. lex duobus* 28. *§. ult. sup. tit. prox. l. 1. 11. 15. C. eod.* Ergo, qui pecuniam dedit pro innocente, nec quod is gerebat mandante, aut ratum habente, non habet actionem, nisi adversus eum, qui pecuniam accepit ne vexaretur innocens, veluti condictionem ob turpem causam: Verum & hoc casu innocenti propter quem dedit, competit in concussorem actio in quadruplum ex hoc edicto, ut puta si concussor ab alio acceperit decem, ei, qui dedit restituet decem, & innocenti 40. nam hoc casu (quod maxime notandum est) quum alius dedit pecuniam delatori, ne alii negotium faceret, actio in factum ex hoc edicto continet meram poenam: Et ideo cum condictione concurrat omnino, nec per eam consumitur, aut minuitur: altera alteram non consumit, aut minuit, quia nec eidem datur utraque, sed ei, qui eam numeravit, conditio ob turpem causam, innocenti actio in factum ex parte hujus edicti: nunquam invenies, ut duae actiones, quae diversis competunt, se invicem consumant ulla ex parte. Sequitur in hac *l. in §. si ut filiofam. &c.*

Ad §. Si ut filiofam. Eum, qui accepit pecuniam, ut filiofamil. calumniae causa faceret negotium, non tantum teneri filiofamil. sed & patri, quod omnino ita fit, sicut in actione injuriarum si injuria facta sit filiofamil. duae sunt injuriarum actiones, & competunt: Una, quae filiofamil. competit, vel patri filiofamil. nomine, & altera, quae competit patri suo nomine, *l. pater* 41. *de injur.* Duplex enim intelligitur esse injuria, & duplex calumnia, duplex concussio. Contra, ait, filiumfamilias, qui turpiter pecuniam accepit, ut alii per calumniam negotium faceret, aut non faceret, ipsum teneri in quadruplum ex hoc edicto, non patrem, & filium, & si non habeat unde solvat, carcere coerceri. Patrem ante condemnationem filii, & ante damnatum filium ex hac causa non teneri. At post condemnationem filii, quod Paulo addendum, in quadruplum patrem teneri de peculio duntaxat, vel de in rem verso, quasi ex contractu, *l. et si condemnatus* 35. *de noxal. act.* quia litis contestatione cum filiofamil. quasi contractum intelligitur. Et licet ex delicto filiofamil. pater non teneatur, tamen tenetur quasi ex contractu. Ergo ex lite contracta, ut Tullius, lites contractas litigando: Hoc enim est, quod dicitur in *l. 3. §. idem scribit, de pecul. judicio* accepto, id est, lite contestata quasi contrahi. Post condemnationem ergo filii factam ex hac causa, quasi ex contractu pater tenetur de peculio duntaxat, vel de in rem verso. Post litis contestationem ex eadem causa mortuo filio quid fiet? mortuo filio post litis contestationem ante condemnationem, constat judicium transferri in patrem, de peculio duntaxat, vel de in rem verso, *l. tam ex contractibus* 57. *de judic.* Additur hoc etiam in *l. 7.* si alius sine mandato, aut voluntate mea filiofamil. dederit pecuniam, ne innocenti mihi negotium faceret, æque, ut dictum est supra, in patrefamil. mihi adversus filium ex hoc edicto poenalis actio competit ex edicto, non in patrem: in filium quoque datae pecuniae conditio competit ei, qui dedit, non in patrem, nisi quatenus ex ea re locupletior factus est, ut *l. 3. §. pen. de pecul.* Et ita hic locus explicandus est.

Ad §. ult. Cum publicanus. Quod autem proponitur in hoc §. ult. valde singulare est: publicanum sub specie vestigialis, quod non debebatur, retinentem mancipia, & ut eadem dimitteret pecuniam accipientem, ex hac parte edicti teneri in quadruplum, quia pecuniam accepit, ne vexaret mancipia, ne injuria ea detineret. Quo ex loco intelligimus, negotium in hoc edicto non pro lite tantum accipi calumniae, vel pro accusatione, sed etiam pro vexatione qualibet injusta.

Ad L. Heres VIII. de Obseq. par. & patr.

Hæc lex pertinet etiam ad eandem partem edicti, & ait, eum honorem, quem patrono libertus exhibere debet, non debere etiam eidem patrono exhibere heredem liberti. Imo heredem liberti habere adversus patronum defuncti omnia jura extranei hominis. Quod ostendit etiam, quae ibi non adnotatur, *l. apud Celsum, §. adversus, de doli except.* illo loco, *si autem cum herede liberti patronus, &c.* Quorsum id scripsit Paulus? Respicens proculdubio ad hanc edicti partem, qua libertus non potest agere adversus patronum, ex hac parte edicti de calumniatoribus, *l. 5. hoc tit.* In qua lege animadvertendum est, hanc actionem de calumniat. separari ab actionibus famosis, quibus & multo minus libertus adversus patronum experiri potest. Hujus edicti, inquam, actionem separari à famosis, & non esse famosam: nam & in edicto de his, qui notantur infamia, non numeratur qui hoc judicio damnatus est in quadruplum, sed qui judicio publico calumniae causa damnatus est. Hoc judicium est privatum, non publicum. Cum ergo docuisset Paulus, libertum hoc judicio adversus patronum agere non posse, quod licet non sit famosum, habeat tamen mentionem turpis calumniae, docuit, liberti heredem hac actione posse adversus patronum defuncti experiri, quia ei est pro extraneo: multa plura alia prætor in edicto scri-

scripserat de calumniatoribus, & inter cætera proposuerat aliam actionem de calumniatoribus in eum, qui causam non probasset, nec obtinisset, & in eum, qui delitisset à negotio, quod calumniæ causa instituerat. Cujus veteris actionis fit mentio in §. hæc autem, Inst. de pæn. tem. litig. & in l. 31. de lib. causa, l. 4. C. de fructibus, & lit. exp. Sed nihil de hac actione proditum in his libris, quia Justinian. eam sustulerat, ut ipsemet narrat in d. §. hæc autem, introducto jurejurando propter calumniam, quod initio litis jurat utraque pars, jurantque patroni utriusque partis. Et ex his causis maxime quod quis delitisset à negotio, quod calumniæ causa instituerat, fuisse datam actionem, quod de ea actione tractatum à Jureconsultis consequenter his, quæ sup. dicta sunt de actione in factum, intelligimus etiam ex Ulpiani libro 10. ad edictum, quo & de hac actione plura exposuit, & præterea exposuit quid esset desistere à negotio calumniæ causa instituto in l. desitisse 10. de jud. quia præter hanc actionem in edicto consequenter etiam proposita erat actio civilis calumniæ in eum, qui desitisset à negotio calumniæ causa instituto.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XI. PAULI AD EDICTUM.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. IV. de eo quod met. causa. Ego puto, etiam servitutis timorem, similiumque admittendum.

Ad L. VIII. cod. Isli quidem, & in legem Juliam incidunt, quod pro comperto stupro acceperunt: prætor tamen etiam ut resiliant intervenire debet: nam & gestum est malo more, & prætor non respicit an adulter sit, qui dedit: sed hoc solum, quod hic accipit metu mortis illato.

Ad §. Si is accipiat pecuniam, qui instrumenta status mei interversurus est, nisi dem: non dubitatur, quin maximo metu compellat, utique si jam in servitutem petor: & illis instrumentis perditis, liber pronuntiari non possum.

Ad §. Quod si dederit: ne stuprum patiatur vir, seu mulier: hoc edictum locum habet: cum viris bonis iste metus, major, quam mortis esse debet.

Ad §. Hæc quæ diximus ad edictum pertinere, nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis: cum pro effectu parentes magis in liberis terreantur.

PAULUS proposuit hoc libro, & interpretatus est varia edicta de restitutione in integrum, ac primum quidem edictum de eo, quod vi met. causa gestum erit, quo is, qui vi, metuve compulsus aliquid fecit, restituitur in integrum, rescisso eo, quod fecit, & redintegrata re, vel causa, quam amisit, per actionem prætoriam, quod metus causa. Quæ nisi statim ab initio is, qui quid vi extorsit, aut metu, monitus à judice statim rem restituerit vi, metuve extortam, datur in eum intra annum in quadruplum, in quo inest etiam simplum, id est, res quæ vi, metuve extorta est: post annum datur in simplum tantum, id est, in id, quod vi, aut metu extortum est, ut id restituatur; Ubi vis accipitur, non pro vi qualibet, sed pro majore, & atroci, & sæva, ut l. 3. §. 1. hoc tit. Et metus quoque non pro quolibet metu, sed pro metu majoris malitatis, ut loquitur Ulpianus l. 5. quem justum metum vocat l. 7. & ult. hoc tit. magistranium timorem Fulgentius in explicatione continentia Virgiliana. Hujusmodi est metus mortis, & verberum, & ut Paulus ait in l. 4. hoc tit. quæ est prima hujus libri 11. metus servitutis, aut similitum, veluti vinculorum. Unde quod, & idem Paulus eodem titulo tractat, l. 8. hoc tit. si quis in adulterio deprehensus alienaverit, vel promiserit aliquid ei, qui deprehendit terrore mortis, vel vinculorum; ex hoc edicto restitui potest in integrum, in eum, qui quid ab eo extorsit illato mortis, aut vinculorum metu, data actione, quod met. caus. in quadruplum, quæ mixta est actio. Et repetit igitur id, quod is dedit, qui deprehensus est in adul-

terio, ut deprehensi pudoris damnum redimeret. At qui id turpiter dedit, nempe pro comperto, & manifesto adulterio. Verum id quoque non repetit, quasi turpiter datum, nec enim hoc colore posset agere, sed quasi metu illato sibi extortum incivili, & malo more, ut ait l. 8. quia prætor, qui eum restituit in integrum, dato judicio quod metus causa, non respicit, an adulter fuerit, atque adeo an turpiter dederit, sed an adversarius acceperit metu mortis illato, quæ fuerit causa dandi non respicit, sed quis extorquendi mos, qui incivilis valde est. Et ideo is, qui accipit ab eo, qui deprehensus est in adulterio illato metu mortis, aut verberum, præter hoc judicium privatum, tenetur etiam publico criminaliter ex l. Julia de adult. quod pro comperto stupro pretium acceperit, ne occideret eum, aut ne proderet adulterum. Super hæc Paulus in h. l. 8. quod dixit in l. 4. servitutis timorem esse justum timorem, id explanat hoc modo: si cum haberes in tua potestate instrumenta libertatis meæ, & ea posses intervertere, idque te facturum minitareris, si dedero tibi pecuniam, ut status mei instrumenta mihi servares, sane quod ita dedi, maximo metu compulsus dedi. Uti que si cum amissis instrumentis liber pronuntiari non possem, tum dedi, cum jam me peteres in servitutem, & mihi hunc metum incuteres, non etiam si te tacente, nihilque moliente, egomet mihi solus hunc metum asciverim, l. 21. hoc tit. hoc edicto metus coercetur, quem alius intulit mihi, non quem ego mihi ipsi non lacessitus ab alio. Verum hoc casu, quum tibi pecuniam dedi, jam me petenti in servitutem, ne pergeres petere, aut ne instrumenta libertatis meæ, quæ penes te sunt, consumeres, justissimo metu ductus dedi. Et ideo locus huic edicto est. Imo in hac specie bivium mihi patet ad rem, & pœnam persequendam, vel ex super. edicto de calumniat. vel ex hoc edicto, quod met. causa. Utrouque concursio coercetur: sed gravius illo: quia ex illo edicto actio stricta est, ex hoc edicto arbitraria. Et ideo concursor, qui rem restituit, non ideo liberatur illius edicti pœna, l. 5. §. ult. de cal. hujus tamen edicti pœna liberatur arbitrio judicis, l. seq. §. licet, l. 14. §. 1. l. 21. l. ult. hoc tit. quoniam ex hoc edicto datur actio in quadruplum sub conditione, si monitus à judice rem vi, metuve extortam non restituat boni viri arbitratu, ut ait d. l. 14. §. 1. hoc edicto prætor satis dementer egit, ut daret restituendæ rei facultatem reo, si vellet pœnam evitare. Et ea ratione hæc actio dicitur esse arbitraria, quia reus si pareat judicis arbitrio monentis ut rem restituat, omnino liberatur. Mox vero hæc ipsa l. 8. timori servitutis adjungit timorem stupri, & ait eleganter, stupri timorem viris bonis, aut honestis mulieribus, quam mortis majorem esse debere. Et hunc igitur timorem maxime ad hoc edictum pertinere, ac præterea nihil referre hæc, vereamur mortem, servitutem, stuprum, vincula in nobis, an in liberis nostris. Imo quod liberi nostri nobis sint chariores, quam nos ipsi nobis, eo majorem esse hunc ipsum timorem in liberis nostris, quam in nobis ipsis: majorem significat esse charitatem parentum in liberos, quam liberorum erga parentes, Quæ ratio facit etiam in jure, ut facilius ex conventionibus parentum quorumcumque liberis accommodentur actiones utiles (hoc scilicet inducto omnium maxime affectioni) quam ex conventionibus liberorum parentibus, l. Cajus 45. solut. matr. l. pater, C. de pact. con.

Ad L. XV. cod. Aut in id dabitur adversus cæteros actio, quod minus ab illo exactum sit.

Superioribus addenda etiam est lex 15. quæ docet, si plures metu illato aliquid alii extorsent, & unus ex iis rem restituerit, vel condemnatus fuerit in quadruplum, cæteros non teneri actione, quod metus causa, nisi in id tantum, quod minus ab illo exactum est: aut si initio ab illo res, vel etiam ex sententia quadruplum exactum sit, cæteros omnino liberari, quia in hac actione semel duntaxat id, quod interest quadruplatur, puta extortis decem, 40. præstari satis est. Imo ante sententiam decem restitutis, omnibus, qui metum intulerunt, plena liberatio contingit,

tingit, quia actoris interesse desit, qui rem recuperaverit, *l. prox. §. pen. & ult. supra.* Et hoc etiam distat hoc edictum à superiore de calumniatoribus: nam exemplo actionis furti, & pœnalia omnium sive mixtarum actionum quoque in factum, ex illo edicto de calumniatoribus pœnæ petitio est, etiamsi actoris desierit interesse, ut puta restituta re; ac si plures pecuniam acceperint calumniandi, aut non calumniandi causa, singuli tenentur pœnali iudicio, adeo ut non sufficiat unum eorum pœnam luere: Idque obtinet, ut dixi, in omnibus actionibus pœnalibus, quæ meram pœnam continent, atque etiam in omnibus mixtis, quæ rem, & pœnam persequuntur, non etiam in iis actionibus, quæ ab initio in id tantum competunt, quod actoris interest, quarum ex numero est actio, quod metus causa: nam in eam ab initio venit tantum id, quod interest actoris. Quod si reus præstiterit, moremque gesserit arbitrio iudicis, id restituendo omnino liberatur. Ergo actio quod metus causa non est ab initio pœnalis, aut mixta. Quæ ab initio sunt pœnales, aut mixtæ, earum conditio hæc est, ut qui ex earum causa rem restituit, pœna non absolvatur, *l. ita vulneratus §. 1. §. ult. litem Mela, §. sed si plures, ad leg. Aquil. l. vulgaris 21. §. pen. de furt. l. 1. §. ult. si is, qui testam. lib. esse iuss. l. 8. de iurisdic. l. pen. §. ult. ne quis eum, qui in jus voc. Et aperte in l. 1. C. de condic. furt.*

Ad L. XXI. eod. Si mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingrata, cum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigatur: cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa inserit.

Ad §. quod metus causa gestum erit, nullo tempore prætor ratum habebit.

Ad §. Qui possessionem non sui fundi tradidit: non quanti fundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum, vel simplum cum fructibus consequetur, æstimatur enim, quod restitui oportet, id est, quod abest autem nuda possessio cum suis fructibus, quod & Pomponius.

Ad §. Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem: quia est verissimum nec talem promissionem dotis ullam esse.

Ad §. Si metu coactus sum ab emptione, locatione discedere: videndum est, an nihil sit acti, & antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonæ fidei obligatione possumus nisi, cum finita sit, dum amittitur, & magis est, ut similis species acceptilatione sit: & ideo prætoriam actio nascitur.

Ad §. Si metu coactus adii hereditatem: puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per prætorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur. Si coactus hereditatem, repudiam, duplici via prætor mihi succurrit: aut utiles actiones, quasi heredi dando, aut actionem metus causa præstando: ut quam viam ego elegerim, hæc mihi pateat.

Restat tantum in hoc tit. ex hoc lib. 11. l. 21. in cuius principio ostenditur, ingratum libertum in servitutem patroni redigi posse ex lege Ælia Sentia, ut *l. sciendum, de verb. signif. vel ingrati iudicio extraordinario, l. 1. C. de lib. & eor. lib.* Sed si libertus ingratus, cum nondum peteretur, aut retraheretur à patrono in servitutem, ultro ei obtulerit certam pecuniam, ne quandoque ab eo in servitutem repeteretur, hoc casu non competere ei actionem, quod metus causa, quia non patronus, sed ipse sibi hunc metum intulit.

Ad §. 1. Sequitur, quod metus causa gestum erit, &c. Nullo tempore, id est, neque intra annum, neque post annum; nam post annum simpli, id est, ejus quod vi, aut metu extortum est, perpetua repetitio est, præterquam si, ut Placentinus, & Græci interpretes notant, post tricennium quis ea actione uti velit. Quod ait nullo tempore, non excludit tricennium: nam personales actiones non durant ultra 30. annos: reales, de quibus est *l. 3. C. eod.* non ultra 10. annos inter præsentis, & 20. inter absentes.

Ad §. qui possessionem. Sequitur in hoc §. in actione, quod metus causa, id tantum quadruplari, si non pareatur arbitrio, quod actoris interest, id est, quod actori abest, *l. 14. §. Julianus, hoc tit.* Et ideo, qui metu compulsus fundum suum tradidit dignum 10. hac actione intra annum 40. consequitur cum fructibus fundi, quia fundus tantum actori abest dignus 10. cum fructibus, vel consequitur simplum tantum, nempe fundum ipsum, aut fundi pretium cum fructibus post annum, vel etiam intra annum consequitur simplum tantum, si reus pœnæ evitandæ causa arbitrio iudicis rem restituat. Qui vero fundum alienum, quem bona fide possidebat, similiter dignum 10. metu coactus dedit, non quanti fundus, sed quanti possessio fundi est, quæ apud eum fuit, ejus quadruplum, vel simplum cum fructibus consequitur, quia nuda tantum possessio ei abest, non proprietates: neque enim fundus ejus fuit, id est, proprietates fundi, sed possessio tantum, quanti fuerit possessio spectatur, non quanti proprietates, fit autem sæpe, ut ejusdem fundi alterius sit proprietates plena, aut nuda, alterius possessio nuda, *l. Marcius, §. pen. de leg. 2.*

Ad §. si dos metu promissa. In hoc §. Paulus docet, hoc esse singulare in dote, si metu illato promissa sit, ut ipso jure nulla nascatur obligatio: & ut igitur cesset hoc edictum, sicut ex *l. 115. de reg. iur.* didicimus lib. sup. cessare edictum de calumniat. si quid calumniator stipulatus sit sibi dari, ut alii faceret, aut non faceret negotium, quia ex ea stipulatione, aut nulla nascitur obligatio, aut quæ nascitur per exceptionem infirmatur. Et ita in hoc §. si dos, inquit, metu promissa sit, non puto nasci obligationem, ex hoc edicto scilicet, quia, ut subjicit, est verissimum nec talem promissionem dotis ullam esse. Hoc vero in dote promissa jure singulari receptum est: namque alias ex stipulatione metu extorta constat obligationem nasci, sed opponi posse exceptionem metus illati, vel agi posse ex hoc edicto, *l. pen. C. de inut. stip.* Sane hodie in dote promissa non est singulare, quia actio ex stipulatu de dote hodie est bonæ fidei ex constit. Justin. Et certum est in omnibus bonæ fidei iudiciis, dolum qui insit ab initio, vel metum, omnino irritum iudicium facere, irritumque contractum bonæ fidei. Et similiter promissio dotis stipulanti facta, hodie ipso jure nulla est. Et generaliter contractus bonæ fidei elicitos dolo vel metu, dicimus *συνεργαλίας βιαίων συναλλαγμάτων*, *Esajæ 58.* ipso jure non valere, *l. 7. tit. seq. in causæ 2. §. 1. de minor. l. 3. §. ult. pro soc.* Quod & in hoc §. Græci ita generaliter præcipient: *dolus, inquit, vel metus, qui inest, qui initium dat contractibus bonæ fidei, eos irritos nullosque constituunt.* Unde quæritur in §. seq. si post contractam emptionem venditionem, aut locat. conductio-nem (contrahuntur autem nudo consensu) re integra metu coactus sum contrario consensu ab emptione venditione, locatione conductione discedere, quæritur, an nihil actum sit, & ideo, an maneat pristina obligatio empti venditi, aut locati conducti? Et ostendit in hoc §. si metu, valere quod actum est, ut discederetur ab emptione venditione, etiam si quis coactus fuerit abire contrario consensu. Et ideo huic edicto locum esse, sive actioni quod metus causa. Ratio est evidentissima, quia alia est causa contrahendi negotii bonæ fidei, alia distrahendi. In contrahendo dolus, vel metus, qui inest ab initio, qui causam dat contractui, vitiat contractum ipso jure, in distrahendo non item. Et hæc conventio consensuve contrarius, qui distrahit contractum bonæ fidei, acceptilationi similis est: acceptilatio autem metu extorta valet ipso jure, & ideo, quod metu causa nascitur actio, ut rescindatur acceptilatio, vel etiamsi id species proposita ferat, nascitur actio in factum de calumniat. *l. 2. de calumniat.* Ergo, & quod contrario consensu actum est re integra distrahendi contractus gratia, ipso jure valet, quia (quæ est alia ratio) quo minus id valeat, nulla prorsus nisi possumus obligatione bonæ fidei, quandoquidem contraria conventione ipso jure omnis obligatio bonæ fidei finita est: finita, inquit, est dum amittitur, amittitur contrario consensu, vel acceptilatione, *l. 1. §. pen. tit. seq.* quia exiit bonis nostris: finitur, quæ prorsus interiit: & quæ amit-

amittitur obligatio, profecto etiam finitur, non contra, ut quæ finitur obligatio, vel quæ finitur tempore, non etiam amittitur. Alii sunt amittendi, alii finiendi modi, ut de usufructu. Paulus ostendit 3. Sent. usufruct. amitti capitis deminutione, in jure cessione, & aliis quibusdam modis, finiri autem morte usufructuarii, vel tempore, quum ad certum tempus usufructus constitutus est.

Ad §. pen. & ult. In §. pen. & ult. ostenditur, eum, qui cogentibus metu illato forte creditoribus hereditariis hereditatem adiit, obligari hereditati, & heredem fieri additione, quia (hæc sunt Pauli verba) *quamvis, si ei liberum esset, nolisset, tamen factus voluit*. Et eadem ratione, qui metu coactus rem suam tradit, dominium transfert in accipientem: qui metu coactus stipulanti promittit, obligat se stipulatori, quia coactus voluit, sed ut ii restituuntur ex hoc edicto, ita & is, qui coactus adiit, restituitur, data abstinendi facultate, quia ab initio invitatus ad hereditatem accessit, ut *l. si metus, de acq. her. licet is, qui coactus repudiavit hereditatem, restituitur in integrum datis utilibus actionibus hereditariis, quod pro simplo est, vel data actione in quadruplum, ex hoc edicto, §. ult. hujus l.* Hinc adnotatur, atque etiam ex *l. si patre cogente, de ritu nup. coactam voluntatem, esse voluntatem, non quidem liberam, perfectam, aut plenam, sed profectam ab initio involuntario*. Principium necessitatis est post principium voluntatis, & inspecto principio invitatus heres exitit, ut ait *d. l. si metus*; qui coactus adiit, inspecto post principium volens, aut non nolens heres exitit, Terent. *coactus sua voluntate*, nisi scilicet fallens adiit, ut ait *l. 6. §. ult. de acq. hered.* fallens, id est, simulans se velle, cum omnino nollit, quod protestationem seorsim ante factam, declaraturam, & probaturam Acc. notat. Et eo jure utimur. Ulp. autem in fragmentis, quum ait, *non intelligi dominum voluisse, ut servus liber fieret, qui coactus eum manumissit, & ideo non venire servum ad libertatem ex lege Junia Norbana*, respicit ad principium, quod sane in libertatibus debet esse voluntarium omnimodo, ut *l. si privatus, qui, & à quibus manumiss.* In aliis causis post principium voluntarium esse satis est.

Ad L. II. de Dol. mal. *Vel ab eo res servari poterit.*

Ad L. IV. cod. *Sis actio: vel si ab alio res mibi servari potest.*

Post edictum; quod metus causa, nunc datur edictum de dolo malo, quo in integrum restituuntur majores 25. annis, qui aliqua in re dolo malo alterius læsi, & circumscripti sunt, causa cognita, data in eum, qui dolum admisit, nisi si rem restituat arbitrio judicis, actione de dolo, quanti ea res est æstimata jurejurando actoris, quæ actio est famosa. Et ideo nec datur passim, & temere: non certe si alia sit actio honestior, qua possit actor ad jus suum pervenire, si possit leviori judicio configere, vel uti adversus eum, qui dolum admisit, vel adversus alium, quo consequi possit quod sua interest, vel si quæ alia via, & ratio suppetat, qua rem, quæ sibi abest, servare possit, vel ab eo, qui dolum admisit, vel ab alio quocunque, ut Paulus hoc lib. scripsit *l. 2. & 4. de dolo*, veluti si rem pupillus, quæ sibi abest dolo malo L. Titii, servare possit à tutore, quo forte colludente, aut connivente pupillus à L. Titio circumscriptus est, ut *l. 5. hoc sit*. Non datur etiam hæc actio, nisi causa cognita, ut nominatim in edicto expressum est his verbis, *si iusta causa esse videbitur*. Actio quod metus causa datur causa non cognita cuicumque postulanti, & de plano: actio de dolo decernitur verius, quam datur, quia decreto datur, id est, causa cognita, non passim, & temere, ut si modica sit summa, in qua quis dolo alterius circumscriptus sit. Hæc non est satis adonea, aut iusta causa dandæ actionis hujus, *l. 9. §. ult. h. l.*

Ad L. X. cod. *Id est usque ad duos aureos.*

Et modicam summam Paulus in l. 10. interpretatur esse eam, quæ non excedit duo millia tertium, id est, duos aureos. Cur tantum duobus aureis furto sublatis, aut vi ereptis, vel etiam uno aureo, competat actio furti, aut

Tom. II. Post.

A vi bonorum raptorum, si quæras, & ego vicissim quæram abs te, cur actio furti sit perpetua, actio de dolo malo temporaria? Finitur enim actio de dolo malo anno utili jure veteri, *l. in honorariis, de oblig. & act.* biennio continuo jure novo, *l. ult. C. de dolo*. Quæram item, cur in actione furti dupletur, vel quadrupletur verum rei pretium? in actione de dolo id tantum veniat, quanti ea res est, qua de agitur? Utraque est famosa, & furti, & de dolo. Sed cur in iis, quæ dixi, inter se tantum distant? Sane quia non tam facile est, sibi cavere à furto incerti, & ignoti hominis, quam à calliditate, & insidiis noti hominis, cujus consuetudine utimur, cum quo forte vivimus, contrahimus, negotiamur, & fabulamur: ideo promptius, & plenius subvenitur furtum falso, quam dolum falso. Imprudentia est, & stulticia dolum pati, & culpanda videtur imprudentia ejus, qui se circumscribit, quive quid sibi persuaderi patitur in fraudem suam. Quamobrem nec qui se circumscriptos dicunt, facile audiuntur: nisi sint minores 25. annis, non facile restituuntur in integrum, non nisi stulti, aut non admodum fani, ut qui sunt capti faciles: certe ob modicam summam, si quis te deceperit majorem 25. annis, eris derisui si petas restitutionem in integrum. Si actionem de dolo malo, non dubito, quin etiam ob rem summamve modicam ex superiori edicto detur actio, quod met. causa, *l. 4. supra, de restit. in integ.* Quæ enim cautio, aut providentia possit vim, aut metum majorem repellere? & dolum effugere prudenti viro non est difficile. Et actionem furti, aut vi bonorum raptorum, etiam ob rem minimam dari ostendit §. 1. *Instit. vi bonorum rapt. & Novell. 63.* Et eleganter Julianus antecessor Constantinopolitanus in Nov. 69. *quamvis res, qua de agitur, inquit, minima videatur, tamen iusta ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis æstimari debet. Nam quod aliis vilissimum esse videtur, hoc aliis pretiosissimum est.* Ad hæc sciendum est, etiam non esse dandam actionem de dolo liberis, vel libertis adversus parentes, vel patronos, quoniam famosa actio est, & earum personarum famæ, atque pudori parcendum est.

Ad L. VI. de Obsq. parent. & patro. *Nec servi corrupti agetur.*

Ad L. XII. cod.

Quod cum scripsisset hoc lib. 11. Paulus, adiecit in *l. 6. de obsq.* quæ est ex eodem libro, nec adversus parentes, & patronos dandam esse actionem servi corrupti: nam & hæc actio servi corrupti turpibus actionibus adnumeratur, *l. nec quicquam, pro soc.* Et quod ait *l. ult. de ser. corrup.* actionem servi corrupti marito constante matrimonio in uxorem dari, quam interim à marito actione famosa, aut pœnali conveniri non posse verum est, *l. 2. C. rer. ano.* id mox ita temperat ead. *l. ult.* ut non etiam servi corrupti detur in uxorem in duplum, ut solet dari adversus alios, sed in simplum tantum. Ergo & ut non formula directa, sed in factum, ut *l. 1. C. de jur. dot.* Nam in factum actio, quæ & utilis dicitur (omnis actio utilis est in factum, & retro, *l. verum in prin. ut. seq. l. si quis uxori, §. sed si filius, de furt.*) Actio, inquam, in factum, etiam ex turpi, & famosa causa, institui potest adversus quoscunque etiam parentes, & patronos, *l. 11. h. tit.* ne ut subjicit Paul. in *l. 12. ex dolo suo lucrentur*: non etiam agere formula directa de dolo in parentem, vel patronum, sed ne ex dolo suo lucretur, quem admisit, æquum est, ut in eum detur actio in factum, quæ levior est verbis actione directa. Et in factum, id est, in rem, quæ admissa est, non in personam, quæ admissa; neque enim actio in factum ita concipitur, *si paret te in ea re dolo malo fecisse, sed concipitur hoc modo facta mentione bonæ fidei, ut scribit Ulp. l. 11. §. paret eam rem non ex bona fide gestam esse.* Eadem est actio vi ipsa, sed tectior. Sicut Tull. 6. ad Attic. ep. 1. Hanc exceptionem edicti facti inter publicanos, & provinciales, *extra quam si ita negotium gestum sit, ut eo flari non oporteat, ex fide bona, ait, esse ejusdem ponderis, & momenti illi, quæ erat in edicto Bibuli, extra quam si quid vi, aut dolo factum sit, sed tectiorem esse:* nempe verbis temperatam in factum, atque adeo leniorem esse, lenitatem verborum mitigare tristitiam, aut infamiam rei.

rei . Lampridius in Alexand. Sev. Si minus bene factum esset A
aliquid, etiam ipse convincebat, idque in factum, & sine amari-
tudine peccatoris . Ubi in vetere libro additur διασολή, in fa-
ctum, non in personam, id est, non notata persona, quæ fecerat.

Ad L. XIV. de Dolo malo. Quid enim, si impetraverit à pro-
curatore petitoris, ut ab eo absolveretur: vel si de tutore
mentitus, pecuniam accepit: vel alia similia admisit, quæ
non magnam machinationem exigunt?

S Equitur in hac lege, etiam pupillum conveniri posse
actione de dolo, ut si cum creditoris procurator cum
pupillo ageret, nomine creditoris, pupillus ei persuaserit
arte, & malitia mala, ut se absolvi, & vincere pateretur,
ut lusorie causam creditoris ageret, ut prævaricaretur in
sui gratiam, vel etiam, si pupillus adhibuerit falsum tuto- B
rem, quo auctore pecuniam mutuam acciperet, atque ita
deceperit creditorem, vel etiam si finxerit se esse puberem,
ut l. 4. §. quæ de tutore, de doli excep. vel ut ait hic Paulus,
si quid aliud admiserit, quod non magnam machinationem
exigit, id est, quod strui, & excogitari possit ab ejusmodi
ætatis pueris. Etiam pueri plerique pubertati dolii potentes
sunt præcoci malitia. Unde & ex 12. tab. prætoris arbitra-
tu impubes verberari, & noxiam sarcire jubetur, si furtum
fecit, vel si frugem aratro quæsitam noctu paverit, aut se-
cuerit, testib. Gell. in fine 11. & Plin. in 18. Et impuberem
quoque ex criminis causa deportari in insulam, ex crimina-
li judicio legimus in §. item finitur, Instit. quib. mod. tut. l. 4.
de auct. tut. Et eleganter Apulejus 2. apologia, hoc magis
noxium esse puerum, quod cum venia perniciosus est, & C
nondum pœnæ, jam injuriæ sufficit.

Ad L. XVI. eod. Item exigit prætor, ut comprehendatur, quid
dolo malo factum sit: scire enim debet actor, in qua re cir-
cumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari.

I N hac lege notandum est, quam distet formula hujus
edicti à formula edicti superioris. Formula actionis,
quod metus causa in rem concipitur, non notata persona
ejus, qui vim, aut metum fecit, & ideo nec famosa est. Con-
cipitur nempe hoc modo, si paret me iusto metu percussum,
rem illam donasse, aut vendidisse, aut debitori meo acceptum fe-
cisse, vel si paret, quid in ea re metus causa gestum esse, l. 9.
§. animadvertendum, & §. ult. l. 14. in hac actione, supra tit.
prox. Denique prætor superiori edicto, rem non hominem D
notat, ut Cic. loquitur pro Milone, rem non hominem, inquit,
Senatus notavit. Et ut edicta, ita formantur actiones. Hoc
autem edicto de dolo prætor hominem varium, & dolosum
notavit, concepta actione non in rem, sed in personam, si
paret dolo L. Titii factum esse, l. 1. §. l. 4. §. pen. de dol. excep.
l. 15. §. ult. hoc tit. Ad quam in hac l. 16. Paul. adjecit, non
tantum personam, quæ dolum admisit, in actione de dolo
designandam esse, sed etiam rem, in qua dolum admissus est:
nec enim oportet, inquit, in tanto crimine vagari. Et simili-
ter Ulpianus in l. prætor, in princ. de injur. eum, qui famosam
actionem intendit, non debere vagari cum discrimine alic-
næ existimationis, sed certum designare, & specialiter di-
cere. Exempli gratia, in hac causa, quid, qua in re, quis dolo
malo fecerit, idque probare ex perspicuis insidiis, ut ait l. do-
lum, C. de dolo: sic legendum illo loco, insidiis non, indi- E
ciis. Et cum ea l. conjungenda lex metum, C. de is, quæ vi,
aut metu. Hæc metum probari ait ex atrocitate facti, ex
atrocitate metus, aut vis illatæ: Illa vero dolum probari
ait ex perspicuis insidiis, ut l. si voluntate, C. de rescind. vend.
dolum argui ex calliditate atque insidiis, ex calliditate igitur
evidenti, & magna, alioqui cessat actio de dolo, l. 7. §.
ult. hoc tit. Et ita quoque Basilica interpretantur d. l. dolum
ἡ πό' ἐπιβουλῶν προφανεστάτων: ex insidiis, inquit, manifesta:
Imo & vetus translatio Gallica: par apertis aguets: mala
fides dicitur probari indiciiis, l. pen. C. de evict. veluti alienæ
rei scientia probatur indiciiis: at dolum, non nisi ex perspi-
cuis insidiis. Et ita l. ea quæ est, de cont. empt. dolum ma-
lum in eo esse, qui insidiosè dissimulat, & lult. C. si adv.

vend. tutorum, & curatorum insidias, id est, dolos. Unde
etiam Terent. in Phorm. insidias fecit nostræ adolescentiæ,
ubi Donatus dolos, & Psalm. 33. & 49. ubi vulgo dolum,
& dolos. Cyprian. in epist. 21. insidiosè, & insidias. Et
quod vulgo Esai. 53. neque dolum in ore ejus. Lactant. 4.
de vera sapient. Neque insidias ore suo locutus est, de do-
mino Salvatore nostro, &c.

Ad L. XVIII. eod. Arbitrio judicis in hac quoque actione re-
stitutio comprehenditur: & nisi fiat restitutio, sequitur con-
demnatio quanti ea res est. Ideo autem & hic, & in metus
causa actione, certa quantitas non adjicitur, ut possit per con-
tumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem
juraverit. Sed officio judicis debet in utraque actione, taxa-
tione jusjurandum refrænari.

Ad §. Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dan-
dum est: quid enim, si manifestum sit, restitui non posse? ve-
luti si servus dolo malo traditus defunctus sit: ideoque proxi-
mus condemnari debeas in id, quod intersit actoris.

Ad §. Si dominus proprietatis insulam, cujus usufructus le-
gatus erat, incendit: non est de dolo actio: quoniam aliæ
ex hoc oriuntur actiones.

Ad §. De eo, qui sciens commodasset pondera, ut venditor em-
ptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabit actionem.
Atquin si majora pondera commodavit: id quod amplius mer-
cis datum est, repeti conditione potest, si minor, ut reliqua
merx detur, ex empto agi potest, nisi si ea conditione merx
venit, ut illis ponderibus traderetur: cum ille decipiendi cau-
sa adfirmasset se æqua pondera habere.

Ad §. Dolo cujus effectum est, ut lis temporibus legitimis tran-
sactis pereat, Trebatius ait, de dolo dandum judicium, non ut
arbitrio judicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur,
quanti ejus intersuerit id non esse factum: ne aliter ob-
servantibus lex circumscriptur.

Ad §. Si servum quem tu mihi promiseras, alius occiderit: de
dolo malo actionem in eum dandam plerique rectè putant:
quia tu à me liberatus sis, ideoque legis Aquiliæ actio tibi
denegabitur.

Sicut actio, quod metus causa, quæ proponitur superio-
ri edicto, arbitraria est, ita & quæ in hoc edicto propo-
nitur actio de dolo malo: Idque ostendit initium hujus
l. 18. actio arbitraria, neque est bonæ fidei, neque judicii
stricti omnino, quia neque in ea bonæ fidei mentio fit, pu-
ta, ut in id damnetur reus, quod ex bona fide eum dare,
facere, præstare oportet. Actio arbitraria non ita concipi-
tur, non fit in ea, ut dixi, mentio bonæ fidei. Judex etiam,
qui actioni arbitrariæ addicitur, non concludit stricta for-
mula, aut petitione actoris, sed arbitrio ejus rei, qua de
agitur, restitutio permittitur. Et plerumque in judiciis ar-
bitrariis res hoc ordine peragitur, ut judex primum jubeat
rem, qua de agitur, actori restitui, quod justum judicis ar-
bitrium dicitur, & arbitratus, vel arbitratum à Theophil. no-
stro in §. præterea, de arb. jur. iis, quia quasi medium, & se-
questrem se judex interponit initio litis componendæ gra-
tia inter actorem, & reum, quum jubet rem statim suam,
actori restitui cum fructibus, deinde si huic arbitrio pareat
reus, absolvitur omnimodo: si non pareat, longe gravior ei
infligitur condemnatio, quam ipsius rei. Exempli gratia:
judicio, quod metus causa, qui ex arbitrio judicis rem non
restituit actori, vi metuve extortam, damnatur in quadru-
plum intra annum utilem, & post annum, in simplicem,
quanti id actor æstimaverit, jurejurando in litem à judice
delato. In actione autem de dolo, qui non restituit rem,
actori, ut judex arbitratus est, damnatur quanti ea res est,
id est, quanti actor juraverit in litem, quanti actor juratus
rem sive litem æstimaverit. Neque enim reo non obtem-
perante arbitrio judicis, reo contumace, rem sive litem
æstimari æquum est suo pretio, id est, vero & iusto pretio,
sed pretio potius, quod ipse fecerit actor, ut rei contuma-
cia plectatur, majore pretio, iniquiore pretio, l. 9. ver. amor.
l. 8. de in lit. jur. l. nec quasi, de rei vindic. videlicet nisi actor
forte contentus sit vero, & iusto pretio, l. quod si possessor,
de rei vindic. Alioqui potest actor adhibito jurejurando
pre-

pretium rei, quæ non restituitur, facere immensum, & infinitum, nisi jurejurando, antequam juraretur, taxationem, quod etiam fit hodie, judex imposuerit, puta ne actor juraret supra hanc, aut illam summam. Quin & nulla taxatione imposita jurejurando, id judex, posteaquam juratum est, moderari, imo & non sequi potest, *l. 4. §. deferre, & l. 5. de in lit. jur. & l. 3. §. præterea, ad exhib. l. si quando, C. unde vi.* Et hoc est, quod Paulus ait initio hujus legis 18. In hac quoque actione de dolo, nedum in actione superiore, quod metus causa, id est, in formula utriusque actionis, arbitrio judicis restitutionem comprehendit: Nempè his verbis, *neque ea res arbitrio judicis restituetur, ut hac l. & l. 14. §. hæc autem, & §. pro eo autem, supra tit. prox. & in ea orat. in Verrem, quæ est de jure dicundo, si paret fundum Capenatem illius esse, neque is fundus ei restituetur* (hæc est clausula arbitrii, *neque ea res restituetur*) quam sequitur **B** gravior condemnatio, id est, nisi restitutio fiat. In hac quidem actione de dolo condemnatio sequitur, quanti ea res est duntaxat: in actione, quod metus causa, condemnatio sequitur in quadruplum, in hac actione de dolo in simplum. Ideo autem neque in hac, neque in illa actione adjectam simpliciter quantitatem Paulus docet hoc loco, nempe non adjectam, ut damnetur reus in centum, & hoc amplius in trecentos, vel ut damnetur in centum duntaxat, sed ut damnetur, quanti ea res erit, non expressa quantitate in quadruplum, vel duntaxat, quanti ea res erit, nempe concepta actione, quod metus causa in hunc modum: *si paret rem illam, qua de agitur, quam possides C. Sejus, L. Titio vi metusve causa extortam esse, neque ea res L. Titio restituetur, quanti ea res erit in ejus quadruplum C. Sejum L. Titio condemnata judex: & actione de dolo concepta in hunc modum, si paret in ea re, qua de agitur à C. Sejo L. Titium dolo malo capium fraudatumque esse, neque ea res restituetur, quanti ea res erit L. Titio Cajum Sejum condemnata judex.* Ideo, inquam, non exprimitur certa quantitas rei, de qua agitur, ut contumacia ejus, qui convenitur, qui arbitrio judicis noluit obtemperare, & rem restituere, puniatur reo tanti damnato, quanti actor in litem juraverit. Quod tamen jusjurandum, ut dixi, priusquam præstetur officio judicis, in utraque actione refrænnari potest, nimirum hoc prædicto, ut intra certam summam juretur, non ultra. Jurejurando in litem non punitur culpa rei, sed dolus tantum, & contumacia in judiciis arbitrariis, aut bonæ fidei, *l. 1. 2. §. 8. de in lit. jur.* Verum aliquando, ut idem Paulus hic docet, & in actione de dolo, quod idem dici potest, & de actione, quod metus causa, non adjicitur clausula arbitrii, **D** *neque ea res restituetur*, sed ea actione agitur stricto jure. Et tum plane non est arbitraria, sed plane stricta, ut si manifestum sit, rem qua de agitur, restitui non posse, puta servum dolo malo traditum, suo fato defunctum esse sine dolo, aut culpa rei. Ideoque tunc protinus reus condemnari debet in id, quod revera actoris interest, non pluris quam res est, ut *l. qui restituere, de rei vind.*

A *D §. pen.* Est & alius casus similis expressus in *§. pen. hac l.* quo actio de dolo non est arbitraria, sed intenditur stricto jure, detracta clausula arbitrii: ut si quis teneatur temporali actione, quæ finiatur sex mensibus verbi gratia, actione redhibitoria, & is dolo malo faciat, dum affirmat, se statim satisfacturum, dum creditorem lætat, & producit spe falsa quamprimum solvendæ debitæ pecuniæ, ut sensim dies actionis, creditore non sentiente, elabatur. Atque ita, si exierit fraude rei dies actionis, si preempta actio fit, quia quo minus actio restituatur, lex impedimento est, quæ certum tempus finivit actioni: quia igitur, & hoc casu restitui non potest, proculdubio reus tenetur stricto judicio de dolo malo, detracta arbitrii clausula, quæ apponi non potest sine fraude legis, quæ actionem tempore perimi, nec restitui voluit, atque ideo reus protinus condemnatur in id, quod revera interest actoris.

A *D §. Si dominus proprietatis.* Finge: Heres, à quo infusum ususfructus Lucio Titio legatus est, infulam incendit in fraudem L. Titii, cui infulæ ususfructus legatus erat;

Tom. II. Post.

A Quæritur, an eo nomine heres conveniri possit à L. Titio actione de dolo. Et ostendit hoc casu cessare actionem de dolo, quia, inquit, aliæ ex hoc edicto oriuntur actiones. Respicit ad verba edicti, *si de his reb. alia actio non erit*, quibus verbis prætor pollicetur actionem de dolo, si alia non sit. Actio de dolo est subsidiaria. In hac specie est alia actio, ergo cessat de dolo. Imo sunt aliæ actiones, plures igitur. Nam & actio ex testamento legatario competit incensarum ædibus, incensa insula, si ut proponitur, legatus ei ususfructus nondum traditus sit. Nam si tradito jam, & constituto ususfructu, insulam heres combusserit, cessat actio ex testamento, quia legatum jam heres præstitit. Cessat item si insulæ ususfructus legatus non sit, sed donatus. Verum competit etiam fructuario actio incensarum ædium in duplum, de qua in *l. juris gentium, §. si paciscar, de pact. & Thaleæus in l. 1. C. ad l. Aquil.* Potest etiam fructuario dari adversus proprietarium actio legis Aquiliæ, quod deteriore faciat, aut plane nullam ususfructus causam incensa re fructuaria, *l. sed & si proprietatis, ad l. Aquil.* Et ita est explicanda species hujus *§.* neque cum ea confundenda species legis repeti, quam adducit Accursius, *§. ult. & l. seq. quibus mod. ususfruct. amit.* quæ est non de herede, qui incendit insulam fructuariam, sed de herede, qui in area, cujus ususfructus alii legatus erat, inædificavit, in area fructuaria ædificium imposuit, quo nomine non potest competere fructuario actio legis Aquiliæ, quia ob id area non est facta deterior, imo melior. At competere potest actio ex testamento, sed non si jam traditus sit ususfructus ex causa legati, vel si non sit testamento legatus. Potest etiam fructuario competere interdictum, quod vi, aut clam, ut in *l. seq.* ostenditur *quibus mod. ususfruct. amit.* si prohibuit ædificium poni in area, non si non prohibuit, non si id fieri passus est, sciens prudensque, ut *l. si ususfruct. de aq. & aq. plu.* Ubi autem actio ex testamento deficit, ut in hac specie, & interdictum quoque, quod vi, aut clam, tunc necessario decurrendum fructuario est ad actionem de dolo, ut ait *d. l. repeti, §. ult.* Ergo & in specie hujus legis actioni de dolo quandoque locus esse potest, in specie hujus *§.* nunquam ei locus esse potest.

A *D §. De eo, qui sciens.* Species hujus *§.* hæc est: quidam cum affirmaret, se æqua pondera habere, dolo malo sciens non esse æqua, ea commodavit venditori, vel emptori, quibus venditor merces, quas vendebat emptori ad pondus appenderet. Qua ex re factum est, ut damnum sentiret emptor, quia minora pondera erant, vel damnum sentiret venditor, quia erant majora. Quæritur, an venditori, vel emptori sit de dolo actio in eum, qui illa pondera iniqua, & falsa sciens commodavit? Et Trebatius indistincte in eum dabit actionem de dolo, sed reprehenditur, quia ita debuit distinguere. Aut placuit inter emptorem, & venditorem, ut in his ponderibus quanta essent, merces appenderentur, aut traderentur, aut nihil ea de re actum est. Si nihil ea de re actum sit, cessat actio de dolo adversus eum, qui pondera commodavit, quia rem ab alio, qui læsus est emptor, aut venditor servare potest, ut *l. 2. & 4. hoc tit.* nempe si majora pondera fuerint, id quod amplius mercis dedit venditor ab emptore repetere potest conditione indebiti, quasi plus æquo, plus debito dederit. Conditione indebiti, non actione ex vendito, quia id, quod amplius est, venditione non continetur. Sin vero minora fuerint pondera, emptor quod deest, actione ex empto à venditore recipere potest, ut *l. si quis à me, de act. emp.* At si hoc actum sit nominatim inter emptorem, & venditorem, ut illis ponderibus merces venirent, cessat conditio, & actio ex empto, quoniam in illa pondera contrahentes consenserunt, & tunc jure meritoque in eum, qui sciens commodavit falsa pondera, emptori, aut venditori fraudato datur actio de dolo. est distinctio elegantissima. Pono autem in hac specie, neque emptori, neque venditori fuisse notam iniquitatem ponderum: nam si emptor sciverit esse majora, quæ sibi commodabantur, præter conditionem indebiti, aut conditionem furtivam, venditori emptor tenetur actione furti, & non tantum emptor, sed etiam is, qui ea emptori sciens commodavit; non actione de dolo igitur, quia competit

petit furti, *l. si quis uxori, §. si majora, de furt.* Et contra, si venditor sciverit ea esse minora, cum eo qui æque sciens ei commodavit, præter actionem ex empto, venditor emptori tenetur actione furti, & is quoque, qui ea sciens commodavit venditori, quasi furi opem tulerit. Posui etiam, ita demum de dolo agi in eum, qui sciens iniqua pondera commodavit, si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, quia hoc casu emptor, aut venditor, qui deceptus est, non habet adversus emptorem, aut venditorem actionem ex empto, aut conditionem, nec si sciverit is, quo cum agit iniquitatem ponderum, nempe, quia in illa pondera consenserint: non habet etiam actionem furti directam, vel utilem, neque in venditorem, vel emptorem, neque in eum quidem, qui sciens ea commodavit, eadem ratione, quia cum in illa pondera consenserint nominatim, sane furtum non fecerunt. At si in illa pondera non consenserint, is qui ea commodavit sciens, furti tenetur utili actione in factum, ut in specie legis *si is, qui rem, §. si in Titium de furt.* videlicet si sciens ignorantibus ea commodaverit, tenetur, inquam, utili furti, non directa: quia ignorantes emptor, & venditor nec fraudem participantes, furtum fecisse non intelliguntur. Ergo neque is, qui sciens commodavit, intelligitur opem præbuisse furibus, quia fures non sunt, quibus incognita erat iniquitas ponderum.

Ad §. ult. In §. ult. h. legis, hoc tantum ostenditur, si servus, exempli gratia, quem tu mihi stipulanti promiseras, antequam moram faceres in eo mihi tradendo, ab alio occisus fuerit, te pruculdubio à me liberari, quia homo perit ante moram sine culpa tua, & quia à me liberaris, ideo non habes actionem legis Aquiliæ in eum, qui servum occidit, quia nihil damni fecisse videris, qui liberatus es: ego etiam non habeo actionem legis Aquiliæ adversus occisorem, quia dominus ejus servi non eram, & actio legis Aquiliæ datur tantum domino, quod est certissimum, sed habeo in occisorem, quod mihi est extremum subsidium, actionem de dolo. Idemque erit si is, qui pro te fidejusserat, eum occiderit, ut ostenditur in *l. seq. commune, l. 54. ad l. Aq.* Nihil igitur refert extraneus, an fidejussor occiderit, sed creditori sive stipulatori semper salva est in occisorem de dolo malo actio.

Ad L. XX. de Dolo. *Servus tuus cum tibi deberet, nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuum à me accepit, & tibi solvit. Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam: quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit: nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.*
Ad §. Si persuaseris mihi, nullam societatem tibi fuisse cum eo, cui heres sum: & ob id iudicio absolvi te passus sum: dandam mihi de dolo actionem Julianus scribit.

DUæ in hac lege proponuntur species, quibus, deficiente alia actione, aliove remedio juris, datur ei cuius interest, actio de dolo. Prior species hæc est: servus, qui domino centum debuit, naturaliter scilicet, cum nihil haberet in peculio, hortatu domini totidem ab extraneo mutuo accepit, & domino persolvit: dominus creditori non tenetur actione de peculio, quia servus non est peculiatu: non de in rem verso, quia non videtur in rem ejus verti debitum, quod ei solvitur, quia jam ante id habuit in nominibus: ergo in re sua: in re nostra sunt etiam nomina, vel in bonis nostris: lucra etiam insperata, & adventitia proprie in rem nostram verti dicuntur, *l. 10. §. si domini, de in rem verso, l. 9. §. proinde, ad Maced.* non tenetur etiam dominus quod jussu, quia non jussit, ut servus mutuum pecuniam acciperet, sed hortatus est. Et aliud est jubere, longe aliud hortari: jubemus imperio, hortamur impulsu. Tenetur tantum actione de dolo, quia hortatu, & imperio ejus factum est, ut ea pecunia creditori periret, & sibi caderet: & breviter, ad pecuniam mutuum sumendam, servum cohortatus est in necem creditoris, id est, de jussu in dominum est actio prætoris, quod jussu in solidum: de hortatu actio tantum subsidiaria de dolo, si decipiendo creditorem

& suo commodo studuit. Posterior species hæc est. Si socius fueris defuncti, cui heres extiti, & mihi persuaseris jurando, vel alia quadam fallacia, ut ait *l. 23. h. s. te socium non fuisse defuncti, ne tecum agerem actione pro socio, quia etsi societas morte solvatur, tamen durat obligatio, quæ cœpit à defuncto, vel in defunctum, & heredem ejus sequitur, l. verum, §. in hered. pro socio, vel si id tu mihi persuaseris, post litem in te contestatam iudicio pro socio, ut te paterer absolvi, quasi non socium defuncti, nulla mihi alia ejus fraudis vindicandæ causa actio superest, quam quod supremum est eviticulum malitiarum omnium, ut Cicero loquitur, actio de dolo. Quæ est sent. secundæ partis h. l. 20. Objicies huic sent. cum Acc. qui in eo laborat raurum in modum, & torquet se, nec quicquam facit, adeo ut obliteranda sit tota glossa, objicies, inquam, legem 25. hoc tit. quæ est ex eod. lib. Pauli, & ex ea efficies in hac posteriori specie cessare actionem de dolo, quod mihi liceat alio remedio ad jus meum pervenire, puta quod mihi liceat rursus contra te agere pristina actione pro socio, quandoquidem, etiam si absolutus sis, me patiente, & consentiente, eam actionem res judicata non perimit ipso jure, sed per exceptionem rei judicatæ, quæ in hac specie potest repelli per replicationem doli mali, si non dolo tuo factum est, ut absolvereris: major est potestas legis, quam judicis: lege ipso jure perimitur actio, veluti legitimo tempore, *l. 18. §. pen. h. t. sententia & absolutione judicis, non ipso jure, sed per vulgarem exceptionem rei judicatæ, §. item si iudicio inst. de excepti.* Et species legis 25. hæc est: egi tecum actione, si certum petatur, de certa credita pecunia, & litem contestatus sum: tu mihi falso persuasisti, te eam pecuniam solvisse servo, aut procuratori meo, & ob id iudicio absolvi te passus sum. Cessat actio de dolo, inquit, quoniam ex integro possum agere de credita pecunia, & te objicientem exceptionem rei judicatæ, repellere, posita replicatione doli mali, si non dolo malo tuo factum est, & falsa persuasione tua, ut absolvereris. Sed ut liquido respondeam, hoc ideo in illa specie *d. l. 25.* quia sub specie solutionis à te factæ, te absolvi passus sum. Et ut apocha, ait, id est, confessio solutionis pecuniæ, quam debitori creditor facit, non aliter liberat debitorem, quam si revera pecunia soluta sit, potest enim esse falsa, & imaginaria, potest fieri sub specie mox futuræ solutionis, quæ, data apocha, non sequatur, *l. 19. de accepti. l. si obligatum, de solut.* Ita nec res judicata debitorem liberat, quæ elicitæ, & remissa est sub specie solutionis jam actori factæ, aut hominibus ejus, nisi & revera solutio facta fuerit. At in casu proposito in hac *l. 20. §. ult. res judicata omnimodo liberat debitorem, quia non quasi solvisset absolutus est, sed quasi debitor non esset, id est, socius defuncti, qua spe lata sententia ipso jure obligationem perimit. Pronuntiatur enim nunquam quicquam debuisse eum, unde petitur: & ita fuisse pronuntiatum, aut sane eam fuisse iudici causam absolvendi rei, ponendum est in *l. 7. §. pen. & l. 14. hoc tit.* qui loci etiam ostendunt, absolutionem judicis omnimodo perimere obligationem, puta si reus absolutus sit quasi non debitor, & ideo, quasi deficiente alia actione in eum, qui absolutus est, competere actionem de dolo, si dolo ejus factum est, ut absolveretur, nisi paratus sit ex integro subire iudicium, quo absolutus est, quoniam in invitum reddi non potest, quia absolutio prorsus extinxit obligationem, & actionem. Et sicut multum interest, utrum juraverit quis, se dare non oportere, quia solverit, an quia non se obligaverit, *l. in duobus, §. si ei, qui de jure iur.* ita sane multum refert, absolvatur quis, quia solverit, an quia nunquam debuerit, nec cum actore contaxit. Nihil est apertius, quod expediet te, si observaveris diligenter, ab infinitis distinctionibus, quas in hac questione Bartolus facit in *l. Julianus, de cond. indeb.***

Ad L. XXI. eod. *Quod si deferente me juraveris, & absolutus sis, postea perjurium fueris adprobatum: Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam. Pomponius autem per jusjurandum transactum videri, quam sententiam, & Marcellus libro 8. digestorum probat: stari enim religioni debet.*
Ad L. XXII. eod. *Nam sufficit perjuri pena.*

Tran-

Transseamus ad speciem propositam in l. 22. quæ co-
hæret cum ea, quam absolvimus. Species hæc est: cum
egissem tecum pro socio, me deferente iusjurandum, jura-
sti nullam fuisse tibi societatem cum eo, cujus heres sum,
cujusque nomine agebam pro socio, & absolutus es quasi
non debitor, & non socius defuncti. Iusjurandum rei sequi
solet sententia judicis, l. cum indebito, §. ult. de probat. l. nam
postea, §. si damnetur, de jurejur. Post sentent. & absolutio-
nem judicis, te pejerasse probatum est, an mihi in te com-
petat actio de dolo, qui me falso jurejurando decepisti? nec
enim pro socio ex integro agere possum, quia pronuntia-
tum est, te non fuisse debitorem, quæ pronuntiatio expun-
git omnino obligationem. An igitur, vel superest mihi in
te actio de dolo? Sed & me non posse de dolo ex hac causa
agere, verius est, quia jurejur. quod tibi detuli, inter me, &
te transactum videtur negotium, lisque omnino decisa, ut
l. 2. & l. admonendi, de jurejur. Et ideo stari iusjurando
oportuit quasi transactioni, etiamsi qua fraus actoris in-
terveniat. Nam, ut Paulus subjicit in l. 22. sufficit perjuria
pœna. Ea vero pœna est ultio divina, si per Deum pejerat-
um est: vel pœna corporalis, pœna furtium, si per princi-
pem pejeratum sit, l. si duo, §. ult. de jurejur. l. 2. C. de reb.
cred. leges perjuriam puniunt, inquit, l. 2. C. de indi. vid. per-
juria, scilicet quæ facta sunt per caput, fortunam, genium,
aut salutem principis, non quæ per Deum. Nam hæc ho-
mines impunita relinquunt. Unde & Minutius Felix in
Octavio: esse tutius per Jovis genium pejerare, quam regis:
Et apud Zosimum lib. 1. Deo præstitum iusjurand. negligi
posse: permittitur benignitati divinæ impii facinoris venia: con-
tra, iusjurand. præstitum per genium, vel caput principis, non
esse fas deelinqui. Et Tert. in Apol. Civius per omnes Deos,
quam per unum genium Cæsaris pejerari. Vide Cornel. Tac-
itum.

Ad L. XXVII. cod. Dolove malo ejus factum est, qua minus
pervenerit.

Sequitur in hac lege, actionem de dolo non dari in he-
redem ejus, qui dolum commisit, nisi de eo, quod ad
eum pervenit ex dolo defuncti, id est, quatenus ex dolo de-
functi locupletior ad eum hereditas pervenit, ut l. 17. in
fin. & l. prox. supra, dolove malo heredis factum est, quo
minus pervenerit, ut Paulus adjicit in l. 27. quod & in aliis
plerisque causis Paulus adjicere solet, in l. 2. de vi, & vi
arm. Idem Paulus eodem tit. in l. 29. ait, in heredem de eo,
quod ad eum pervenerit ex dolo defuncti, datam actionem
non esse famolam, hac ratione, quia calculi potius, quam
maleficii ratione heres convenitur, ut scilicet subducatur
ratio ejus, quod turpiter defunctus quæsit, & in here-
dem transtulit, & eatenus heres condemnatur, non ulter-
ius: Denique ea de re in heredem esse potius in factum
actionem, quam de dolo, nisi dolo heredis proprius ar-
guatur: nam ex dolo proprio tenetur actione de dolo fa-
mola; de dolo defuncti non item. Et ex dolo quoque de-
functi duntaxat de eo, quod ad eum pervenit, quia calculi
potius, inquit, quam criminis ratione heres convenitur.
Quamobrem etiam dicitur, directam quidem actionem
mandati, depositi, tutelæ, esse famolam, sed non contra-
riam: quia in directa actione de perfidia agitur mandata-
rii, vel depositarii, vel tutoris, de re male gesta, maleve-
servata: in contraria actione non agitur de perfidia, sed
de calculo, de conferendis rationibus, rei gestæ ultro citro-
que, de ponenda sumptuum ratione factorum in negotia
aliena, l. furti, §. ult. inf. de bis, qui not. Ad quod pertinet
illud Quintil. 7. cap. 5. In tutelæ, inquit, iudicio solet qua-
eri, an alia de re, quam de calculis cognosci oporteat. Eadem-
que ratione hæc actio, quæ in heredem datur ex dolo de-
functi de eo, quod ad eum pervenit, non est temporalis, ut
solet esse actio de dolo, sed est perpetua: sicut & in eum,
qui dolum admisit, de eo, quod ad eum pervenit, de eo,
quod ex dolo suo compendii fecit, proculdubio est perpe-
tua, l. proxima, supra, & causæ cognitionem non exigit,
l. seq. & in ea in litem non juratur, quia nec maleficii ratio
redditur, l. ei, apud quem, in princip. depos.

Ad L. VII. de Rei vind. Si is, qui obtulit se fundi vindic-
ationi, damnatus est: nihilominus à possessore recte peti-
tur, sicut Paulus ait.

AD actionem de dolo pertinet etiam l. 7. de rei vindic.
quæ est ex eodem libro Pauli: cum, qui fundum, quem
non possidebat cum vindicaretur, quali possessor defen-
dit, mentitus se eum possidere, & se liti offerens nihil ad
se pertinenti, dolo malo forte, ut interim possessor eum
fundum ufucaperet, etiamsi absolutus sit, actori teneri
actione de dolo, l. pen. de dolo: si absolutus sit, injuria for-
te, aut errore judicis, quoniam condemnari debuit quasi
possessor, quanti ea res ex clausula doli, quæ inest stipu-
lationi iudicatum solvi, quæ initio iudicii in rem in-
terponi solet, l. etiam, §. non solum, l. qui se liti, de petit.
hered. eoque condemnato in litis æstimationem: nihilomi-
nus in verum possessorem fundi actori competit rei vindic-
atio, quia is, qui se obtulit suo nomine, damnatus est
ex proprio dolo, quod deceperit actorem: possessoris no-
mine damnatus non est, proinde in possessorem integra est
actio in rem, quod etiam confirmat d. l. etiam, §. penult.
de pet. hered.

Ad L. X. de Minor. nisi ex magna causa hoc à principe fue-
rit consecutus.

EX hac l. 10. intelligimus, minorem, quam 25. annis na-
tum, qui servum suum manumisit, non posse restitui
in integrum adversus manumissionem, non posse rescindi
manumissionem, imo nec posse eum in integrum restitui
adversus sententiam dictam pro libertate, verum est, l. 9.
de appell. l. ult. C. si adv. lib. libertatis majorem esse favo-
rem, quam ætatis. A prætoribus, inquam, minorem non posse
restitui in integrum adversus libertatem, quam servo suo
dedit: à principe solo restitui posse, etiam adversus liber-
tatem, ex magna causa scilicet, ut Paulus ait, ut puta (quo
exemplo Græci utuntur) si minor 25. annis inconsulto
actorem, bonorum suorum dispensatorem manumiserit,
cujus damnum ad totius suæ domus everisionem pertineat,
ut ait l. ult. de offic. præf. can. 82. Apost. Sed etsi à principe
minor 25. annis non restituatur adversus manumissionem,
quam fecit temere, & inconsulto, tamen integra semper
quanti sua interest, ei est adversus manumissum actio de
dolo, vel in factum, l. seq. in princ. l. 2. C. si adv. libert.

Ad L. XIV. eod. tit. Plane quandiu is, qui à minore rem ac-
cepit, aut heres ejus idoneus sit, nihil novi constituendum est
in eum, qui rem bona fide emerit. Idque & Pomponius scribit.

EX hac l. 14. intelligimus, restitutionem, quam mino-
ribus 25. annis, lapsis, aut circumscriptis dolo adverfa-
rii, vel in re ipsa, prætor causa cognita, se daturum pollice-
tur, sæpe in personam adverfarii dari, qui circumscriptus
dicitur minorem, cum quo minor principaliter contraxit;
sed & nonnunquam dari in rem, id est, in possessorem rei,
in qua minor læsus, & circumscriptus est, licet cum posses-
sore ejus rei principaliter non contraxerit, ut in h. specie,
quæ proponitur l. prox. §. ult. sup. minor 25. annis fundum
vendidit, & tradidit decreto prætoris uti oportet, & em-
ptor rursus eum fundum alii vendidit: si minor in venditio-
ne ejus fundi circumscriptus fuerit, potest desiderare restituo-
nem in integrum, non tantum adversus priorem empto-
rem, cum quo contraxit, sed & interdum adversus poste-
riorem, cum quo non contraxit, l. minor. de evict. maxime
si posterior à priore mala fide emerit, id est, si & posterior
emptor sciverit in ejus rei venditione circumscriptum mi-
norem fuisse, vel etiam si bona fide emerit, & prior emptor
solvendo non sit, adeo ut adversus priorem inanitas sit resti-
tutio in integrum, quæ implere minorem, & redintegrare
non potest: nam quamdiu prior emptor solvendo est, aut
heres ejus, nihil novi constituendum est adversus postero-
rem

rem bonæ fidei emptorem, ut Paulus ait in *b.l. 14.* Cur vero si prior emptor solvendo non sit, in posteriorem minori datur restitutio in integrum, cuius beneficio suum fundum ab eo repetat? Sane ratio hæc est, quia minus est actionem habere, quam rem, ut Pomponius scripsit 28. ad Q. Murium, *l. 204. de reg. jur.* Ex quo lib. Pomponii etiam sumpta sunt, quæ Paulus refert in *l. 14. & Ulpian. in l. prox. §. 2. supra.* Minus est actionem habere, quam rem, quia actio propter inopiam adversarii, inanis esse potest, actio *ἀνωπός*, ut loquitur Nov. 97. res non potest esse inanis. Unde sæpe fit, ut qui eligit personam, quam forte opinatur esse idoneam, & locupletem, deceptus opinione, rem suam perdat, quam potius persequi debuit dimissa persona. Tutius igitur esse minori in posteriorem emptorem agere, qui rem possidet, quam in priorem, qui eam non possidet, maxime, si is solvendo non sit, vel si dubitetur, an solvendo sit, servato tamen posteriori regressu, *sauf son recours*, evictionis nomine adversus priorem emptorem venditorem suum, *l. seq. & d. l. minor, de evictionibus.*

Ad L. XXIII. Cum mandatu patris filius familias res administraret, non habet beneficium restitutionis. Nam, & si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo majori potius consuleretur, cuius damno res sit cessura. Sed si eventu damnus minor passurus sit: quia quod præstiterit, servare ab eo, cuius negotia gessit, non potest, quia is non erit solvendo: sine dubio prætor interveniet. Si autem ipse dominus minor sit, procurator vero majoris ætatis, non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu ejus gestum erit, nec a procuratore servari res possit. Ergo & si procuratorio nomine minor circumscriptus sit: imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia. Id quod & Mareello placet.

Minor 25. annis mandatu patris, in cuius potestate erat, vel mandatu extranei (nihil refert) ejus negotia gessit: minor majoris negotia gessit ex mandatu majoris, & forte aliqua in re circumscriptus est. Quæritur, an eo nomine possit, aut debeat restitui in integrum, aut, ut dicam brevius, quæritur an procuratori minori 25. annis circumscripto in administratione rei alienæ, possit dari restitutio in integrum? Et docet dari non posse, quoniam, si eum restitueris in integrum, ita fiet, ut majori consulas, cuius mandatu negotium gessit, & cuius damno cedit, quidquid is gessit male, quoniam id omne gessit mandatu ejus, ut merito ei imputetur, quod minori sua negotia commiserit. Id vero non est prætoris propositum, ut majori opituletur, & consulat, sed minori tantum, *l. 3. §. sed utrum, & l. seq. sup. h. t.* Propter majorem igitur, ad quem rediret commodum restitutionis (sicut ad eum damnum omne administrationis redit) minor non restituitur in integrum. Paul. 1. sent. in eandem sent. qui, inquit, minori mandavit, ut ejus negotia ageret, ex ejus persona in integrum restitui non potest: Atqui restituto minore, ipse restitueretur, quia restitutio minoris sarciret ei damnum, quod eum contingit. Sed si ex eventu forte ex infortunio damnum omne recidat, vel remaneat apud minorem forte, quia quod procuratorio nomine præstitit, servare à negotiorum domino, qui majoris ætatis est, non potest propter egestatem ejus, in quam incidit: tunc sanæ æquum est minori subveniri, ne versetur in damno data ei restitutione in integrum adversus eum, quo cum contrahit, licet cum eo suo nomine principaliter non contraxerit, sed procuratorio nomine, atque ita in rem datur potius, quam in personam. Et hoc si minor mandatu majoris negotia gesserit. E diverso si major mandatu minoris negotia gesserit, & damni ex procuratoris administratione aliquid ad dominum, qui ætate minor est, reciderit, dominus beneficio suæ ætatis non restituitur, si possit rem servare à procuratore actione negotiorum gestorum: si non possit, forte quia procurator solvendo non est, etiam tunc æquitas postulat, ut minori subveniatur, ne moretur in damno: quæ restitutio est in rem potius, quam in personam. Et hæc si minor mandatu majoris, vel retro, minoris mandatu major negotia gesserit, quæ proponuntur in *b. l. 23.* At quid dicemus, si ultro minor accesserit ad negotia majoris sine

mandatu, vel contra major ad negotia minoris similiter sine mandatu, si fuerit procurator voluntarius, non mandatarius? Ac primum quidem si minor ultro accesserit ad negotia majoris, & in iis gerendis circumscriptus fuerit, damnum ad eum spectat, qui temere miscuit se negotiis alienis sine voluntate domini. Damnum, inquam, omne ad minorem spectat, non ad majorem, quo ignorante gesta sunt negotia. Et ideo minor est restituendus in integrum, quia versatur in damno: aut si nolit restitui, ne ea res profit majori, ab eo convenietur actione negot. gestorum, qua saltem compelletur ei cedere beneficium restitutionis in integrum, atque ita propter minorem refarcietur omne damnum. Beneficium restitutionis, sicut alia quælibet actio, alii potest cedi, ut in *l. seq. & in l. si minoris 25. de admin. tut.* Sin autem major accesserit ultro ad negotia minoris sine mandato, hoc quoque casu minor non est restituendus, si rem à procuratore voluntario servare possit actione negot. gestor. Sed si eam rem ab eo servare non possit, tum restituendus est in integrum. Quæ est definitio hujus quæstionis. Porro ex hac lege intelligitur, minorem 25. ann. ad administrandum procuratorem fieri posse. Nec mirum, cum & impubes possit, *l. 3. §. ult. sup. h. t.* cumque etiam ad lites, quæ res est majoris momenti, minor 25. annis procurator fieri possit, *l. minor, de procurat.* In cuius interpretatione ne cavillemur quominus dicamus, quod dicit aperte, minorem 25. ann. litis alienæ justum esse defensorem, minorem 25. ann. posse procuratorem esse ad defendendum, vel ad agendum, quoniam dicit ex ea causa eum restitui posse in integrum, si non esset procurator justus ad lites, frustra desideraret, minor qui intervenisset liti alienæ, qui circumscriptus est se restitui in integrum: sed ideo postulat se restitui in integrum, quia intercessit recte, & quia se obligavit cautione judicatum solvi, aliter non fuisset admittus ad defendendum. Nemo est idoneus defensor litis alienæ sine cautione judicatum solvi: minor ergo 25. annis potest esse procurator etiam ad lites, modo tantum non sit minor 17. ann. ut ait *§. justæ. Instit. quibus ex caus. manumittere non,* qui §. est accipiendus de procuratore ad lites, quia loquitur de servo manumittendo, in hoc, ut domini procurator fiat, & servum utique non est necesse manumitti, ut procurator fiat negotiorum domini: nam ad administrandum, & domini cujuscunque servus, idoneus procurator est, sed maxime necesse est servum manumitti, ut sit procurator ad agendum, vel defendendum: alioqui neque suo, neque alieno nomine servus in judicio stare potest. Vis servum tuum tibi esse procuratorem ad lites? manumitto illum, & præterea, ne facito illum procuratorem ad lites, antequam attigerit 18. annum, compleverit 17. nam ante ætatem, quæ appellatur plena pubertas, Arriano in *Indicis prima,* & summa lanugo: hanc, inquam, ætatem, id est, plenam pubertatem, prætor moderatam esse ratus est ad prodeundum in forum. *l. 1. §. initium, de postul. §. ult. Inst. quib. ex caus. manum. non lic.* qua ætate etiam Romæ adolescentes olim deponebant togam prætextatam, & bullam auream, & fumebant togam virilem, & in forum deducebantur, ut Augustus, teste Sveton. & Dione etiam protinus ab ea ætate liberis Senatorum clavum induere, & curiæ interesse permisit. Ergo de procuratore litium est accipiendum, non de procuratore negotiorum, quod exigit *d. §. justæ,* ne scilicet procurator, neve qui manumittitur servus procuratoris habendi causa, minor sit 17. annis. Id vero est, ut sit major 17. puta ut 17. compleverit annum, 18. attigerit. Atque ita etiam est accipiendum, quod Ulpia. exigit in *l. 13. de manumissis vind.* sicut Flor. & Basil. scriptum habent, ne is, qui manumittitur procuratoris habendi causa ad lites, sit minor 18. annis, id est, ut attingat 18. annum. In illo autem *§. justæ,* ne sit minor annis 17. id est, ut expleverit 17. annum, in *§. justæ* non minor dicitur ratione completi anni 17. in *l. 13.* non minor dicitur esse ratione incepti anni 18. Facessant igitur, qui in *d. §. justæ,* dum hæc nesciunt distinguere, pro 17. ponunt 18. propter *d. legem 13.* quæ si habeat 18. nec tamen ideo dissentit à *§. justæ,* qui habet 17. sed non eodem modo utroque loco minor dicitur. Facessant etiam

etiam longe error Doctorum, quem & Pontifex Romanus canonis sive decreti auctoritate donavit, *cap. 5. de procurat. lib. 6.* sicut, & alii profecto plerique eorum hominum errores transferunt in decreta, vel mores, qui in regionum leguntur consuetudinibus, quive in decretis longe aberrantes à jure Romano, ea omnia utique sine dubio sumpta sunt ex commentis Doctorum, quibus nunquam bene notum fuit jus civile, cum & hujus juris sermo plane eis esset incognitus. Facessant etiam, inquam, qui hanc differentiam esse constituunt inter procuratorem negotiorum, & procuratorem litium, quasi procuratorem negotiorum majorem esse oporteat 17. annis, cum & impubes possit procurator esse negotiorum. Quidni enim? si quis ei stultus committat sua negotia, sicut & inlitor potest alienæ mercis esse, *l. 7. §. ult. de instit. actio.* & quasi procuratorem (ut iidem illi domini statuunt) litium, majorem esse oporteat 25. annis, cum in eo sufficiat plena pubertas, id est, ætas 18. annorum inchoata, qua sumebatur virilis, & forensis toga, & qua quis poterat adscribi in numerum advocatorum, *d. l. 1. de postul.* Cujus muneris advocatorum major dignitas est, quam procuratorum ad litem, quandoquidem corpus eorum esse dicitur seminarium dignitatum, in Nov. Valent. de post. His, quæ certissima sunt, consequens est, ut & in *l. exigendi, C. de procurat.* quæ in procuratore ad litem exigit legitimam ætatem, legitimam ætatem accipiamus pro plena pubertate, id est, ann. 18. inchoatis, quoniam majores nostri hanc ætatem idoneam esse rati sunt ad prodeundum in forum, ad ingrediendam curiam. Facessant etiam, qui illum *§. juste*, accipiunt de procuratore negotiorum, cum, ut uno verbo dicam, & servus, & impubes procurator negotiorum esse possit, nec sit igitur necesse, servum manumitti, ut negotiorum procurator sit.

Ad L. XXVI. eod. *Quod si de speciali mandatu dubitetur, cum restitutio postuletur: interposita stipulatione ratam rem dominum habiturum, rei potest mederi.*

Ad §. *Quod si is, qui circumscriptus dicitur, absit: defensor ejus satis judicatum solvi dare debet.*

Postremo notandum est ex hac lege, minoris nomine procuratorem non posse petere restitutionem in integrum, etiam si habeat generale mandatum de universis negotiis gerendis, sed opus esse speciali mandato. Quod ita servatur hodie: Procuratorem igitur minoris nomine non posse petere restitutionem in integrum, nisi habeat speciale mandatum, vel si dubitetur de mandato, nisi caveat de rato: non posse etiam absentem, adversus quem minor postulat restitutionem in integrum, per procuratorem defendi, nisi caveat judic. solvi, secundum vulgarem regulam, *neminem sine satisfactione jud. solvi idoneum defensorem esse litis alienæ: sed & hic nonnunquam etiam de rato cavet, ut in hac l. 26. Acc. notat recte ex l. non solum, §. est & casus, de proc.*

Ad L. III. de Cap. minut. *Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, cum in aliena potestate sint, & cum familiam mutarint.*

Ad §. *Emancipato filio, & cæteris personis capitis minutio manifesto accidit: cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Aliter atque cum servus manumittitur: quia servile caput nullum jus habet: ideo nec minui potest.*

EX hoc edicto de cap. minut. quod proponitur in *l. 2.* sublata actio capitis deminutione minima, puta debitore familia mutato, salva civitate, & libertate, quod sit per adoptionem, vel adrogationem, & conventionem in manum, vel emancipationem: Actio, inquam, hoc genere amissa ex hoc edicto restituitur creditori in debitorem, perinde atque si debitor capite minutus non fuisset: & restituitur in solidum, vel in emancipatum causa cognita in id tantum quod facere potest, secundum id, quod est proditum in edicto, *quod cum eo, qui in alien. potest, Actio ex-*

*tingitur, vel amittitur omni capitis deminutione debitoris; actio scilicet, quæ ex contractu, vel quasi contractu venit: nam quæ venit ex delicto reo capite deminuto, non perimitur, l. 2. §. nemo, l. 7. §. injuriarum, hoc tit. nemo delictis exiit capitis deminutione. Contractibus tamen exiit quasi novus homo, aut non is, qui fuit contractus tempore, quoniam cap. deminutio mutavit statum hominis, conditionem hominis, mutavit statum capitis. Et actio quidem ex contractu perempta maxima cap. deminutione, per quam civitas, & libertas amittitur, vel perempta media capitis deminutione, per quam sola civitas amittitur, non libertas. Ita amissa actio in capite deminutum restitui non potest, quia cum servo nulla talis actio est. Servus nulla tali actione convenire, aut conveniri potest. Cum peregrino autem, id est, cum eo, qui passus est mediam capitis deminutionem, potest esse actio. Unde & in urbe erat prætor peregrinus, qui jus diceret inter cives & peregrinos: sed æquum non est, cum eo, qui ex cive factus est peregrinus & exul, & cui, ut fit semper, simul adempta sunt omnia jura, omniaque bona, & in fiscum redacta, æquum non est, ut ex ante gesto conveniatur, quasi mortuus. Imo vero quasi mortuus liberatur ex ante gesto, qui amissa civitate nudus exulat, nec restitui in eum utilis actio potest, *l. 7. §. ult. hoc tit. l. 3. inf. de sent. passis*, nisi beneficio principis bona cum dignitatis restitutione concessa recuperaverit, ut ait *d. lex 3.* Nam princeps restituendo eum in integrum, & concedendo ei bona, quæ habuit olim, etiam obligationes videtur concedere, ut eodem lib. Paulus scripsit, *l. 21. de verb. sign.**

Ad L. XXI. de Verb. signif. *Princeps bona concedendo, videtur etiam obligationes concedere.*

Priniceps, inquit, bona concedendo, veluti deportato in insulam, & civitati postea restituito, videtur etiam ei obligationes concedere. Obligationes, inquam: vel actiones, non eas tantum, quas habuit, sed etiam eas, quibus obligatus fuit ante capitis deminutionem, obligationes activas, & passivas, ut loquuntur, *d. l. 3. de sent. pass. l. 4. C. eod.* Et ita illa *l. 21. de verb. signif.* est coaptanda huic edicto de cap. minutis. Cæterum etsi maxima, aut media cap. deminutione debitor liberetur, nec restitui in eum actio possit, excepto illo casu, datur creditoribus tamen utilis actio in solidum adversus fiscum, ad quem bona ejus pervenerunt, quasi adversus successorem quasi demortui hominis, & nisi fiscus defendatur, creditores mittuntur in possessionem eorum bonorum, *l. 2. §. 1. l. 7. §. pen. l. si debitori, de judic.* Actio autem civilis, quæ perempta est minima capitis deminutione, à prætore restituitur creditori adversus eum ipsum, qui capite minutus est, & quasi quodammodo ex naturali obligatione, quæ remansit, quasi non perempta minima capitis deminutione, in illum, qui capite minutus est, datur actio, id est, in eum, qui ex patrefam. per adrogationem factus est filiusfam. nisi scilicet creditor ipse eum adrogaverit, quia eo casu, quo minus restituatur actio creditori in debitorem, patria potestas impedimento est, quam creditor in debitorem per adrogationem habere cœpit, *l. 2. §. ult. de adopt. l. 11. de judic.* At si alius non creditor debitorem aliorum adrogavit, creditoribus in adrogatum restituitur actio non tantum in personam, sed etiam, quæ mixta est tam in rem, quam in personam, petitio hereditatis, *l. si à domino, §. sed & à filiofam. de petit. hered.* In adrogatorem vero, an datur actio ex eo, quod ante adrogationem gessit sive contraxit is, qui adrogatus est? Et fuit hac in re dissensio inter Sabinianos, & Proculianos. Sabiniani in adrogatorem existimabant ex ante gesto non posse dari actionem de peculio, quæ sola videbatur posse suppetere, *l. in adrogatorem, de pecul.* Et hac ratione nitentur, quia & eo tempore, quo adrogatus contraxit, & se obligavit creditori, adrogator non habuit eum in potestate: ex post gesto tenebitur quidem adrogator de peculio, *l. 7. de pecul. leg.* sed non ex ante gesto, ut illi existimabant. Proculiani autem etiam ex ante gesto in adrogatorem dabant actionem de peculio. Quorum sententia obti-

obtinuit, & à Justiniano comprobata est, hoc addito, quod A
 fervari constat in actione de peculio, l. Pulcinus, §. si quis
 actione, quibus ex caus. in possess. eatur. ut si conventus ad-
 rogator actione de peculio filii fam. adrogati nomine, eum
 filium non defendat, permittatur creditoribus bona possi-
 dere, & distrahere, quæ adrogator habuisset, si se adro-
 gandum non dedisset, §. ult. Institut. de adquis. per adrog.
 Et ad confirmationem sententiæ Proculianorum facit lex
 pen. de adoptio. quæ generaliter definit, onera ejus, qui
 adoptatur, vel adrogatur, transire in adrogatorem. Adro-
 gatus patitur minimam capitis deminutionem, quia fami-
 liam mutat, ex sua nimirum propria transeundo in alie-
 nam, & ex patrefam. filii fam. fit. Liberi quoque ejus,
 qui adrogatus est, sequuntur adrogatorem patris, & in ejus
 potestatem transeunt, exeunt potestate patris naturalis,
 l. 15. de adopt. atque ita liberi etiam adrogati familiam mut- B
 tant, & patriam potestatem. Et hoc est, quod Paulus ait
 initio legis 3. hoc tit. Liberos, qui adrogatum parentem se-
 quuntur minui capite, cum in aliena potestate sint, & cum
 familiam mutarint. Hæc de adrogato. In filio à patre na-
 turali in adoptionem dato id est manifestius, & cum quo-
 que scilicet capite minui, quia à patre naturali dabitur in ado-
 ptionem per emancipationem, id est, imaginariam ven-
 ditionem, filio redacto in potestatem adoptatoris, l. ult.
 C. de adopt. Tertullianus in Apologetico: Adoptandos me-
 lioribus parentibus emancipatis, id est, divenditis per æs, &
 libram. Sveton. in Augu. Augustum, Cajum, & Lucium ado-
 ptasse domi emptos per æs, & libram à patre naturali. Idem-
 que Gell. 5. capit. 19. Qua ratione etiam liberi, qui à pa-
 rentibus, qui eos in potestate habent, sui juris fiunt, ca-
 pite minuuntur, quia id fit illis emancipatis, id est, vendi- C
 tis extraneo per æs, & libram, venditis nummo uno, ven-
 ditis alle Cajano, ut Staius loquitur, quæ venditio ima-
 ginaria est, quia non intervenit verum pretium, deinde iis-
 dem ab emptore manumissis, qui mos etiam hodie serva-
 tur in Moscovia, ut Sigismundus Baro scribit, Moscovi-
 tarum rerum optimus scriptor. Liberi emancipati, inquit
 Paulus in hac lege 2. capite minuuntur, quia emancipari
 nemo potest, nisi in imaginariam servilem causam dedu-
 ctus, quod fiebat per venditionem imaginariam ex illa
 l. 12. tabul. Si pater filium ter venunduit, filius à patre liber
 esto. apud Ulpianum lib. sing. reg. Servi autem manumissi,
 ut subjicit Paulus in hac l. 2. capite non minuuntur, quia
 servile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest,
 hodie enim incipit jus habere, & statum. Ante manumissio-
 nem, neque libertatem habuit, neque civitatem, neque D
 familiam, sed nunc habere incipit libertatem, & familiam,
 atque etiam civitatem, si vindicta manumissus est. Neque
 enim omnes manumissi cives fiebant, sed manumissi tan-
 tum certis quibusdam modis, veluti testamento, aut cen-
 su, aut vindicta: manumissi igitur servi capite non minuun-
 tur, sed non ideo minus ususfructus per servum domino
 acquisitus amittitur manumissione servi, perinde atque
 cap. deminutione filii fam. l. ult. C. de usufr.

Ad L.V. de Cap. minut. Amissione civitatis fit capitis minutio,
 ut in aqua, & igni interdictione.

Ad §. Qui deficiunt, capite minuuntur, deficere autem dicun-
 tur, qui ab his, quorum sub imperio sunt, desistunt, & in ho-
 stium numerum se conferunt. Sed & hi, quos senatus hostes
 judicavit, vel lege lata: utique usque eo, ut civitatem amitt- E
 ant.

Ad §. Nunc respiciendum, quæ capitis deminutione pereant,
 & primo de ea capitis deminutione, quæ salva civitate acci-
 dit, per quam publica jura non interverti constat: nam mane-
 re magistratum, vel senatorem, vel judicem certum est.

Ad L.VII. eod. Tutelas etiam non amittit capitis minutio: ex-
 ceptis his, quæ in jure alieno personis positæ deferuntur. Igi-
 tur testamento dati, vel ex lege, vel ex Senatusconsulto, erunt
 nihilominus tutores. Sed legitimæ tutelæ ex duodecim tabulis
 intervertuntur eadem ratione, qua & hereditates exinde le-
 gitimæ: quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse familia
 mutati. Ex novis autem legibus, & hereditates, & tutelæ
 plerumque sic deferuntur, ut personæ naturaliter designentur:

ut ecce deferunt hereditatem Senatuscons. matri, & filio.
 Ad §. Injuriarum, & actionum ex delicto venientium obliga-
 tiones cum capite ambulant.

Ad §. Si libertate adempta, capitis deminutio subsequuta fit:
 nulli restitutioni adversus servum locus est: quia nec præ-
 toria jurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit:
 sed utilis actio adversus dominum danda est, ut Julian. scribit:
 & nisi in solidum defendatur, permittendum mihi est in bona,
 quæ habuit, mitti.

Ad §. Item cum civitas amissa est, nulla restitutionis æquitas
 est adversus eum, qui amissis bonis, & civitate relicta nu-
 dus exulat.

Post hæc Paulus in l. 5. varia ponit exempla mediæ ca-
 pitis deminutionis. Primum hoc est, si cui pœnæ cau-
 sa aqua, & igni interdictum sit, in cujus pœnæ locum suc-
 cessit deportatio in insulam, & deportatus in insulam me-
 diam capitis deminutionem patitur, quia civitatem tantum
 amittit, redactus ad peregrinitatem libertatem retinet. Ec-
 hoc est certissimum. Nec turbet nos l. pen. de extraord. co-
 gnit. quæ significare videtur, deportatum, aut, quod idem
 est, eum, cui aqua, & igni interdictum est, etiam liberta-
 tem amittere, si libertatem, ergo & civitatem: quia nihil
 est evidentius in illa lege, magnæ capitis deminutionis ap-
 pellatione contineri maximam, & mediam, ut in l. 1. §. ca-
 pitis, ad Senatusc. Tertull. l. 1. §. si filius fam. de suis, & legis-
 hered. Et in illa l. pen. hæc verba, id est, quum libertas adi-
 mitur, pertinent ad maximam capitis deminutionem, non
 ad mediam, quia media libertas non amittitur. Sequentia
 autem verba, vel cum aqua, & igni interdicitur, pertinent
 ad mediam capitis deminutionem, & utraque significatur
 verbo, magna. ita ut liceat tibi capitis deminutionem di-
 videre in duo membra, in parvam, & magnam, & rursus
 magnam, in maximam, & mediam. Scribendum est au-
 tem, ut & Accurs. notavit in d. lult. vel cum aqua, & igni
 interdicitur, non, velui. Alioqui diceret interdicitum aqua
 & igni amittere libertatem, quod est falsissimum. Addit
 etiam Paulus in l. 5. transfugas pati mediam capitis demin-
 utionem, nec enim servi fiunt, l. si quis tutor, de tutel.
 sed peregrini tantum, nec si redeant, jure postliminii, civi-
 tati restituuntur, l. 14. tit. seq. l. postliminium, §. transfuga,
 de capt. & postlim. rev. Ii sunt, qui ab iis, quorum sub im-
 perio sunt, desciscunt, & in hostium numerum se confe-
 runt. Iis addit etiam eos, quos Senatus hostes judicavit,
 vel etiam, quos populus lege lata hostes judicavit. Sic
 legendum in l. 5. lege lata, ut in Florentinis, & in Basilicis
 ἡ μὴν ῥεθεύων, non relegati: nam relegati nullo modo ca-
 pite minuuntur. Qui hostes judicantur lege lata, vel Senatus-
 consulto facto, capite minuuntur, non quidem maxima,
 sed media, quia peregrini quidem fiunt, liberi tamen ma-
 nent. Post hæc transit Paulus ad recensionem eorum,
 quæ capitis deminutio minima intervertit sive amittit, ut
 loquitur, sive quæ non amittit. In §. ult. legis 5. & in l. 6.
 amittit primum, vel intervertit minima capitis deminutio
 jura familiæ privata: intervertit familiam, & mutat. Amittit
 etiam tutelæ, & hereditates, quæ ex duodecim tabulis
 deferuntur, quia jure agnationis deferuntur, id est, agnatis
 solis, & capitis deminutione agnatio perimitur. At non
 amittit tutelæ, non intervertit tutelæ, vel hereditates,
 quæ testamento deferuntur, vel ex legibus novis, veluti
 ex l. Julia de maritandis ordinibus, apud Ulpianum lib.
 reg. tit. de tutel. vel ex l. Attilia, aut Julia, aut Titia, vel
 quæ ex Senatusconsultis deferuntur, ut quum matri Se-
 natusconsulto Tertulliano filii hereditas defertur, vel filio
 hereditas matris Senatusconsulto Orfitiano. Quia plerum-
 que, inquit, bis legibus, & Senatusconsultis hereditas, & tu-
 telæ sic deferuntur, ut personæ naturaliter designentur, id est,
 ut designentur naturæ vocabulis, non vocabulis civilibus,
 filius, & mater naturæ vocabula sunt, cognatus etiam natu-
 ræ verbum est, agnatus vero civile verbum, non naturæ,
 l. Jurisconsultus, §. 1. de grad. & affin. Et Senatusconsultis de-
 feruntur tutelæ in locum muti, aut surdi tutoris, aut furiosi,
 aut excusati, aut remoti, l. si quis sub cond. & l. pen. de tut.
 Non intervertuntur autem minima capitis deminutione,
 jura

jura publica, jura civilia, officia civilia: nam, & qui adrogatus, & emancipatus est, Senator manet, & magistratus, & judex manet etiam tutor: tutela est munus publicum, & officium publicum. Capitis deminutio minima non intervertit tutelam, nisi eas, quæ agnatis deferuntur, quia definunt esse agnati per capitis deminutionem minimam. Et ita quod erat scriptum nobis initio legis 7. *hoc tit.* quæ est ex hoc libr. Tribonianus male explanavit, & nullo sensu ita scripsit *tutelas etiam non amittit capitis deminutio*, minima scilicet, *exceptis his, quæ in jure alieno positis personis deferuntur*, quorum verborum sensus adhuc quaeritur. Paulus scripsit singularibus literis, hoc sensu, *exceptis iis, quæ jure agnationis proximis potissimum deferuntur*. Quod & sequentia demonstrant. Et ita in edicto translatio Verri, *ut quæcumque hereditas proximis potissimum deferatur*. Iterare juvat id, quod jam hesterno die meminisse me docere initio l. 7. inesse mendum, quod coortum est ex prava notarum explanatione, quæ ita potius explanandæ erant, *exceptis iis, quæ jure agnationis proximis potissimum deferuntur*. Quod etiam cum laude aliqua obsecratorum fatentur esse verissimum, non minus, quam & aliud simile mendum, quod & jam olim animadverti insidere in l. 8. qui, & à quibus manumiss. ubi pro fideicommissio, legendum, *fraudandorum creditorum causa*, quia male erant illæ duæ literæ singulares F. & C. ita explanatæ, *fideicommissio*, cum essent ita explanandæ, *fraudandorum creditorum causa*. Et aliud quoque simile in l. 2. §. si mater, ad Senatufcom. Tertull. ubi etiam duæ literæ S. & C. male sic explanatæ sunt, *Senatufconsulto*, quæ explanandæ erant hoc modo, *sententiam constitutionis*, quod suis locis jam pridem à me demonstratum est, & à cunctis approbatum. Nec quicquam addo amplius ad h. l. sed venio ad l. 9. de cap. min.

Ad L. IX. de cap. Minut. *Ut quandoque emancipata agat.*

Cujus explicandæ facultas est paucorum hominum. Diximus jam ante, capitis deminutione debitoris creditore ipso jure suas actiones amittere, quibus debitor ei tenebatur obstrictus ante capitis deminutionem: sed si minima capitis deminutio fuerit, eas actiones creditori restitui, id est, utiles dari à prætore ex hoc edicto de cap. minutis. Nunc videamus an etiam is, qui capite minuitur, quas habuit actiones amittat, vel an amissæ æque ei restituantur. Sane qui maximam, aut mediam capitis deminutionem patitur, actiones suas prorsus amittit, quia in omnia jura ejus fiscus, vel dominus succedit. Nihil est exploratius. Is quoque, qui patitur minimam capitis deminutionem, ut puta paterfamilias, qui se adrogandum dedit, omnia jura sua, atque adeo omnes actiones suas transfert in adrogatorem cum capite suo. Omnes denique fortunas suas, l. 15. de adoptione. l. pen. §. testamento, de bon. possess. sec. tab. Is vero, qui à patre naturali datur in adoptionem, vel qui emancipatur, qui etiam patitur minimam capitis deminutionem, non habet obligationes, vel actiones, quas amittat ullas, quia quas adquisivit quamdiu fuit in potestate patris naturalis, statim patri naturali eas quaesivit jure patriæ potestatis, exceptis iis tantum obligationibus, vel actionibus, quæ naturalem præstationem habent, quæ patri jure patriæ potestatis per omnia non acquiruntur. Non dico naturales obligationes, quæ scilicet tantum naturales sunt, non civiles, quas constat non parere actionem: sed dico obligationes civiles, quæ actionem pariunt, quæque naturalem præstationem habent, ut ait l. 8. *hoc tit.* id est, sicut Græci interpretantur, *quæ ex bono, & æquo consistunt*. Recte, quibus scilicet quod præstatur ex naturali potissimum ratione venit, & ex bono & æquo naturaliter, in quibus non tam subtile jus spectatur, quam æquum & bonum. Ac proinde quia natura communis est, etiam in filiorum fam. personam cadunt, nec patri omnimodo acquiruntur jure subtili, patri omnino acquiruntur ex æquo, & bono: hæc quamvis sint adquisitæ patri jure potestatis, etiam filio capite minuto accommodantur, quasi non prorsus adquisitæ patri. Nec rursus dico, actiones bonæ fidei, quamvis &

Tom. II. Post.

A in iis ex æquo, & bono restitutio, & condemnatio fiat, §. in bonæ fidei. *Instit. de action.* Sed exemplum pono in actione de dote, ut lex 8. sive in actione rei uxoriæ, quæ ad dotem repetendam morte viri, aut divortio dirempto matrimonio, sive dos fuerit adventitia, sive profecticia, patri competit, in cujus potestate est mulier, quasi ei quaesita jure potestatis, sed non quidem soli patri, sed adjuncta mulieris, id est, filiarum persona, adjuncta filiarum voluntate, ut perspicue Ulpian. scribit *lib. reg. tit. de dotib.* Vel si ab sit pater, aut si sit suspectæ vitæ, competit etiam ipsi filiarum sine patre, quasi nec patri omnimodo quaesita, l. 8. *filiisfam. de procur.* Cur ita? non quia hæc actio est bonæ fidei, quoniam & hoc habent strictæ actiones quædam, ut inf. demonstrabimus: sed quia, ut ait l. 8. actio de dote concipitur in bonum, & æquum, id est, propriam quandam formulam habet conceptam in bonum, & æquum, quæ non aptatur cæteris bonæ fidei judiciis. Proprie scilicet concipitur his verbis, *quod æquius melius sit, id præstari patri & mulieri oportere*. Quod æquius melius, hæc sunt verba propria actionis de dote, ut M. Tull. indicat in *Top. off. 3. offic.* & indicat aperte l. si cum Cornel. in fi. de solut. & l. pen. in fi. solut. *matrim.* Illo loco, *æquius melius*. Et ideo etiam post emancipationem filiarum, post capitis deminutionem, quæ subsequuta est divortium, filiarum, hereditate ejus competit actio de dote, non patri, ut habeat unde nubere alii possit, nec commodo dotis defraudetur. Competit, inquam, filiarum, non patri post emancipationem, quasi nec quaesita patri, tamen subtili jure sit quaesita patri jure potestatis. Et emancipatam quoque agere de dote ostendit l. 2. §. 1. & l. si cum dotem, §. eo autem tempore, illo loco, *vel etiam emancipata sit*, & l. filia, solut. *matrim.* Hoc efficit ratio naturalis, quæ actio de dote nititur, quam civilis ratio, id est, emancipatio corrumpere non potest, ut ait l. 8. Jus, quod naturale est, quodque nihil aliud est, quam ratio, & æquitas naturalis, ratio civilis corrumpere non potest, §. ult. *Instit. de leg. agnat. success.* Et hæc etiam ratio naturalis est, quæ spectatur in actione de dote potius, quam scrupulositas juris civilis, subtile jus, hæc humanitatis ratio facit, ut & matrisfam. passæ mediam capitis deminutionem, puta deportatæ in insulam, divortio postea factæ, aut mortuo marito, detur repetitio dotis, vel actio de dote, non fisco, ad quem bona ejus pervenerunt, l. 5. *inf. de bon. damnat.* Eademque efficit, & quidem multo magis, ut filiarum sui juris effectæ sine capitis deminutione veluti deportato patre, ipsa manente in civitate, de dote actio detur, non fisco, quasi successori patris, quia nec patri daretur filia sui juris effecta, *in insulam, sol. matrim.* Et similiter mortuo patre, ac postea soluto matrimonio, ut filiarum detur actio de dote potius, quam heredi patris: aut si pater forte vivus ea actione egerit, & vicerit, actio iudicati filiarum detur potius, quam heredi patris, ut ei salva dos sit, *l. si marito, §. si voluntas, eod.* Quin & parte dotis soluta patri, dirempto matrimonio, reliquæ partis mortuo patre repetitio filiarum potius competit, quam heredi patris, quamvis patri quaesita fuerit actio, l. pen. §. *filiisfamilias, eod. tit.* Et hoc quidem quod ait lex 8. & 9. *hoc tit.* de actione de dote; jam satis perspicuum esse arbitrator: sed quia propositio legis 8. est generalior, quam ut unum tantum genus actionis complectatur: ait enim eas obligationes, quæ naturalem præstationem habere intelliguntur: desidero etiam mihi speciale obligationem dari, quæ naturalem præstationem habeat, & in æquum & bonum concipiatur, atque ideo, quamvis sit adquisita patri, competat tamen postea filiis emancipatis, nec intervertatur emancipatione. Et profecto ejusdem generis est actio injuriarum, quæ quamvis sit stricti juris, tamen ex æquo, & bono esse dicitur aperte in l. non solum, §. 1. de injuriis, id est, æquitas naturalis in ea potius valere dicitur, & dominari, quam subtile jus, ut eadem lex non solum declarat his verbis, *æquitas actionis injuriarum omnem metum ejus abolere videtur, ubicunque, quis contra æquum venit*. Et ideo si filiosfamilias facta sit injuria, & nomine filii quaesita sit patri actio injuriarum jure potestatis, ei tamen postea emancipato ea actio dabitur potius, quam patri, aut heredi patris. Et ita nominatim proditum est in l. sed si unius, §. sed etsi pater, & §. ult. de

L

de

de injur. Sicut & manente filiofamil. in potestate, si pater non sit præsens, vel si filii nomine agere nolit, si ulcisci nolit injuriam filiofamil. factam, filio licet agere injuriam, quasi non omnino ea actione quaesita patri, *diff. l. sed si unius, §. idem Julianus, l. in persona, de pact. l. 12. de in jus voc.* Eadem ratione puto, quod maxime notandum est, si quid ex coenaculo tuo, verbi gratia, dejectum, vel effusum sit, quod filiofa. nocuerit transeunti, & ideo per filium quaesita sit patri actio in factum ex edicto de dejectis, & effusis: filio tamen postea emancipato, eam actionem esse dandam potius, quam patri, quia & hæc actio naturalem præstationem habere intelligitur, & nominatim, quamvis sit stricta, non bonæ fidei, ex bono, & æquo esse dicitur in *l. 5. §. hæc autem, de iis, qui dejec. vel effud.* Et similiter actio sepulchri violati, ut in *l. 8. hoc tit.* Actio de dote dicitur esse concepta in æquum, & bonum, *l. pen. de sepul. viol.* B puta ut est in edicto de sepul. viol. quanti ob eam rem iudici æquum videbitur, quæ tamen stricta est actio. Et ita explicandæ sunt leges 8. & 9.

Ad L.V. de Alien. jud. mut. causa facta. Vel similem.

Sequitur ex hoc libro *l. 5. de alien. jud. mut. causa fac.* & pertinet ad actionem in rem utilem, vel in factum, quæ ex edicto de alien. iudicii restituitur ei, cui adversarius, cum quo acturus erat in rem, dolo malo re alienata potentiori, objecit potentior, durior, adversarium, quæ actio, licet rei persecutoria sit, non pœnæ, non datur tamen in heredes, quia videtur ex delicto oriri, *l. 4. §. ult. & l. 6. hoc tit.* Adjecit Paulus, non dari etiam in similem successorem, veluti in bonorum possessorem: nam ut idem ait eodem libro *l. 17. de reg. jur.* quæ huic conjungenda est, prætor bonorum possessorem in omni causa loco heredis habet: & in causa igitur ejus edicti, bonorum possessor est similis heredi. Denique ex hoc edicto actio restitutoria non datur in heredem, vel similem successorem, nisi de eo, quod ad eum pervenit, sicut dictum est de actione de dolo, quæ etiam est ejusdem generis, id est, rei persecutionem continet, & ex delicto tamen est: sicut idem dicitur etiam de actione rerum amotarum, quæ & rei persecutionem continet, sed quia ex delicto est, non datur in heredem, nisi de eo, quod ad eum pervenit, *l. ult. Cod. rer. amot.* quod per omnia etiam obtinere in conditione furtiva ostendit observatio 13. cap. 37.

Ad L. XLII. de Acquir. rer. dom. Substitutio, quæ nondum competit, extra bona nostra est.

Sequitur ex hoc libro *lex 42. de acquir. rer. dom.* Substitutio, quæ nondum competit, extra bona nostra est, si vulgariter substitutus sim heredi instituto, & substitutio nondum competat, puta deliberante herede, neque enim potest competere, antequam deliberaverit. Dum igitur deliberat, non potest competere: dum non competit, pendet substitutio, puta deliberante, & consultante herede, ac extra bona mea est. Et ideo si moriar, non transmitto in heredem meum eam substitutionem, *l. si ex pluribus, de suis, & legis. hered.* vel si subeam maximam, aut mediam capitalem deminutionem, non transfero eam in fiscum, vel in dominum. Et ita lex 40. de oblig. & actio. quæ sola superest ex hoc libro.

Ad L. XL. de Oblig. & actio. Hereditariarum actionum loco habentur & legata, quamvis ab herede ceperint.

Fiscus, ad quem bona pervenerunt testatoris, forte erepta heredi hereditate quasi indigno, hereditarias actiones quasi successor excipere debet; ergo & actionem ex testamento legatorum nomine, *l. cum quidam, l. cum tabulis, in fine, de his, quibus ut indign. l. 3. §. cum ex causa, de jure fisci.* Nam & hæc actio legatorum, quamvis ceperit

ab herede, non à defuncto; hereditariarum actionum loco est, ut ait Paulus in *d. l. 40.* quia origo ejus, & causa ex voluntate defuncti proficiscitur, ut *l. pen. de separat.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XII. PAULI AD EDICTUM.
RECITATIONES SOLEMNES.

LIBRO superiore, ut patet ex *l. 5. de alien. judic. mut. cau. fac.* cepit tractare Paulus de restitutione in integrum, quæ ex edicto de alien. jud. mut. caus. fact. datur majori 25. annis, cui is, quo cum acturus erat de re aliqua, de re dolo malo alienata, opposuit durior, adversarium, militem forte, vel potentior, vel alterius provincie hominem, data in eum, qui rem alienavit, actione in factum, qua tantum consequatur officio iudicis, quanti ejus interest alium adversarium non habuisse, *l. 1. §. pen. eod.* nisi scilicet reus ultro paratus sit pati actionem, perinde, ac si rem possideret. Dico, nisi ultro paratus sit pristinam actionem pati, quæ in eum competebat prius ante alienationem rei, quia et si vulgo dicatur, dolum pro possessione esse, atque adeo eum, qui dolo malo desit possidere, perinde teneri, ac si possideret, tamen non tenetur invitatus actionem pati, si alius sit certus possessor; sed tunc duntaxat, quum ejus rei nullus est possessor certus, *l. 1. §. ult. eod.* Huic etiam edicto de alien. iudicii locus est, quum quis re alienata dolo, quam possidebat, effecit, ut quæ sibi competebat actio, competere alteri, desineret sibi competere. Et hoc casu locus ita est huic edicto, quia actio denegatur alteri, *l. ult. hoc tit. & permittitur ei, qui alienavit, ut rem videatur alienasse potius, quam litem, l. pen. eod.* Præterquam uno casu, cujus ratio erat satis obscura, quæ tamen manifestissima fiet ex casu proposito in *l. ult.* si quis cum haberet rem cum alio communem, communi divid. iudicii evitanda causa partem suam alienaverit: hæc actio communi divid. sicut & fam. eriscundæ, & finium regundorum duplex actio est, id est, ejus juris, & conditionis est, ut eam quis excipere, vel intendere possit, ut ea quis socium convenire, vel ea à socio conveniri possit. Qui vero, ne eam actionem communi divid. exciperet, partem suam alienavit, ne secum ageretur communi dividendo, sed cum potentiori, cui alienavit hoc animo, ut per licitationem, quæ solet fieri in divisione rei communis, potentior, cui partem suam alienavit, eam viliori pretio acciperet, deinde eam à potentiori reciperet; qui, inquam, hoc egit dolo malo alienando partem suam, ne secum ageretur communi divid. prohibetur & ipse *l. Licinia agere, cujus sit mentio in l. ult.* Prohibetur ipse agere communi dividendo, prohibetur agere actione, qua secum agi noluit, aut secum ne ageretur, quantum in ipso fuit, dedit operam. Hæc est ratio legis *l. Licinæ.* Potro hujus edicti tractatum Paulus persecutus est *lib. 12. Et ideo incipiam à l. 8. eod. sit.*

Ad L. VIII. de Alienat. judic. mut. &c. Ex hoc edicto tenetur, qui rem exhibet, si arbitrariu iudicis pristinam iudicii causam non restituit.

Ad §. Ait prætor: quæve alienatio iudicii mutandi causa facta erit, id est, si futuri iudicii causa, non ejus, quod jam sit.

Ad §. Alienare intelligitur etiam, qui alienam rem vendidit.

Ad §. Sed heredem instituendo, vel legando, si quis alienet, huic edicto locus non erit.

Ad §. Si quis alienaverit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.

Ad §. Qui venditori suo redhibet, non videtur iudicii mutandi causa abalienare.

Initio hujus legis Paulus docet, non evitare eam actionem eum, qui rem, quam alienavit iudicii mut. caus. exhibet

hibet actori, nisi eam exhibeat in eadem causa, in qua fuit ante alienationem, nempe cum omni emolumento, & vacuam, atque liberam à durioris adversarii vexatione. Non igitur, ut hac actione liberetur, tantum eam rem exhibere debet, sed etiam restituere. Plus est restituere, quam exhibere, ut ad idem edictum, quod tractamus, Cajus scripsit in l. 22. de verb. sig. Et restituere rem debet arbitrato judicis, ut Paulus ait initio hujus legis. Et ita si rem restituerit, hujus edicti evitat actionem. Nam & hæc actio in factum ex edicto de alien. est arbitraria, sicut actio, quod metus causa, & actio de dolo, de quib. actum est sup. Post hæc in l. 8. Paulus docet, hæc verba edicti, *quæve alienatio judicii mutandi causa facta erit*, vel ut potius legendum videtur, *quæ alienatio judicii mutandi causa facta erit*, sic esse accipiendam, non quæ futuri judicii mutandi causa facta erit, nondum inchoati, non quæ jam inchoati, quæque præsentis judicii mutandi causa facta erit, quia scilicet alienatio rei litigiosæ etiam judicium non mutat, quod conceptum est cum alio, nec valet, & vitiosa est litigiosæ rei alienatio, ut constat ex tit. de litigiosis, aut certe facile remedio exceptionis infringitur. Et præterea hoc edicto eum etiam teneri, qui rem alienam, quam possidebat, vendidit futuri judicii mutandi causa: adde, vel donavit, ut l. pen. hoc tit. non etiam eum, qui eam rem legavit, vel qui per universitatem eam transtulit in heredem institutum. Alienationis verbum in hoc edicto accipe de alienatione inter vivos, non de alienatione causa mortis, quia hæc plerumque non fit dolo malo judicii futuri mutandi causa, neque enim quisquam lites post mortem suam futuras extimescit. Et inter vivos non solum ea continetur, per quam possessio alienatur in fraudem domini, qui a stirus erat actione in rem, sed etiam, per quam dominium alienatur in fraudem ejus, qui domino, & possessori ejus rei nomine controversiam facturus erat, ex causa pignoris forte, vel usufructus, vel *ἐμφορευσιμος*, vel servitutis prædiorum, vel qua alia causa, ut l. 4. §. Pædius, & §. ult. hoc tit. Item hoc edicto hacve actione non teneri eum, qui rem, quam alienavit jud. mut. causa, mox recepit, antequam cum eo ageretur ex hoc edicto, quia ea res pro non alienata habetur. Non teneri etiam eum, qui venditori suo rem redhibet propter morbum, aut vitium aliquod latens, quia tametsi redhibitio species alienationis sit, plerumque tamen ea non videtur fieri jud. mut. causa, sed quod ea res, quæ est in causa redhibitionis, nobis sit inutilis, nisi probeatur, ut est in l. seq. propter hoc solum rem redhibitam fuisse venditori. Ab hoc genere restitutionis in integrum transeamus, si placet, ad restitutionem in integrum, quæ datur majoribus 25. annis, qui per absentiam necessariam suam, vel alienam in captionem inciderunt, de qua in tit. ex quib. caus. majores 25. annis. Ex titulo de alien. jud. mut. causa facta datur in integrum restitutio majoribus, qui per alienationem rei, qua de agitur, ab adversario dolo malo factam potentiori, in captionem inciderunt. Ex tit. de cap. minutis, restitutio in integrum datur majoribus, qui per capitis diminutionem minimam debitoris in captionem inciderunt. Ex titulo, *Quod metus causa*, majoribus, qui per metum. Ex titulo de dolo, majoribus, qui per dolum qualemcumque adversarii in captionem inciderunt, l. quidam, de dolo. Unus tantum est titulus de minoribus restituendis, qui per infirmitatem ætatis in captionem inciderunt. Cæteri tituli sunt de majoribus 25. annis, & præter supradictas causas majoribus etiam datur restitutio in integrum ob justum errorem ex tit. *Quod falso tut. auct.* de qua restitutionis causa etiam hoc libro 12. tractavit Paulus. Sed & in plerisque aliis causis justus error, justa est causa restitutionis in integrum, l. 1. & 2. sup. de restitu. in integ. At dicamus de ea restitutione in integrum, qua rescinduntur, aut restituuntur in integrum gesta per absentiam necessariam, si per id tempus, quo aberam reipub. causa jus meum læsum, aut interversum sit: puta si res mea usucapta sit, vel actio, quæ mihi competeat, tempore amissa: id me reverso emendatur per restitutionem in integrum ex edicto ex quibus causis majores. Absente autem reipub. causa dicuntur, qui publici alicujus muneris causa ab urbe profecti sunt, ut provinciales magistratus, l. abesse, h. tit. Urbanos autem magistratus, licet

reipub. dent operam, non haberi pro absentibus reip. causa Paulus ostendit in l. 6. ex quib. caus. major. Et ideo finito magistratu, exempli gratia, eis non restitui actionem tempore amissam, quia eam in magistratu per procuratorem exercere potuerunt. Cur non exercuerunt igitur? Quod non ita tamen procedit in magistratibus provincialibus, l. pars, de judiciis, in qua *ἀρχοί*, non sunt quilibet magistratus urbani, sed præsides provinciarum tantum. Succurritur etiam hoc edicto libero homini, qui in servitute fuit, dum vi detinetur quasi servus, aut dum alii bona fide servit, ut scilicet recipiat restitutus in integrum, quod interim amisit. Quæ tamen edicti parte Paulus ostendit in l. 13. h. tit. non contineri servum liberum, & heredem institutum, si quid gesserit post testamentum, & ante mortem domini, id est, antequam heres sit, quia hic servus fuit, non in servitute, & edictum non loquitur de servo, sed de libero homine, qui fuit in servitute. Aliud est servum esse, aliud in servitute esse: sicut aliud possessorem esse, aliud esse in possessione, l. si quis ante, de adquir. poss. Ac præterea hic servus, antequam heres extiterit domino, interim nulla bona habuit, in quibus lædi possit, nondum enim est heres, bene sequitur: est heres institutus, ergo est heres: nam potest heres esse institutus, nec dum tamen esse heres: non certe quamdiu testator vivit, est heres. Eademque ratione filiusfam. ex hac parte edicti non restituitur in integrum, si in servitute fuerit, quia nihil habuit proprium, nihilque quæsitivum, quod non statim quæsitivum patri, in cujus potestate est, nisi forte habeat castrense peculium, vel quasi castrense, quia in eo habetur pro patrefam. l. 2. ad Macedon. l. 15. §. si servus, de cast. pec. l. 6. §. ult. de inj. rupt. testam. Atque ideo, si dum est in servitute, lædatur in castrensi peculio, restitui potest in integrum. At in cæteris rebus profectitiis, vel adventitiis, quia non remanent apud eum, non potest restitui in integrum, etiam si in servitute fuit. Liber homo in hoc edicto accipitur pro homine sui juris: filiusfam. est liber homo, sed non est sui juris. Et sæpe liberi hominis appellatione non quicumque liber est significatur, sed is tantum, qui est sui juris, ut in definitione tutelæ: Tutela est vis ac potestas in capite libero, id est, in caput sui juris, in hominem sui juris, quia qui quæve est in potestate, vel manu, vel mancipio, tutorem non habet. Imo tutela finitur conventionione in manum, finitur adrogatione, servitute, captivitate, quia non cadit in hominem alieni juris, sed in hominem omni ex parte liberum, id est, sui juris, suæque potestatis, suæ tutelæ, ut loquuntur.

Ad L. XVI. Ex quibus causis major. Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Totumque istud arbitrio prætoris temperabitur: id est, ut ita demum restituatur, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.

HIS addamus l. 16. ejusdem tit. In hoc edicto, quod proponitur in l. 1. desideratur verbum *postea*, ad cuius interpretationem l. 16. pertinet, ut indicat lex 15. §. ult. Verba edicti integra hæc fuerunt: *Si cuius quid de bonis deminutum erit, cum is metu, aut sine dolo malo reip. causa abesse, sive in vinculis, servitute, hostiumve potestate esset, postea*. Et sensus hic est, ut si quis, antequam dominus abesset reipub. causa, rem ejus bona fide possidere, & usucapere cœperit, quia, inquit, l. 15. §. ult. inchoata fuerit bonæ fidei possessoris detentatio ante absentiam. Detentatio pro possessione à detentione, detentatio, id est, possessio, ut in l. 5. de imp. in reb. dot. fact. & in glossis Philoxeni, *detentator, διακατοχος*, detentatores, *διακατοχοι*, & sic ab intentione, intentatio apud Tertullian. libro de pudicitia. Si, inquam, ante absentiam domini cœpta usucapio fuerit, eaque finita sit eo reverso, restitutionis auxilium ex hoc edicto locum habet, quia prætor ait *Postea*, id est, post reditum, si quid ei deminutum sit, si res ejus usucapta sit, si impleta sit usucapio, si dum abest, vel si posteaquam defuit abesse, impleta sit usucapio. Quod tamen ita verum est, si modo posteaquam rediit in urbem intra modicum tempus, dum hospitium conducit forte, dum sarcinulas suas componit, dum quærit

advocatum, quo adhibito litem moveat, & interpellet usucapionem, quæ in eo est articulo, ut quamprimum finiatur, & impleatur; si igitur intra modicum tempus impleta fuerit usucapio posteaquam rediit, æquum est, eum restitui adversus usucapionem: non etiam, si longe post reditum impleta fuerit usucapio, illo differente interpellationem usucapionis, & non movente litem possessori rei suæ: nam hoc casu si petat restitutionem suæ causæ adversus usucapionem, non est audiendus, quia, ut ait Paulus in l. 16. non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Et totum illud, aut verbum illud indefinitum, quod est in edicto, *Postea*, temperabitur arbitrio prætoris, id est, ut ita demum restituatur, si non negligentia, sed temporis angustia post reditum non potuerit interpellare usucapionem. Prætor quod dixit, *Postea*, simpliciter, id est, non satis definite, non satis explicate, ipsemet interpretatur.

Ad L. XVIII. eod. *Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus rei duntaxat persequenda gratia queruntur: non cum & lucri faciendi ex alterius poena, vel damno, auxilium sibi impetrari desiderant.*

Restant adhuc ex eod. tit. 5. leges, ac primum l. 18. Hoc edicto, quod antiquissimum esse Servii Sulpitii habita mentio in l. 26. §. per magistr. hoc tit. demonstrat, succurritur majoribus 25. annis absentibus reipubl. causa, vel etiam absentibus ex qua alia justa, & necessaria causa. Succurritur etiam captis ab hostibus, & iis, qui in vinculis, aut in servitute fuerint, intra annum utilem: postquam redierint, ne scilicet rei suæ damnum faciant, ut scilicet per id tempus, quo absunt, aut hostium, servitutisve potiuntur, si rem eorum aliquis bonæ fidei possessor usucepit, ex hoc edicto rescindatur usucapio, restituta iis utili actione in rem, & non tantum, ne damnum faciant, sed etiam, ne lucrum perdant, quod fecissent interim, sine damno alterius, si absentes metus, vel reip. causa, vel si hostium servitutisve potiti non fuissent, ut si hereditatem luculentam, si legatum amplissimum, quod interim acquirere potuerunt, propter absentiam suam, vel captivitatem perdiderint, id recipiant posteaquam reversi fuerint intra annum utilem restituta actione ex testamento, vel petitione hereditatis. Duo sunt genera lucrorum. Quædam lucra obveniunt sine damno alterius, ut hereditas, & legatum: hæc recipiunt reversi beneficio ejus edicti, si ea perdidierint, exempli causa, quod die legatorum cedente reipubl. causa absentem Italia procul, quæ erant eis relicta sub conditione, si in Italia, aut in urbe forent, ut in l. prox. §. ult. sup. l. 41. inf. Et ita accipiendum est, quod idem Paulus eodem lib. scripsit in l. 26. inf. ex clausula generali ejus edicti, etiam non absentibus reip. causa, sed absentibus ex alia justa causa, & necessaria, aut probabili causa, veluti studiorum causa, subveniri non tantum, si quid amiserint usucapione, sed & si quid lucrati non sint, quod scilicet lucrari poterant sine damno alterius. Quædam vero lucra obveniunt cum damno alterius, ut acquisitiones, quæ fiunt per usucapionem. Est enim usucapio lucrosa ei, qui usucepit, damnosa vero, & detrimentosa ei, cujus res usucapta est, l. 19. hoc tit. quæ sequitur. Admissa tamen usucapio est propter commune bonum, ut sit aliquis terminus, aliquis finis sollicitudinis, & periculi litium, l. ult. inf. pro suo. Ad lucra hujusmodi, quæ cum alieno damno obveniunt, cum alieno detrimento, hoc edicto non restituntur. Ad lucra hujusmodi hoc edicto non datur restitutio majoribus 25. annis, puta quod propter suam absentiam, vel captivitatem non impleverint cœptam usucapionem, non restituntur, ut eam scilicet usucapionem medio tempore implevisse videantur, licet non impleverint. Et hoc est, quod ait Paulus in h. l. 18. majoribus ex hoc edicto subveniri in damnis amittendæ rei suæ, aut lucri amittendi, quod eis obveniebat, sine alieno detrimento, non etiam in damnis amittendi lucri, quod eis obveniebat cum alieno detrimento. Non, inquit, cum & lucri faciendi causa ex alterius poena, vel damno auxilium sibi impetrari de-

siderant. Recte, poena, vel damno, quia ex edicto restituntur actiones, quæ rem persequuntur, sine alterius detrimento, non actiones (quod maxime notandum) quæ poenam, vel ultionem persequuntur: non etiam, quæ rem persequuntur, cum alterius detrimento: quæ definito est elegantissima.

Ad L. XXII. eod. *Ergo sciendum est, non aliter hoc edictum locum habere, quam si amici ejus interrogati fuerint, an defendant: aut si nemo sit, qui interrogari potest. Ita enim absens defendi non videtur, si actor ultro interpellat, nec quisquam defensionem se offerat, eaque testatione complecti oportet.*

Ad §. Sicut igitur damno eos adfici non vult, ita lucrum facere non patitur.

Ad §. Quod edictum etiam ad furiosos, & insantes, & civitates pertinere Labeo ait.

Sequitur l. 22. Sciendum est, ex hoc edicto non tantum absentibus subveniri adversus præsentem, si quid per justam absentiam suam amiserint, aut lucrati non fuerint, quod ad præsentem pervenerint, sed etiam hoc edicto subveniri præsentibus adversus absentes, si absentes rem præsentium, quam ante absentiam bona fide possidere cœperant, tempore absentia, dum non est, qui eos defendat, quique eorum nomine interpellari possit, usuceperint, vel si quid dum absunt illi, alter præsens non utendo amiserint, cum absens non defenderetur, veluti si amiserint usumfructum, qui amittitur non utendo intra certum tempus, vel etiam, inquam, si qua absentes temporali actione liberati sint, dum non est qui eorum nomine iudicium accipere, & rem defendere velit. Prætor enim, ut ait hæc lex, sicut absentes damno affici non vult, ita lucrum facere non patitur cum alieno detrimento, videlicet si quod nullus eis defensor esset, quid alter propter eorum absentiam amiserint. At si absentibus defensor fuerit, præsentibus adversus eos non competit auxilium restitutionis, quia imputare sibi debet actor, cur defensorem absentis non convenerit, qui nomine absentis iudicium accipere non detrectavit. Defensor absenti esse videtur non tantum, si procuratorem domi reliquerit cum generali mandato, & ad agendum, & ad defendendum, verum etiam, si quis ultro se ingerat, sine mandato, & offerat se ejus defensionis. Item si quis ultro requisitus ab actore nunquid velit absentem defendere, non recuset eum defendere, ut l. prox. §. ult. sup. Sane ut Paulus ait in l. 22. actor, cui in absentem competit actio, amicos absentis ultro interrogare debet, an eum absentem defendant. M. Tull. pro Quintio: *Non debeo, inquit, statim à prætoribus postulare, ut bona absentis debitoris mihi possideri liceat, sed primum expectare, deinde si lassare, aut diutius iudicari videatur, amicos convenire, querere quis procurator sit, domum denuntiare.* Et Ulpianus in l. 5. §. 1. quib. ex caus. in possess. eatur. Priusquam eatur in possessionem bonorum pupilli, vel absentis, requirendos esse cognatos, vel affines, vel amicos absentis, quos verisimile sit non omisso defensionem. Quid si nemo velit absentis defensionem suscipere, vel si nemo existat, qui interrogari possit absentis amicus, id debet actor testatione complecti, id est, convocatis testibus, id debet in scriptum redigere, se neminem absentis defensorem invenisse, cum quo experiretur; atque ita re gesta adversus absentem, si petat restitutionem in integrum, is, qui fuit præsens semper audiendus erit. Addit Paulus in fine hujus legis, hoc edicto subveniri non tantum absentibus, & adversus absentes, sed etiam furiosis infantibus, civitatibus, & adversus furiosos indefensos, & insantes indefensos, & civitates indefensas. Furiosi per omnia, & in omnibus absentium loco habentur, l. 2. §. pen. de jure codic. & furiosis insantes proximi sunt, l. 1. §. pen. de oblig. & act. Civitates etiam loco minorum habentur, l. pen. C. ex quib. caus. in poss. eat. l. pen. C. de jure reip. lib. 11. l. 1. C. de officio ejus, qui vicem, l. 6. C. ne de statu desunt. l. 9. inf. de appellat. l. qui solidum 78. §. 1. de leg. 2. l. 1. §. ult. quod cujusque univers. Ad hæc sciendum est, hoc etiam edicto restitutionem in integrum dari adversus eos, qui cum essent præsentem, & secum agendi potestatem non facerent, aut

aut judicem corruissent, ut ne jus diceret, ne præberet audentiam, atque ita ut eluderent actorem, si nec habuerint defensorem, adversus, inquam, eos, qui cum essent præsentibus, & secum agendi potestatem non facerent, nec defenderentur, vel ut dixi, judicem corruerunt, ut in l. 26. §. *item per magistr. hoc tit.* rem alienam ita usuceperint, vel actione aliqua soluti fuerint ob id, quod trahendo iudicium & procrastinando, dies ejus actionis exierit, quæ erat temporalis, cum non faciunt potestatem agendi secum. Itemque dari restitutionem in integrum adversus eos, qui se conveniri quidem patiuntur, & potestatem sui faciunt in publico, sed quo minus lis cum eis contestetur, morantur, frustrantur, diem ex die trahunt, ut interim dies actionis præterlabatur, & ipsi tempore liberentur. Etiam adversus tergiversatores ejusmodi datur restitutio in integrum, si prolactaverint, & protraxerint actorem in extremum diem actionis, quod Paulus tradit in l. 24. *eodem tit.* Et hoc est apertissimum, jamque habemus quatuor leges. Et restat tantum §. quæ est 30. ejusdem tit.

Ad L. XXX. eod. Cum miles, qui usucapiebat, decesserit; & heres impleverit usucapionem: æquum est rescindi quod postea usucapum est; ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint: quia possessio defuncti, quasi juncta descendit ad heredem, & plerumque nondum hereditate adita, completur.

Ad §. Si is, qui reipub. causa absuit, usucepit, & post usucapionem alienaverit rem; restitutio facienda erit: & licet sine dolo absuerit, & usuceperit, lucro ejus occurrere oportet. Item ex reliquis omnibus causis restitutio facienda erit; veluti si adversus eum pronuntiatum sit.

HÆc lex pertinet ad eam partem edicti, qua restitutio in integrum datur adversus eos, qui sine dolo malo absunt reipub. causa, & qui dum absunt, cum non defenderentur, de bonis alicujus aliquid usuceperint, forte rem mobilem, quam peregre secum tulerant. Quam restitutionem in integrum dari etiam adversus heredes eorum Paulus ait, ut coeptam usucapionem à milite, quem certissimum est haberi pro absente reipubl. causa, etiam si in urbe militet, l. 7. h. t. l. 15. §. *legis, ad leg. Jul. de adult.* Si igitur coeptam usucapionem à milite heres ejus impleverit (ad quam speciem pertinet etiam verbum *postulare*, quod in edicto fuisse sup. comprobavi, l. 16. §. *ult.*) heres succedit in usucapionem bona fide coeptam à defuncto, licet ipse sciat rem esse alienam, quia superveniens mala fides non interrumpit usucapionem, l. *heres ejus, de usurp. & usucap.* Heres igitur complet usucapionem coeptam à defuncto: imo, & deliberante herede, nec dum adeunte hereditatem, hereditas ipsa jacens (quæ passim dicitur in jure personam defuncti sustinere) coeptam à defuncto usucapionem complet, id est, suo Marte impletur usucapio, nemine possidente, l. *coeptam, l. iusto §. nondum, l. nunquam, §. vacuum, eod. tit.* quia, inquit Paulus, possessio defuncti, quasi juncta descendit ad heredem, & plerumque nondum adita hereditate completur. Ubi possessio, id est, usucapio, ut in l. 19. *hoc tit.* ubi & Græci possessionem interpretantur *δραστηριαν*, id est, per usum domini acquisitionem. Et hic quoque, quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, id est, usucapio, errant valde DD. qui in hac l. 30. possessionem accipiunt pro detentione, sive usu rei, qui in facto consistit, cum accipiatur pro usucapione, quæ in jure consistit; qui tamen hodie error plane abiit in mores, & absque dubio ex eo factum est, ut receptum sit, possessionem rerum hereditariarum (quæ est facti) ab ipso defuncto protinus, & ipso jure ad heredes transire, nec opus esse ad eam acquirendam facto, & apprehensione heredis. Unde vox illa de via collecta, *le mort saisit le vif*, quæ ducitur ex prava interpretatione horum verborum, quia possessio defuncti, quasi juncta descendit ad heredem, ubi tamen possessio non est *saisine*, ut vocant, sed usucapio. Et plane falsum est, heredem acquirere possessionem rerum hereditariarum ipso jure, quia sive sit heres suus, sive extraneus, non acquirit eam, antequam apprehen-

derit res hereditarias, l. *eum heredes, in princ. de acqu. poss.* Iis vero rationibus efficit Paulus in l. 30. etiam adversus heredem absentis reipub. causa, qui ab eo coeptam usucapionem implevit, restitutionem faciendam esse, quamvis heres ipse præfens fuerit, non absens reipub. causa, ne alioqui, quod etiam Paulum addidisse constat ex l. 120. *de regul. jur.* quæ est ex eod. libro, & omnino conjungenda est cum hac l. 30. Ne, inquam, alioquin plus commodi absens heredi suo relinquat, quam ipse habuerit. Atqui si ipse impleset usucapionem, restitutio adversus eum facta fuisset. Et fieri igitur debet adversus heredem ejus, si heres ejus eam impleverit. Hæc est propria species suprascriptæ regulæ. Addit Paulus in hac l. 30. restitutionem in integrum, quæ adversus absentes reipub. causa, si modo absuerint sine dolo malo uti oportet, qui cum non defenderentur, rem alienam usuceperunt, datur, dari quandoque non in eorum personam, sed in rem, puta si post usucapionem eam rem alienaverint, dari scilicet adversus possessorem rei, adversus emptorem, salvo ei regressu adversus auctorem suum, ut l. 15. *sup. de minor.* quod est apertissimum. Sed obscurissimum, quod sequitur statim, nec ab Accursio intellectum. Item, inquit, ex omnibus reliquis causis restitutio facienda erit; veluti si adversus eum pronuntiatum sit. Hunc locum reddam facillimum, adversus absentem, scilicet, ex reliquis omnibus causis, id est, non solum, si absens rem præfens usuceperit, de qua causa egit supra, sed etiam ex reliquis causis, puta si quid per absentiam ejus alter non utendo amiserit: vel si dies actionis, quæ adversus absentem competeat, exierit, cum absens non defenderetur, & restitutio facienda erit in rem, ut puta si restitutione petita adversus absentem, post reditum absens condemnatus fuerit, & solvendo non sit, hoc est supplendum, tum adversus possessorem rei restitutio facienda erit. Et ita hic locus explicandus. Ad hoc edictum pertinet etiam l. 8. *de usurp. & usuc.*

Ad L. VIII. de Usurp. & usuc. *Labeo, & Neratius responderunt, ea, quæ servi peculiariter nati sunt, usucapi posse, quia hæc etiam ignorantes domini usucapiunt. Idem Julianus scribit.*

Ad §. Sed eum, qui suo nomine nihil usucapere potest, ne per servum quidem posse, *Pædus scribit.*

NON ut adversus absentes reipub. causa, vel qua alia justa causa, si quid alienum usuceperint, datur restitutio in integrum, ita etiam dabitur adversus captivos, qui sunt in potestate hostium, si quid usuceperint. Non hoc dicimus, quia captivi nihil usucapere possunt. Imo captivitate, quæ coepta fuit ante, usucapio interrumpitur, l. 19. l. 23. §. *is autem, ex quibus caus. maj.* Quin & servi captivorum in civitate relictæ, nihil captivorum dominorum suorum nomine usucapere possunt. Et hoc est, quod ait d. l. 8. cum, qui suo nomine nihil usucapere potest, veluti captivum, nec per servum quidem possidentem nomine domini, posse usucapere: nomine domini, inquam, nam peculiari nomine, puta ex re, ex causa peculiari, jure singulari receptum est, & perpetuo, servum ejus, qui est apud hostes usucapere posse etiam ignorante domino, l. *si is, qui pro empt. hoc tit. l. peregre, §. questum, de acq. poss.* Et ideo dominus reversus postlim. ab hostibus rem, quam interim servus nactus est ex causa peculiari, & usucepit, per servum usucepisse intelligitur, & adversus usucapionem in personam ejus, qui rediit postliminio, si quamdiu fuit apud hostes, nullus ei in civitate defensor extiterit, nam hoc semper exigitur, præsentibus dari potest restitutio in integrum, d. l. 23. §. *bi plane.* Et ita omnino lex illa 8. est accommodanda ad edictum, ex quib. *caus. maj.*

Ad L. II. Quod fals. tut. auct. Si id (inquit) actor ignoraverit. *Labeo: & si dictum sit, & bona fide non crediderit.*

PAULUS tractavit jam supra de restitut. in integ. quæ datur majoribus 25. annis ex edicto de alien. jud. *mut. cau.*

cau. f. & de ea, quæ iisdem datur ex generali edicto, quib. A
ex caus. majores. Nunc tractaturus est de ea, quæ iisdem
 etiam datur ex edicto, quod fals. tut. auct. gestum esse dicitur.
 Ex hoc edicto restituuntur in integrum majores 25. annis,
 qui contraxerunt, vel qui iudicio experti sunt cum pupillo
 falso tutore auctore, quod iudicium, gestumve non valet,
 quia abest veri, & legitimi tutoris auctoritas (vid. si igno-
 rarint eum esse falsum tutorem, crediderint esse verum.)
 & ob eam rem in captionem inciderint, quæ non potest
 non esse magna, cum nec contractus valeat, nec iudicium,
 quo actum est cum pupillo falso tutore auctore. Restituuntur
 autem in integrum data actione in factum, quanti eorum
 interest adversus falsum tutorem, qui dolo malo pupillo
 contrahente, aut litigante (quod genus est quasi contractus)
 auctoritatem suam accommodavit quasi tutor, & adversus eum
 quoque eodem exemplo, cujus dolo malo factum est, ut alius
 imprudens, & ignorans quasi tutor auctor pupillo fieret,
 ut l. 9. in princip. quod fals. tut. auct. Non datur actio in
 pupillum, cui falsus tutor auctor fuit gerendi aliquid, quod
 tamen miror Accursium in hoc tit. sæpissime affirmare: sed
 datur hæc actio restitutiva in factum adversus falsum tutorem,
 ut aperte expressum est in l. 7. hoc tit. Nec turbat lex 10. hoc tit. quæ ait, majorem
 25. annis, qui egit cum pupillo falso tut. auctore, atque
 ita nihil egit, quia iudicium irritum est, & interim tempore
 amisit actionem suam, vel usucapione dominium rei suæ,
 de qua litem instituerat adversus pupillum falso tutore auctore,
 eum, inquam, omnia incommoda sustinere, perinde ac si illo
 tempore vero tutore auctore egisset, id est, amittere dominium
 rei suæ, amittere actionem. Sane ita est. Sed suppleendum
 est ad illam l. & ideo, quia ea incommoda sustinet, in falsum
 tutorem ei dari actionem restitutoriam ex hoc edicto, ut scilicet
 ei restitatur actio, aut res amissa, vel quanti ea res est. Præter
 exigit in hoc edicto, ut qui hæc actione agit, ignorarit falsum
 tutorem fuisse. Nam scienti non infertur dolus, sed sciens ipse
 sibi infert dolum, id est, seipsum decipit, ut ait l. 1. §. ult. hoc
 tit. Et ideo restitutioni locus non est, sicut neo cum quis sibi
 ipse metum infert, l. 21. in princip. quod metus causa. Et ad
 hæc addit Paulus in l. 2. ex Labeone, ignorantis loco esse eum,
 cui dictum est falsum tutorem esse, qui contrahenti pupillo
 auctoritatem præstabat, si id dicenti fidem non adhibuerit: si,
 inquit, bona fide non crediderit. Quid audio? quidve lego?
 bonam fidem esse non habere alteri fidem: bonam fidem
 non credere alteri verum denuntianti? Sane ita est, nempe
 quia dolo caret qui non credit denuntianti, falsum tutorem
 esse, & qui non ideo minus illo tutore auctore rem cum
 pupillo gerit. Incredulitas illa caret dolo. Ergo bona fides
 est. Exclusio unius contrarii est positio alterius. Bona fides
 est contraria dolo, l. 3. in fin. pro socio. Porro ex hoc edicto
 restitutio in integrum, sive quod idem est, restitutiva actio in
 factum datur majoribus 25. annis, ut initio dixi, qui per
 ignorantiam in captionem inducti sunt: non is, qui sciverunt
 falsum tutorem esse, quo auctore cum pupillo contrahebant,
 aut iudicium exercebant. Majoribus, inquam, nam minores
 25. annis, etiam si sciverint falsum tutorem esse, in integrum
 restituuntur, l. 4. hoc tit. non ex hoc edicto, ut ibi Accursius
 comminiscitur, sed ex generali edicto, quod est de minoribus
 25. ann. argumento l. quidam, de dolo malo, quæ ostendit,
 minores circumscriptos non restitui ex edicto de dolo malo,
 ut majores, sed ex proprio, & generali edicto, quod est de
 minoribus 25. annis. Et hic eadem intervenit ratio. Minores
 dico 25. annis, majores vero 12. scilicet scæminas, aut 14.
 mares. Nam pupillus nihil scire intelligitur, lult. rem pup.
 salv. fore. lult. de jur. & fact. ignor. l. 90. in fin. de furt.
 Et ideo pupillus non indiget restitutione in integrum, qui sine
 tutoris auctoritate contraxit cum alio pupillo, falso tutore
 auctore, quem sciebat esse falsum, quia ipse contractus ipso
 jure nullus est, quem sine tutoris sui auctoritate habuit cum
 alio pupillo falso tutore auctore, quem sciebat esse falsum,
 l. 3. hoc tit. Pupilli scientia computanda non est, ut Paulus
 ait initio legis 6. hujus tit. Quid autem dicemus, si
 pupillus contraxerit cum alio pupillo,

falso tutore auctore, quem verus tutor, quo auctore cum alio
 pupillo contraxit, sciebat esse falsum? Et Paulus ait d. l. 6.
 tutoris scientiam computandam esse. Igitur scientiam tutoris
 pupillo nocere: maxime, ut subjicit Paulus, si pupillo cautum
 sit idonea satisfactione rem pup. salv. fore, qua a tutore, vel
 fidejussoribus ejus, quanti sua interest ob eam rem, servare
 possit. Sed mox addit, melius esse, etiamsi pupillo cautum sit
 recte, & idonee, qui sciente tutore suo contraxit cum alio
 pupillo, falso tutore auctore: melius, inquam, esse pupillo
 rem suam, vel actionem tempore amissam restituere data
 actione in factum restitutiva ex hoc edicto adversus falsum
 tutorem, quam cautionis incertum eventum, aut satisfactionis
 incertæ eventum expectare, & ut loquitur l. qui ita, §. 1.
 ad Trebell. cautionis fragilitatem expectare. Quia, ut est in
 reg. jur. Minus est actionem habere, in personam scilicet,
 quam in rem. Et retro; melius est habere rem, quam actionem
 in personam. Quod & generaliter Julianus definit, teste
 Paulo, esse sequendum ubicumque circumscriptus pupillus
 esse dicitur, ut scilicet in rem restituatur potius, quam in
 personam. Bivium aut duplex via juris pupillo patet, puta
 ut vel in suum tutorem, qui sciebat tutorem ejus, cum quo
 contrahebat, esse falsum: aut in fidejussores tutoris sui,
 agat ex stipulatu, ex satisfactione rem pupilli salvam fore,
 vel ut agat in falsum tutorem actione in factum restitutiva
 ex hoc edicto: hoc bivium pupillo circumscripto patet, ut
 l. intra §. vendentibus, l. Imperatores, de minor. l. 3. & lult. C. si
 tutor. vel curat. Sed melius fecerit pupillus, tutorve, aut
 curator ejus, si hujus edicti restitutorii auxilium elegerit,
 ommissa actione ex cautione rem pup. salv. fore, propter
 cautionis hujus, & cujuscumque fragilitatem, & incertum
 eventum, quia sæpe evenit, ut qui actionem in personam
 eligit, rem perdat. Sæpe evenit scilicet, ut quæ ab initio
 fuit idonea cautio, postea fiat minus idonea everfo
 promissore suis facultatibus, & fidejussoribus ejus. Ubi
 autem pupillo cautum non est, vel quia omnino cautum non
 est, vel quia fidejussores rem pup. salv. fore lapsi sunt
 facultatibus, vel quia ab initio vitiose cautum est, tunc
 pupillo auxilium hujus edicti maxime necessarium est, quia
 inanis est actio in personam, aut nulla. Et hoc loco
 proxime hanc l. 6. ut opinor, addidit Paulus, quod est in
 cod. lib. in l. 6. qui satisf. cog. cautum non videri,
 pupillo scilicet quotiens vitiose cautum est, puta stipulatione
 non rite concepta, vel muliere adhibita ad fidejumbendum.
 Proprie igitur ea l. 6. pertinet ad cautionem rem pupilli
 salvam fore, sed accommodari etiam potest ad cautionem
 iudicio fitti, de qua in illo titulo, & ad cautionem
 judicatum solvi, & ad quamcumque aliam cautionem; ut
 quotiens, ut Græci illo loco interpretantur, ἐπιληψίμος,
 hoc est reprehensibilis, sive vitiosa cautio, nec data videatur.

Ad L. VIII. Quod fals. tut. auct. Et ideo si nihil, aut non totum
 servatum sit: in reliquos non denegandam in id, quod deest,
 Sabinus scribit.

DE hac actione restitutiva postremo tradidit Paulus, quod est in
 l. 8. hoc tit. Si plures erant falsi tutores, qui auctores fuerint
 pupillo contrahenti, vel iudicium accipienti, aut dictanti,
 ignorante eo, qui cum pupillo rem gerebat, falsos eos
 tutores esse, quod semper exigitur, & unus ex eis falsis
 tutoribus conventus hac actione, actori id quod interest
 præstiterit, quia desiit actoris interesse, & hæc actio
 persequitur tantum id, quod interest, non pœnam, l. 7. §.
 quod ait, hoc tit. adversus cæteros falsos tutores hæc actio
 perimitur, aut in id tantum datur, quod minus ab illo,
 qui conventus est solus, exactum est. Si nihil exactum sit,
 cæteri non liberantur; si pars exacta sit, in residuum
 tantum cæteri tenentur hac actione. Si totum exactum sit,
 cæteri prorsus liberantur, quia hæc actio rem persequitur,
 non pœnam. Quod eadem ratione servatur etiam in
 actione restitutiva ex edicto, quod metus causa, si plures
 metum intulerint, l. 14. §. ult. & l. 15. quod met. causa:
 & ex edicto de dolo malo, si plures dolo fecerint, l. si
 plures, de dolo. Et nihil habemus præterea ex Paulo de
 actione restitutiva ex hoc edicto, quod fals. tut. auct.

Ad

Ad L.VIII. de Rei vind. Pomponius lib. trigesimo sexto probat: si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu, & Lucius Titius possideatis: non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed à Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio & à te, & à Titio partes fundi petere me debere: Quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: & ideo te quoque à Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest.

Restat tantum adhuc ex hoc lib. l.8. de rei vind. quæ pertinere videtur ad restitutionem in integrum, quæ datur ex edicto de alien. jud. mut. caus. adversus eum, qui rem, quam possidebat, dolo malo alienavit jud. mutandi causa, nisi ultro paratus sit pati actionem in rem, perinde ac si rem possideret, & sufferre litis æstimationem, l.3. §. ult. de alien. jud. quam actionem in rem, quatenus pati debeant Lucius, & Cajus, qui fundum ex æquis partibus mihi cum Cajo communem possident, dolo malo possidere desierunt, hæc l.8. declarat. Finge: L. Titius eum fundum possidet pro semisse, aut possidere intelligitur, quia dolo desit possidere, Cajo, cum quo illum communem fundum habeo, non L. Titius, eum fundum possidet pro altero semisse. Queritur, quatenus cum L. Titio in rem actione agere debeam, quatenusve L. Titius pati debeat actionem in rem evitandæ actionis in factum causa ex edicto de alie. jud. & quatenus Cajo? Et ex Pomponio ita Paulus distinguit in d. l.8. aut pro indiviso L. & Cajo eum fundum possident, qui mihi est communis cum Cajo, aut pro diviso. Si pro indiviso, videntur quidem stricto jure singuli me agente pati debere quadrantis vindicationem, ut duos quadrantes feram, id est, semissem. Cajo autem, cum quo communem fundum habeo, mox alterum quadrantem à L. Titio petere posse, ut & ipse Cajo habeat integrum alterum semissem, l.1. §. si ego, si pars hered. pet. Et ita ratio se habet stricto jure. Sed Pegasi sententia utilior est, quæ proponitur in d. §. si ego, ut scilicet ego nihil à Cajo petam, cum quo communem fundum habeo, sed ut à L. Titio potius integram partem petam, id est, integram dimidiam, quam is possidet. Et hoc si Lucius, & Cajo fundum possideant pro indiviso. Sed si pro diviso eum fundum possideant, nempe divisum certis regionibus, si Cajo unam certam regionem possideat, Titius alteram; tunc ab utrisque quadrantem petere debeo, aut utrique quadrantis petitionem pati debent, quia utriusque partis, utriusque regionis semis meus est. Cajo autem socio meo agente L. Titius pati debet residuæ partis vindicationem. Atque ita fit, ut ego à Titio feram dimidiam, socius meus ab eodem alteram dimidiam. Et additur in fine legis 8. superiori distinctioni Pomponii, utrum possideant pro indiviso, an pro diviso, locum quidem esse in fundo, sed non in re mobili, quia res mobilis, qua appellatione continentur animalia, quæ se ipsa movent: res, inquam, mobilis, vel se movens, non potest pro diviso possideri: Ergo in ea superior distinctio locum non habet: qui rem mobilem, vel se moventem dividit, perdit: navem dividere, inquit Cascellius Jurisconsultus apud Macrob. est perdere. Sic respondit ei, qui petebat navem dividi inter se, & alium: si divideris, inquit, perdes. Et similiter dividere animal est perdere. Nec quicquam valet argumentum, quod objicit Accursius in d. l.8. de arbore, quæ coaluit, quæ radices egit in confinio duorum agrorum, vel de tigno, quo binæ ædes contextæ sunt, ex l. arbor, D. communi divid. l. binas, de servit. urb. præd. Quia ea arbor, idve tignum, quatenus cohæret rebus immobilibus, proculdubio res immobilis esse dicitur, l. fundus 17. de aff. empt. Et ideo pro indiviso possideri intelligitur, id est, pro regione, sive pro modo regionis cujusque prædii. Non habet etiam superior distinctio Pomponii locum (ut idem Paulus scribit) in petitione hereditatis, quia hereditas pro diviso possideri non potest, sed possidetur à duobus, vel pluribus pro indiviso tantum, pro

A diviso nunquam, quia hereditas non est corpus, aut res hereditaria. Nobis hereditas est jus successionis, non corpus, non corpora hereditaria, non pecunia hereditaria: hereditas est jus, quod intellectu percipitur, non sensu. Corpus sensibus percipitur, puta visu, & tactu. Partes autem pro diviso sunt corporales: partes pro indiviso sunt incorporales, quæ solo intellectu percipiuntur, & abstrahuntur, sunt intellectuales. In has, quæ sunt intellectuales, & incorporales, jus, quodve juris est, quod in jure consistit, quod juris tantum intellectum habet, dividi potest: intellectu scilicet, non in illas partes, quæ corporales sunt: intellectus scilicet non potest dividi in partes corporeas.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES. SOLEMNES.

Ad L. XII. de Constitut. pec. Sed etsi decem debeantur, & decem, & Stichum constituat: potest dici, decem tantummodo nomine teneri.

Ad L. IV. de Recept. qui arbit. recep. Nam Magistratus superiores, aut pari imperio nullo modo possunt cogi, nec interest ante, an ipso magistratu arbitrium susceperint. Inferiores possunt cogi.

HOC Libro Paulus duo edicta interpretatus est, quorum unum est de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Alterum est, naut. caup. stab. ut recepta restituant. Utrumque de receptis, sed non in utroque tamen recepti, vel receptorum eadem significatio est. Et ad posterius quidem edictum pertinent ex hoc libro duæ leges, l. 4. naut. caup. & l. 42. loc. cæteræ omnes pertinent ad prius edictum, excepta l. 12. de constit. pec. quæ etiam falso huic lib. 13. adscribitur, & omnino reddenda est lib. 3. & conjungenda cum initio l. 17. de pact. Ubi Paulus eodem lib. 3. si tibi dederim mutua 10. & paciscar, qui mihi 20. debeas, docuit, non nasci obligationem ultra 10. quod re non contrahitur obligatio, nisi quatenus datum fit. Et mox eodem modo adjecit, quod est in l. 12. de constit. pecun. si quis cum deberet decem tantum, constituerit se soluturum decem, & Stichum, ex constituto ultra 10. obligationem non nasci, quia Stichus non fuit in obligatione. Et id solum recte constituimus nos soluturos, quod fuit in obligatione, non quod indebitum fuit. Debiti causam constitutum præcedere semper oportet. Ex edicto autem prætoris, quod prius Paulus exposuit in hoc lib. 13. ii, qui certa pecunia pœnæ nomine compromissa inter litigatores, si quis eorum sententiæ non staret: ii, inquam, qui auditorium receperunt, ut loquitur l. 41. de recept. id est, qui disceptandæ rei, de qua inter eos controversia erat, arbitrium receperunt, qui & inde recepti dicuntur, & ex compromisso litigatorum, quod vicissim alter alteri facit, etiam dicuntur iudices compromissarii, ii, inquam, ex hoc edicto coguntur officium implere, quod in se receperunt, id est, sententiam dicere. Coguntur, inquam, prætoris imperio, viribus imperii, veluti dictione multæ, vel retentione corporis, vel capione pignorum, ut l. 9. §. ult. ad leg. Jul. pecul. id est, capione census mobilis, quem & mox perdere, concidere, vel conscindere solebant. Pignora capta in causam judicati distrahebantur, ut ex pretio satisfaceret ei, secundum quem sententia dicta esset, l. à divo Pio, de re judic. l. 1. 2. 3. C. si in causam judicati pignus captum sit. Pignora autem capta vindicandi contempti magistratus gratia, cujus imperio quis non obtemperat, confringebantur, conscindebantur, vel scindebantur, ut M. Tullius 3. de orat. sub principium. An tu, inquit, qui omnem auctoritatem universi ordinis pro pignore putares, eamque in conspectu populi Rom. conscinderes, me iis pignoribus existimasti posse terreri? Et Tibullus: Quid faciam demens, cheu, mea pignora cedo. Cogere autem prætor ad sen.

sententiam dicendam potest arbitrum, qui arbitrium recepit, quasi ex recepto obligatum. Idemque de hujus generis recepto dici potest, quod de mandato recepto gendi alieni negotii, vel exercendæ litis alienæ, nimirum voluntatis esse hoc, vel illud officium in se recipere, necessitatis consummare, *l. in commodato, §. sicut, commod.* Quod etiam de arbitrio, vel arbitrio, ut loqui solent, recepto Ulpianus ait in *l. 3. §. 1. hoc tit.* videlicet ab initio liberum, & extra necessitatem jurisdictionis positum esse arbitrium recipere, id est, non imponi cuiquam à prætorè necessitatem recipiendi arbitrii. Quare maxime distat arbitrium à iudicio ordinario, quia invitum prætor iudicare jubet, quem fors iudicem fecerit, *l. ult. §. iudicandi, de mun. & honor. l. pen. de vacat. mun.* At invitum arbitrium recipere prætor neque jubet, neque cogit. Sed si quis sponte sua arbitrium receperit ex consensu, & compromisso litigantium, eum sane officio, quod ultro recepit, perfungi, & iudicare, vel sententiam dicere cogit. Recipere arbitrium, vel mandatum, est promittere, non ut solet, adhibita stipulatione, sed nudo sermone. Cajus in *l. si quis alicuius, §. qui suscepit, mand. qui*, inquit, *suscepit mandatum, deferere promissum officium non debet.* Idem dici potest de eo, qui suscepit arbitrium. Unde non is tantum obligatur, qui mandatum alterius recipit, verum etiam is, qui recepit arbitrium ex consensu litigatorum: sed ille mandatum explere cogitur per actionem, & formulam certam, id est, per actionem mandati. Hic vero, qui recepit arbitrium, non per formulam, sed extra ordinem à prætorè compellitur sententiam dicere, & quidem eo non spectato, cujus dignitatis sit, si modo pari, aut majore, quam prætor imperio præditus non sit, Sane consularis, id est, qui desit esse consul, arbitrium recipere, & si receperit, sententiam dicere compelli potest, quamvis summa sit ejus dignitas. Nam & post finitum consularis dignitas durat. Non tantum consularis, sed & consularis dignitas est. Magistratus etiam quicumque arbitrium recipere potest, sed non potest à prætorè cogi sententiam dicere, nisi qui minor sive inferior magistratus est, veluti ædilis curulis, aut quæstor. Potest, inquam, quicumque magistratus ex compromisso partium, arbitrium recipere cujuscumque rei, præterquam ejus, de qua iudex est, *l. 9. §. pen. hoc tit.* Ejus enim rei, de qua iudex est, arbitrium recipere non potest: sicut nec iudex quisquam specialis, id est, iudicis partes deponere, & arbitri suscipere non potest, quia iudicis munus publicum est, quod nemo subterfugere, aut sibi injunctum permutare, aut interpolare potest. Lege etiam Julia judiciaria (ut ait *d. l. 9. §. pen. & simul de alio capite l. Julia in l. cum lege, hoc tit.* fit mentio) hac, inquam, lege prohibetur iudex ea de re, cujus est iudex, in se compromitti jubere: quia in ejus potestate non est, ut munus sibi injunctum defugiat, vel deponat. Potest quidem, si spes, aut facultas videatur esse componendi negotii, officio iudicis paulisper dilato, communis amici, & quasi pacificatoris partes suscipere, aut suadere litigatoribus, ut inter se de negotio omni transigant, quæ tamen suasio iudicis iudicati auctoritatem non habet, ut eleganter ait *l. 7. C. de sens. & interlocut.* quia non ut iudex, vel arbiter compromissarius id suadet, sed ut communis amicus, ut interpret, & sequester pacis, ut arbiter honorarius. Cæterum ex iudicio facere arbitrium non potest, adhibito compromisso partium, quia partes sibi injunctas commutaret, quod non potest. At si, cujus rei magistratus iudex non erat, ejus arbitrium receperit, vel in ipso magistratu, vel antequam iniret magistratum, neque enim delato magistratu, & initio desit esse arbiter, eum prætor, si prætor inferior fuerit, puta ædilis, aut quæstor compellere potest ad sententiam dicendam; non autem si major, aut par fuerit imperio. Quod Paulus hoc libro primum exposuit in *l. 4. hoc tit.* non posse cogi, quod imperii verbum est, cujus majus, aut par imperium est, quia nec in majorem, nec in parem imperium habet: minor in majorem, vel par in parem imperium non habet. Ergo cum cogere non potest, *l. 3. §. ult. hoc tit. l. 13. §. pen. ad Senatuf. Treb. Consularum.* quidem cogere potest, quia jam nullum habet imperium: desit enim esse consul, sed dignitatem quandam retinet.

A At consulem cogere prætor non potest, consul enim est major magistratus, & qui majorem magistratum dicit, consulem dicit, auctore Festo, quanquam & prætor consulis collega diceretur. Plinius in laudatione Trajani Imperatoris: *Consul.* inquit, *pleraque ad prætores remittebat, atque ita, ut collegas vocares.* Vel igitur prætor non habet imperium in consulem, quia ejus est majus imperium, vel quia consulis est collega, & collega etiam in collegam non habet imperium. M. Tullius 9. ad Atticum epist. 9. *Consules, aut Prætores à prætoribus rogari non esse jus, quod majus imperium à minore rogari non sit jus: prætores autem cum ita rogentur, ut collegæ consultum sunt, quorum, inquit, est majus imperium.* Unde apud Gell. 13. cap. 14. ita verba Tuditani restituenda sunt: *quia imperium minus prætor, majus habet consul, & à minore imperio majus, aut à majore collega rogari jure non potest.* Prætor autem quamvis minus imperium habeat, consulis collega dicebatur, vel quod absentibus consulis consulare munus in urbe obiret: Mar. Tull. 10. epist. ad famil. *prætorum urbanum absentibus consulis more majorum consulare munus suslinere, & Plinius 14. Consules, inquit, aut si abierint, prætor urbanus supplicationes constituat.* Et Titus Livius, lib. 24. *Consulibus ab bellum profectis prætorum urbi præesse: vel etiam prætorum dici consulis collegam, quod non sit absurdum, ut in eadem jurisdictione, alter altero majus imperium habeat.* Quod maxime notandum, & probatur perspicue *l. iudicium, inf. de judic.* Exempli gratia, proconsul legato suo profecto majus imperium habet, & eadem tamen jurisdictione est, quam hic, & ille habet. Deinde proconsul in eadem jurisdictione legato suo majus imperium habet. Quod dixi paulo ante, absentibus consulis prætorum obijisse consulum munus, id ostendit etiam *l. 2. §. cumque Consules, de orig. jur.*

Ad Leg. VIII. de Recept. *Sed si ita compromissum sit, ut vel alterutrius sententia valeat, Titium cogendum.*

Nunc iis addamus tantum, quod est in *l. 8. hoc tit.* ex eodem Paulo. In servi hominis arbitrium litigatores compromittere non possunt, quia indignum est (hanc esse rationem opinor) liberis hominibus à servo imperari, servum hominem liberum jubere, aut vetare quicquam facere, aut non facere. Nam hæc verba *veto, & jubeo*, ut pleræque leges hoc titulo ostendunt, sunt verba arbitrorum, qui ex compromisso adeuntur. Ideoque si in Titium liberum hominem, & servum, compromissum sit, Titius non cogitur sententiam dicere, quia cum eo conjunctim recepit arbitrium, qui arbiter esse non potest. Ergo & propter eum, nec ipse potest esse arbiter, sed ut ait *l. 8.* si ita sit compromissum in liberum hominem, & servum, ut vel alterutrius sententia valeat, hoc est, non conjunctim, sed disjunctim, sive alternatim, tum liber homo cogitur sententiam dicere non adhibito servo.

Ad L. X. eod. *Vel alium arbitrum.*

Addamus etiam alium casum ex *l. 10. hoc tit.* quo arbiter non cogitur sententiam dicere, si litigatores sprete auctoritate ejus arbitri, in quem semel consenserant, ad alium arbitrum jerint, mox ad priorem redierint, quia æquum non est, ut prior arbiter rem inter eos disceptare cogatur, qui ei contumeliam hanc fecerunt, ut ait *l. 10.* ut eum spernerent, & ad alium irent. Unde colligere est, litigantes posse mutata sententia ab eo discedere, in quem consenserunt semel, posse omnes scilicet uno consensu. Cæterum si unus tantum ejuret arbitrum, incidet in pœnam compromissi.

Ad L. XII. eod. *Quo casu ad prætorum pertinebit in eo forsitan solo, ut si possit dies compromissi proferri, proferatur.*

EX *l. 12.* intelligimus, non cogi etiam arbitrum sententiam dicere, nisi ex utraque parte pœna compromissa sit, si qua pars ejus sententiæ non staret. *In vanum, inquit Manilius, labor is cedit, quem despiciit auris.* In vanum æque

æque cederet labor arbitri, quem partes, quæ eum adierunt, impune despiciere possint. Hæc est ratio, propter quam non cogitur arbiter sententiam dicere, qui sine compromisso sumptus est, quia inefficax ejus sententia est. Nemo cogitur id facere, cujus effectus nullus futurus est. Et eadem ratione compromissum à conditione vacuum esse oportet, purum esse oportet: Nam si sub conditione compromissa sit utrinque poena, si quis arbitri sententiæ non steterit, antequam conditio extiterit, arbiter non cogitur sententiam dicere, ne si ante dixerit, ea constitutur irrita, & inefficax, postea deficiente conditione compromissi, *l. 11. §. ult. sup. hoc tit.* Et addit Paulus in *l. 12. hoc casu*, cum compromissum sub conditione confectum est, ad prætoris officium hoc tantum pertinere, ut si dies compromissi proferri possit, proferatur, id est, ut cogat arbitrum diem compromissi proferre, non etiam, ut cogat sententiam dicere, antequam conditio compromissi extiterit. Dies autem compromissi proferri potest, si inter partes poena compromissa hoc actum sit, ut arbiter, quem susceperunt, sententiam diceret intra menses tres, verbi gratia. Potest sine die compromissum fieri, *l. 14. hoc tit.* sed plerumque dies ei opponitur, puta, ut arbiter litem finiat intra diem certum, intra menses tres. De eo autem die proferendo nonnunquam ita cavetur, ut si intra illum diem, intra tres menses arbiter sententiam dicere non possit, diem compromissi proferri jubeat in alios tres menses, verbi gratia, vel duos. Non potest sola conventio litigatorum diem compromissi proferre sine jussu arbitri, sed neque solus arbiter sine conventionem litigatorum, id est, nisi id litigatores ei nominatim permiserint, ut in *l. 32. §. dies, & §. ult. l. 33. l. 50. inf. hoc tit.* Prætor autem in specie proposita, si compromissa sit poena sub conditione, si navis ex Asia venerit, tot millia dari, nisi quis sententiæ arbitri steterit pendente conditione, tamen non possit arbitrum cogere, ut sententiam dicat, tamen cogere eum potest, ut diem compromissi producat, si proferri possit, & quando possit, jam dixi. *Cogere*, inquam. Quod verbum est frequens in hoc titulo, & multo majoris momenti, quam verbum jubere. Non ergo jubere tantum, sed etiam cogere, pignoribus captis, ut ante dixi, vel indicta multa, vel in corpus arbitri injecta manu. Jubere quodammodo est precarium verbum, vel optativum. Ut cum dicemus *jubeo te salvare*, & in *l. Aurelius, §. pen. de liberat. leg. Reddi jubeo*, fideicommissum est, non legatum. *Cogere*, semper est imperii verbum, *l. 3. §. ult. & l. 4. sup. hoc tit. l. à quo servus, de rei vind.* Et in Comœdia, *Jubeo, imo cogo, & impero.* Ideoque prætor, qui in judicem compromissarium imperium non habet, cogere eum, vel urgere ad sententiam non potest.

Ad L. XVI. eod. Et si qua alia incommoditas ei post arbitrium susceptum incidat. Sed in causa valetudinis, similibusve, causa cognita differre cogitur.

Ad §. Arbiter judicii sui nomine, quod publicum, aut privatum habet, excusatus esse debet à compromisso, utique si dies compromissi proferri non potest. Quod si potest: quare non cogat eum, cum potest proferre? quod sine ulla distinctione ipsius interdum futurum est. Si tamen uterque velit, eum sententiam dicere: an quamvis cautum non sit de die proferenda, non alias impetret, quia judicium habeat, ne cogatur, quam si consentias, denuo in se compromissi? hæc scilicet si dies exitura est.

Repetendum est ex *l. prox. sup.* in hoc edicto districtè quidem, & absque prætorem edicere, se eum, qui arbitrium receperit, sententiam dicere coacturum, non addere, se causa cognita coacturum, sed ut in edicto de in jus vocando, *l. 11. eod. tit. de in jus voc.* & in edicto de procur. *l. 8. §. ult. de proc.* tamen causa cognita res temperanda est, recepta arbitri excusatione. Nam & judicis dati, quo minus iudicio operam det, excusatio recipitur, ut si valetudo, quæ postea contigerit, vel sacerdotium, quod postea nactus est, ut cogatur semper interesse sacris, id ei munus remittit, *l. pen. de vacat. mun.* Et similiter arbitrio ex iusta causa remittitur necessitas causæ disceptandæ, & sententiæ

Tom. II. Post.

A dicendæ, ut si infamatus sit à litigatoribus, si contumelia quadam affectus sit ab eisdem, ut in *l. 11. in princ. hoc tit.* vel si inimicitia capitales inter eum & litigatores, vel alterum ex litigatoribus interceserint, vel si senium ætatis, vel valetudinem alleget, quæ post susceptum arbitrium supervenerint, vel si majore re sua distringatur, si necesse habeat longinquo proficisci rei suæ causa, adeundæ hereditatis causa, vel si munus aliquod reipub. peregre obiturus sit, veluti Sitonæ munus, id est, frumenti populo coemendi munus, vel ut Paulus addit in hac *l. 16.* si qua alia incommoditas ei incidat post arbitrium susceptum, ut si lingua ei abscissa sit. Verum ex iis causis omnibus excusationum, quædam in perpetuum excusant, ut inimicitia capitales, aut senium ætatis. Quædam ad tempus tantum, ut morbus temporarius, tertiana febris, quoniam, ex hac causa differre, non deferere susceptum officium arbiter debet: ex superioribus deferit, ex his differt tantum. Et differre Paulus ait, quod *12. tab. diffindere*, quum jubent iudicii diem diffindi: ex eadem causa, si iudex in morbum incidit, non solvi iudicium, sed diffindi, *l. quæsitum, de re judic. l. 2. §. si quis jud. si quis cautionib. l. iudex, de judic.* Item, si arbiter majore re sua distringatur, veluti iudicio publico, aut privato, in quo versetur periculum totius rei suæ familiaris, sane excusandus est, vel dum eo se negotio expediverit, vid. si compromissi dies proferri non possit, id est, si non cautum sit de die proferendo. Excepto uno casu, si, ut ait in fine hujus legis, cum dies exitura esset, id est, dies compromissi, sicut in *l. 13. §. ult. hoc tit.* Si cum dies igitur compromissi exitura esset, id est, si cum finiretur, ut ait *l. 21. §. Papiian. hoc tit.* cum instaret finis ejus, cum ex tribus mensibus, verbi gratia, qui arbitro præstituti erant ad pronuntiandum, supersessent tantum duo, vel tres dies, & forte ipse in mora fuisset, quo minus intra diem compromissi, intra tres menses causa finiretur, & nunc pene in ipso extremo hujus temporis litigatores velint die prolato in eum denuo compromittere: hoc casu non excusatur arbiter, eo quod iudicium habeat aliquod publicum, vel privatum, nisi denuo patiat in se compromitti, & secundum arbitrium recipiat. Et hoc si dies compromissi non potuit proferri. Quod si dies compromissi proferri potuit, prætor eum compellit, & cogit diem proferre, quia, inquit, Paulus, *sine ulla distinctione ipsius, interdum futurum est*, nempe die prolato: non ideo avocabitur à iudicio publico, vel privato, quo distinguitur. *Interdum* hoc loco, pro *interim*. Nihil est verius, sicut ex diverso, *interim*, pro *interdum* *l. 3. mand. l. pen. §. ult. de cond. & demonst.* Et apud Quintil. & apud Senecam passim, qui promiscue utuntur his articulis interdum, & interim. Sensus autem hic est: Ob diem compromissi prolato interim, dum is dies pendet, & largitur arbitro spatium exequendi sui iudicii privati, vel publici, ea re nullo modo distringi eum. Quod dicit eadem forma, qua Florus initio lib. 4. *distringere urbem incendiis*: quum qui scalis admotis ascensuri sunt muros, curant prius urbem distringi incendiis, ut dum eisdem restringendis incendiis dant operam, ipsi facilius murum expugnent. Et Livius 44. similiter, *populatione distringere copias regales*. Et ita hæc *l. 16.* explicanda est. Ex qua etiam notanda differentia est inter differre disceptationem, sive arbitrium, & diem compromissi proferre. Qui diem compromissi profert, etiam differt disceptationem: sed non contra, & qui differt disceptationem, diem compromissi profert. Nam etsi de die proferendo nihil cautum sit, ex causa differri causæ disceptatio potest: intra tamen compromissi diem, si dies compromisso adjecta fuerit, ut puta, si arbiter morbo sontoico impediatur, quod ostendit initio hujus legis, & ut in *l. 13. §. ult. sup.* si arbiter juret sibi de causa nondum liquere, ut in *l. Pomponius, de re judic.* Unde nascitur, quæ dicitur ampliatio, id est, dilatio negotii, quod præter Asconium Pædianum Carisius Sospiter explicat in hunc modum. *Judices*, inquit, *quotiescumque significant adhuc se audire velle, amplius dicebant, vel non liquere pronuntiabant, vel jurabant, & ita negotium differebatur.* Unde hodie, ampliare iudicium, differre. Quamobrem apud Zonaram quum scribit de reatu M. Manlii Capitolini tom. 2. *v. 1. r. 1. d. 1. 1. 1.*

M

rov

τὸν ψῆφον est differre, ampliare, in 12. tab. diffindere.

Ad L. XIX. eod. *Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad prætorem non pertinere, Labeo ait: dummodo dicat, quod ipsi videtur. Et ideo si se fuit in arbitrum compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium, nec cogendum sententiam dicere Julianus scribit libro quarto Digestorum.*

Ad §. Dicere autem sententiam existimamus eum, qui ea mente quid pronuntiat, ut secundum id discedere eos à tota controversia velit. Sed si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia: sed adhuc erit à prætore cogendus.

Ad §. Unde videndum erit, an mutare sententiam possit. Et alias quidem est agendum, si arbiter jussu dari, mox vetuit, utrum eo, quod jussit, an eo, quod vetuit, stare debeat. Et Sabinus quidem putavit posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat: ait, Sabinum non de ea sensisse sententia, quæ arbitrium finiat, sed de præparatione causæ: ut puta si jussit litigatores Calendis adesse; mox Idibus jubeat: nam mutare eum diem posse. Cæterum si condemnavit, vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare se sententiam non posse.

Sequitur, ad prætorem non pertinere, id est, prætori non esse curæ, aut officio prætoris non incumbere, qualem arbiter sententiam dicat: prætorem, ut Basilica habent, non *πολυπραγμονῶν* sententiam arbitri: quem locum Basilicon Zonaras citat in *can. 123*. Concilii Carthaginensis, quod est de arbitris compromissariis. Satis igitur esse si arbiter dicat, quod sui iudicii est in ea re, quod ipsi videtur, τὸ δόξαι. Et hoc distat maxime arbiter à iudice, quem prætor sortito dat, vel ex consensu litigatorum. Huic enim præscribit certam formulam judicandi, quam sequatur in judicando, *l. mortuo, de jud.* vel si forte inter litigatores convenerit, quid pronuntietur, non abs re est, iudicem ejusmodi sententiam proferre, de qua convenit inter litigatores, *l. 26. de re jud.* Arbitro autem nulla præscribitur formula. Imo si convenit inter litigatores de sententia certa, quam dicat, jam non est arbiter, cui non permittitur arbitrium. Quid enim est arbitrium? libera facultas dicendæ sententiæ, *litem 17. §. inde Pomponius, hoc tit.* Et hoc quoque discrimen confirmat Seneca 3. de benefic. meliorem, inquit, esse conditionem causæ bonæ, si ad iudicem, quam ad arbitrum mittatur: quia, inquit, illum formula includit, & certos, quos non excedat terminos, ponit: at hujus libera nullis adstricta vinculis religio, & detrahere aliquid potest, & adijcere, & sententiam suam non prout lex, vel justitia suadet, sed prout humanitas, aut misericordia impellit, & regit. Tunc autem, ut subjicit in hac *l. 19.* videtur arbiter sententiam dicere, quum definit totam controversiam: plenam esse oportet arbitri sententiam, ut & iudicis, *l. 9. C. de jud. l. 2. 3. C. Theod. de sent. ex peric.* D. Augustinus contra Donatistas collat. 3. *legibus iudices prohiberi semiplenam proferre sententiam.* Et ideo, quod etiam in hac *l.* ostenditur, si plures sint controversiæ, de quibus simul ex compromisso captus sit arbiter, æque de omnibus simul pronuntiare debet: alioqui non videtur sententiam dixisse, & adhuc cogi ad sententiam potest: sententia semiplena non est sententia. Et postremo addit, arbitrum mutare sententiam suam non posse, quia scilicet finem imposuit controversiæ, vel controversiis, per absolutionem, vel condemnationem rei: non posse mutare sententiam definitivam, quia officio suo perfunctus est: non posse eam corrigere, ut *l. seq.* quod & de iudice dicitur, *l. iudex posteaquam, de re jud.* etiam si male judicaverit, quia desinit esse iudex. Dices, male judicavit, dicam, *At judicavit.* Rursus dices, non debuit ita judicare, dicam, *at potuit.* Seneca sæpe in declamat. & controversiis: *Sæpe iudex, inquit, quam tulit de reo tabellam, revocare non potest: quæstor non mutat pronuntiationem suam.* Et Apulejus 1. Flor. *sententia semel lata, neque augeri littera una, neque minui potest.* Et hoc, ut dixi, si definitiva sententia fuerit. Sed si quid interloquendo, & præparando causam arbiter jusserit, aut vetuerit, sane id mutari potest, ut si jusserit (quo exemplo hic utitur) litigatores Calendis adesse,

A mox mutata opinione potest jubere Idibus adesse, non Calendis, quia hæc ejus interlocutio, jussum hoc ejus, sententia non est proprie. Et ita quoque prætor, aut iudex quicumque, quod jussit, vetuitve, non quod finivit contrario imperio mutare potest, *l. 14. de re judic. l. 16. de novi op. nuntiat. l. pen. de præst. stip. l. 1. §. ult. de quæstion.*

Ad L. XXII. eod. *Utique, nisi ejus interfuerit, tunc solvi.*

Quæstio legis vigesimæ secundæ repetenda est ex eo, quod proponitur in *l. superiore, §. ult.* Si arbiter pecuniam dari jusserit non adjecto die, quo daretur, quem tamen adijcere potuit: *l. prox. §. solutionis. sup.* sicut & iudex, *l. 4. §. si quis, de re judic.* intelligitur sententiæ ejus, qua pecuniam dari jussit; *Jubere*, est verbum commune sententiæ, & interlocutionis: intelligitur, inquam, sententiæ ejus, vel ejus jussu tacite inesse modicum tempus, quo pecunia solveretur, quod Ulpianus in *l. sup. §. ult.* refert ex Celso, & Africanus ex Servio in *l. trajectiæ, de oblig. & act.* Id scilicet tempus inesse intelligitur, quod plerumque post condemnationem rei ex *l. 12. tab.* indulgeri solet, quod est 30. dierum, & humanitatis gratia indulgeri debet ad conquirendam pecuniam, in *l. 16. in fi. de compensat.* ac modicum etiam tempus appellatur in *l. si debitori, de judic.* quod tempus, ubi præterierit, statim ab eo, qui pecuniam jussus est dare, nec dedit, compromissi pœna actione ex stipulatu peti potest, quia non paruit arbitro: nisi antequam secum ageretur ex stipulatu, pecuniam dederit, solverit, vel obtulerit adversario, qui causam obtinuit apud arbitrum. Hoc enim casu, quamvis obtulerit eam, post illud modicum temporis spatium, pœna non intelligitur esse commissa, neque ab eo peti potest. Denique oblatio illo tempore facta, eum absolvit pœna compromissi, quia non ex solo die tacito, antequam cum eo ageretur, moram fecisse intelligitur, sed ex litis contestatione demum, ut *l. ult. inf. hoc tit.* Quam ibi rectissime Accursius interpretatur, & hoc omne ex Celso Ulpianus refert in *l. sup. §. ult.* & ex eodem Celso in *l. seq. 23.* ostendit hac in re distinctionem adhibendam esse. Distinctio est magni momenti: simul atque quæstio omnis, aut arbiter aliquem intra certum diem pecuniam dare jussit, aut dumtaxat dare jussit, non adjecta die, intra quam daret: si intra certum diem dare jussit, & is, quem jussit dare, in mora fuerit, quo minus daret, intra eam diem statim die præterita, & antequam cum eo agatur pœnæ nomine, pœna compromissi committitur, nec ab ea liberatur, si postea pecuniam offerat, nisi eam adversarius acceperit, quam accipiendo satis ei fit, aut satis esse factum sibi demonstrat. Sola oblatio non liberat debitorem intra diem certum, pœna jam commissa semel, *diff. l. trajectiæ, l. si fundus, §. ult. de lege commiss.* Sed si dumtaxat arbiter dari jussit non adjecta die, qua daretur, & post illud modicum spatium, quod huic sententiæ, vel jussu tacite inesse intelligitur, pecuniam offerat is, qui jussus est eam dare, antequam cum eo pœnæ nomine ex stipulatu ageretur, à pœna liberatur, quia non intelligitur in mora solvendi fuisse ante litem cum eo contestatam ex stipulatione pœnali is, cui ad solvendum dies certa dicta non erat. Et hoc in *l. seq.* significatur his verbis, *contra ubi dumtaxat dare jussus est.* Quæ tamen verba sunt omissa in Basilicis, quia id jam satis ex eodem Celso idem Ulpianus supra retulerat in *l. prox. §. ult.* Summa totius rei hæc est, *multum interesse solutioni dies certa nominatim statuatur, an tacite insit.* Nam si nominatim facta post die pecuniæ oblatione, etiam si facta sit antequam ageretur ex stipulatione pœnali semel commissa, pœna non evanescit, immo peti potest, etiamsi nihil actoris inter sit, *l. 38. inf. h.* Sin vero dies tacite insit, post diem facta oblatione, & antequam ageretur ex stipulatione pœnali, pœna evanescit: præterquam, ut Paulus adjecit in *h. l. 22.* si adversarii interfuerit intra illud tempus, quod tacite inerat sententiæ arbitri, pecuniam solvi, id est, nisi aliquod incommodum senserit ob tardio rem ejus pecuniæ solutionem. Quo casu minus solvise intelligitur, qui tardius solvit, *l. 12. in fi. de verb. signif.*

Alio-

Alioquin si nihil interfit actoris, si nulla in ea re sit captio actoris, non intelligitur minus solvisse, qui debuit in diem tacitam, & post eam diem solvit. At si debuit in diem expressum sub pœna, ut ponimus, intelligitur minus solvisse, etiam si nihil actoris interfit. Et secundum hæc, quod ait l. 27. §. 1. *hoc tit.* si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit, & is vita decesserit antequam daret, pœnam non committit, si heres ejus paratus sit pecuniam offerre. Sic interpretamur, si modo heres offerat intra diem solutioni præstitutam, vel nulla die præstituta, si offerat, antequam pœna nomine agatur ex stipulatu. Quod autem dixi, eum, qui certa die iustus est dare, si per eum steterit quo minus daret intra eum diem, nec si post diem offerat, antequam cum eo actum sit ex stipulatione pœnali, eum pœna non liberari, quæ semel commissa est, ei nihil obstat l. *etsi post tres si quis cautionib.* quam objicit Accursius. Quia ut Julius ostendimus in l. 84. *de verb. obligat.* & ad Africanum in d. *lege trajectitiæ: lex etsi post tres* non loquitur de stipulatione in diem certam iudicio liti pœnali, sed de ea, quæ in quantum interest, quantive ea res est concipitur. Stipulatio pœnalis strictior, & severior, quam stipulatio quanti interest. Illa stipulatio pœnalis scilicet ex die certo, qui solutioni præstitutus est, statim committitur, sine interpellatione, nec debitori, per quem stetit, quo minus sua die solveret, postea solvendo, vel offerendo pecuniam debitam, antequam accipiatur ex stipulatu iudicium, eam evitare potest, etiam si stipulatoris nihil interfuerit sua die pecuniam solvi. Hæc vero stipulatio, quæ non in pœnam, sed in quantum interest concipitur, non committitur ante litis contestationem, & ideo integrum est debitori, antequam ex ea agatur, offerendo pecuniam se omnino liberare, nisi probetur stipulatoris interfuisse sua die pecuniam solvi, ut in d. *etsi post tres*. Et hæc quidem, quæ hæcenus dixi de hac quæstione, ita se habent, si litigatores compromissum fecerint, arbitrum sumpserint, & arbiter aliquem nominatim iusserit certa die pecuniam dare, & per eum mora fuerit, per eum steterit, quo minus daret, ut scilicet statim pœna committatur, nec ea liberetur postea offerendo pecuniam. Sed si per eum non steterit, de quo casu nondum dictum est, quo minus pecuniam daret intra statutum diem, sed per adversarium, qui sua die oblatam pecuniam accipere noluit absque iusta causa, & qui ideo in mora fuit accipiendæ pecuniæ, ipso jure pœna compromissa non committitur, l. *seq. sult. l. 40. in si. inf. hoc tit.* Verum ut Paulus addit in l. 24. si adversarius, qui fuit in mora accipiendæ pecuniæ, postea eam accipere paratus sit, & eam petat, nec ei detur, proculdubio pœna committitur, quia, inquit, qui dare iustus est, non ante fecerat, quod facere iustus erat, id est, non dederat pecuniam; & ut obtemperatum videatur arbitro, omnimodo pecuniam dare oportet, quia pecuniam dari iussit, si adversarius eam accipere velit. Et huic loco, hoc est huic legi 24. adnecti potest, quod idem Paulus scribit in l. 121. *de reg. jur.*

Ad L. CXXI. de Reg. jur. *Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet: non videtur facere id, quod iustus est.*

It; non videri quem facere, quod facere iustus est; puta non videri pecuniam dare, quam dare iustus est, qui alii eam dat, quam cui dare iustus est, vel qui aliam rem dat, vel offert pro pecunia; & videri eum quoque facere adversus ea, quæ facere iustus est, ut qui non dat pecuniam, quam dare iustus est. Nam & non facere, facere est. Hoc enim is, qui non facit, facit, ut facere nolit. Privatio actionis; actio est. Alioquin non est vera Stoicorum sententia, à quibus nostri Jurisconsulti imbuti sunt: omne peccatum esse actionem, quoniam quædam peccata in non faciendo consistunt, quæ tamen Grammatici delicta potius, quam peccata esse dicenda putant. Ac præterea si non facere, non est facere, in divisione stipulationum in eas, quæ in dando, & in eas, quæ in faciendo consistunt; l. 2. *de verb. oblig.* dicere posses, non contineri eas, quæ con-

Tom. II. Post.

sistunt in non faciendo, quod tamen est falsum. Dicere etiam posses non recte esse scriptum in §. *sed si uxor, Instit. de nuptiis*, rectius facere eum, qui abstinet à sponsa filii vel patris. Quid plura? Paulus ipse in l. *facere, de verbor. signif. facere oportere*, & hanc, inquit, lignificationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, & curare, ne fiat. Et in Comœdia Adelphorum: *Hæc si neque ego, neque tu fecimus, non fuit egestas facere nos: tu nunc tibi id laudi ducis, quod tum fecisti inopia*: ubi doctissimus Donatus eleganter, nota, inquit, fecisti, in eo, quod significat non fecisti. Porro pœna compromissi committitur, quum adversus compromissum quis fecit, l. 31. *in princ. de recept.* Et adversus compromissum facere videtur non tantum, qui facit quod facere non iussit arbiter, sed & qui non facit, quod facere iustus est, ut ait d. l. 121. Quia & una eademque opera, una fidelia facere, & non facere videtur. Unde si ita fuerit concepta stipulatio, si adversus sententiam arbitri factum fuerit, tot millia dari, stipulatio committitur non tantum, si quis fecerit, quod facere non debuerit, ut si petierit ab eo, à quo arbiter peti vetuit, l. 29. *eod. tit. de recept.* sed et si non fecerit, quod arbiter eum iussit facere, ut si non dederit pecuniam, quam dare iustus est: nam & hic fecisse videtur. Et retro si ita concepta stipulatio fuerit, si quod arbiter iusserit, factum non erit, tot millia dari, stipulatio committitur, non tantum si quis non fecerit quod facere debuit, sed et si fecerit quod facere non debuit. Nam & hic non fecisse videtur: etiam non facere, est facere, & retro etiam facere, est non facere. Denique si hoc illo modo concepta fuerit stipulatio, in eam incidit, & committit tam is, qui id facit, quod ab arbitro facere iustus non est, quam qui non facit, quod facere iustus est. Et ita est explicanda l. 121. in qua præter *ἐπιταγή*, quæ est ex eodem lib. vel verbum *iustus* satis aperte ostendit, eam pertinere ad quæstionem propositam de arbitris compromissariis.

Ad L. XXVI. eod. de Recept. *Ne in potestate sit fidejussorum postea se non obligantium, ut pœna committatur. Idem & si decesserint.*

Si litigatores compromissum fecerint, arbitrum sumpserint, qui litem discuteret intra diem certam, & si sententiæ ejus starent, pœnam compromiserint datis fidejussoribus, eidemque arbitro fecerint potestatem prorogandi, & proferendi diem, die prolato quasi aliud novum compromissum est, & fidejussores prioris compromissi non tenentur, nisi ultro in posteriore compromisso se obligarint. Cæterum si nolint se obligare etiam in posteriore compromisso, litigatores, quia non possunt minuere, aut mutare conditionem prioris compromissi, quæ talis fuit, ut ei adhiberentur fidejussores, in posterioris compromissi causam debent adhibere alios fidejussores, non ab similes fide, & facultatibus; & alios adhibere tam idoneos satis erit: nec enim coguntur eosdem adhibere. Alioquin, ut hoc loco Paulus ostendit, si eosdem adhiberi oportet, in potestate eorum esset recusando onus posterioris compromissi, ut pœna prioris compromissi committeretur, quasi non impleta fide, & conditione compromissi, puta non adhibitis iisdem fidejussoribus, quod tamen esset iniquum ponere, aut esse in potestate eorum. Et ideo, etiam si eosdem fidejussores non dederint in secundo compromisso, quod cœpit à prolatione diei, sed dederint alios non minus idoneos, litigatores pœnæ periculum evitabunt. Et similiter mortuis prioribus fidejussoribus alios adhibere debent. Item ut opinor, iisdem fidejussoribus ad inopiam redactis inopinatæ fortunæ impetu quodam, ut ait l. 4. *ut in poss. leg. l. 10. qui satisd. cog.* alios fidejussores in eorum locum substituere debent. Nec ultra produco sermonem istum, sed transco ad l. 28. eod.

Ad L. XXVIII. eod. *Non autem interest certa an incerta summa compromissa sit, ut puta quanti ea res erit.*

Certum est, arbitrum non cogi sententiam dicere, nisi pœnæ vinculum, id est, compromissum intervenerit,

l. 11. §. 1. hoc tit. vel ut est in edicto, nisi pecunia compromissa sit. Ubi pecunia verbum latius accipitur, non tantum pro nummis, sed & pro re qualibet; & non tantum pro certa summa, sed & pro incerta, ut si compromiserint quanti ea res est, id est, quanti interest ob id, quod non pareatur sententiæ arbitri. Incerta est summa ejus quod interest, & incerta stipulatio igitur quanti ea res est, l. 2. §. incertam, de præst. stipul. quia incerta est æstimatio ejus quod interest, & arbitraria, id est, posita in arbitrio judicantis, l. ult. de præst. stip. l. semper, §. in hoc interdicto, quod vi, aut clam. Nam quatenus interest, in facto potius, quam in jure consistit, ut est in regulis juris, l. quatenus, de reg. jur. Valet igitur compromissum ita factum, si quis arbitri sententiæ non steterit, quanti ea res erit dari, vel quanti ob eam rem actoris interest dari, vel intererit dari. Imo ut ostenditur in l. super. §. ult. & ita recte compromissum fit, si stipulati sint simpliciter, sententiæ arbitri stari promittis? promitto, quia huic stipulationi conceptæ simpliciter intelligitur inesse præstatio ejus, quod interest, l. ult. si quis in jus voc. l. pen. si qu. caution. jud. fist. & quod Petrus dicebat, hoc casu arbitrum non cogi sententiam dicere cum simpliciter conceperint stipulationem, Joannes ut cum Lucretio loquar, jure increpat, incilatque, quia pecunia promissa intelligitur, etiam si simpliciter concepta sit stipulatio, sententiæ arbitri stari, nullo alio addito adjuncto, pecunia, inquam, promissa intelligitur, non quidem certa, sed incerta, quod satis est: quia prætor in hoc edicto non pecuniam certam, sed pecuniam compromitti exigit, & pecuniam utique compromittit, qui incertam compromittit, hoc est in quantum intererit.

Ad L. XXX. eod. Si quis rem, de qua compromissum sit, in judicium deducat; quidam dicunt, prætorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere: quia jam pœna non potest esse, atque si solutum est compromissum. Sed si hoc obtinuerit: futurum est, ut in potestate ejus, quem pœnitet compromisisse, sit compromissum eludere. Ergo adversus eum pœna committenda est: lite apud judicem suo ordine peragenda.

SI unus ex litigatoribus facto compromisso, mox pœnitentia actus ab arbitro migret ad judicem ordinarium, & apud eum eadem de re litem contestetur, quidam dicebant, ut Paulus refert hoc loco, arbitrum à prætore cogi non posse ad sententiam dicendam: hac ratione, quia re in judicium deducta, solvitur compromissum, finem accipit compromissum, l. 32. §. summa, inf. hoc tit. Et hætenus quidem illi recta dicebant: nam verum est solvi compromissum, si vel unus ex litigatoribus ab arbitro jerit ad judicem. Verum est arbitrum non cogi sententiam dicere: sed verum non est, quod iidem illi inferebant, ex hac causa etiam pœnam compromissi non committi: Nam verius est, ex hac causa pœnam compromissi committi, etiam soluto compromisso. Sane si neglecto arbitro ambo ad judicem ordinarium jêrint, solvitur compromissum, deficit compromissum, nec pœna committitur, l. 10. in fi. hoc tit. At si unus tantum ex litigatoribus ad judicem jerit, & adversarium coegerit ad judicium accipiendum, solvitur quidem, deficitque compromissum, sed non etiam pœna non committitur, id est, imo pœna committitur. Alioqui esset in potestate unius ex litigatoribus, quem pœnitet compromisisse, eundo ad judicem, compromissum eludere: & ideo ex hac causa pœna committitur. Cæterum res peragitur apud judicem. Nam ubi acceptum est semel judicium, ibi & finem accipere debet, l. 30. de judic. lite, inquit, suo ordine apud judicem peragenda. Suo ordine. Quid hoc est? Utrum solemnium judiciorum ordine? An vero sua vice pro ratione temporis, quo lis in judicium introducta est? ut in l. pen. C. si pend. appellat. mors interv. quod magis est. Et videntur omnino hæc verba, lite apud judicem suo ordine peragenda, Tribonianum esse, cujus ætate cum extraordinaria omnia judicia essent, lites apud magistratus peragebantur servato ordine temporis, quo singulæ venissent in judicium, scilicet le roolle. Neque vero quicquam oppugnant definitionem hujus l. 30. leges, quas in contrarium adducit Accursius, quia non de pœna contumaciæ sunt,

A quæ extra rem, qua de agitur, exigitur, ut pœna compromissi, sed sunt de pœna, quæ in locum rei cedit, quæve in sortem imputatur, ut ait l. quod si ex stipulatione, pro soc. Hac pœna exacta, proculdubio cessat exactio sortis, nisi quid amplius in ea sit. Illa exacta, non consumitur aut minuitur exactio sortis. Nec hæc distinctio pœnæ Accursio incognita fuit, quæ est certissima.

Ad L. XXXII. eod. Non distinguemus in compromissis minor an major sit pœna, quam res, qua de agitur.

Ad §. Non cogetur arbiter sententiam dicere, si pœna commissa sit.

Ad §. Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem.

Ad §. Summa rei est, ut prætor se non interponat, sive initio nullum sit compromissum, sive sit, sed pendeat an ex eo pœna exigi potest, sive postea deficiat pœna compromisso soluto die, morte, acceptilatione, judicio, pacto.

Ad §. Sacerdotio obviente, videbimus an cogatur arbiter sententiam dicere: Id enim non tantum honori personarum, sed & majestati Dei indulgetur, cuius sacris vacare sacerdotes oportet. Ceterum si postea suscepit, iste quoque omnimodo sententiam ferre debet,

Ad §. Item non est cogendus, si de negotio transactum est, vel homo mortuus est, de quo erat compromissum: nisi si posteriore casu aliquid litigantium interfit.

Ad §. Julianus indistincte scribit: Si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est: vel de ea (re) de qua publicum judicium sit constitutum, veluti de adulteriis, sicariis, & similibus, vetare debet prætor sententiam dicere, nec dare dictæ executionem.

Ad §. De liberali causa compromisso facto, recte non compellitur arbiter sententiam dicere: quia favor libertatis est, ut majores judices habere debeat. Eadem dicenda sunt, sive de ingenuitate, sive de libertinitate quæstio sit: etsi ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur. Idem dicendum est in populari actione.

Ad §. Si servus compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec si dixerit, pœnæ executionem dandam de peculio putat Octavianus. Sed an, si liber cum eo compromiserit, executio adversus liberum detur, videamus: sed magis est, ut non detur.

Ad §. Item si quis Romæ compromiserit, mox Romam in legationem venerit, non est cogendus arbiter sententiam dicere: non magis, quam cogere, si litem ante contestatus esset, nunc eam exercere: nec interest, tunc quoque in legatione fuerit, an non. Sed si nunc in legatione compromittat, puto cogendum arbitrum sententiam dicere: quia & si judicium sponte accepisset, cogere, peragere. Sunt tamen, qui de isto non recte dubitant: qui utique nullo modo dubitabunt, si de ea re in legatione compromise, quam in legatione contraxit: quia & judicium eo nomine accipere cogere, illud in prima specie potest dispici: an si ante compromisit legatus, cogendus sit arbiter sententiam dicere, si ipse legatus postulet: quod prima ratione poterit videri iniquum, ut in ipsius potestate sit. Sed hoc tale erit, quale si actionem velit dicere: quod facere ei licet: sed compromissum istud comparabimus ordinariæ actioni, ut non alias audiatur desiderans ut arbiter sententiam dicat, quam si se defendat.

Ad §. Si is faciat controversiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat: futurum est præjudicium hereditati si arbiter sententiam dicat: ergo interea inhibendus est arbiter.

Ad §. Dies compromissi proferri potest, non cum ex conventionione, sed cum jussu arbitri eam proferri necesse est, ne pœna committatur.

Ad §. Si arbiter sese celare tentaverit, prætor eum investigare debet, & si diu non paruerit, multa adversus eum dicenda est.

Ad §. Cum in plures compromissum est ea conditione, ut quam quilibet, vel unus dixisset sententiam, ei staretur: absentibus ceteris, nihilominus, qui præsens est, cogatur. At si ea conditione, ut omnes dicant, vel quod de majoris partis sententia placuerit, non debet singulos separatim cogere: quia singulorum sententia ad pœnam non facit.

Ad §. Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste ap-

apparisset : testationibus etiam conventus , ne sententiam diceret , nihilominus nullo cogente dicere perseverasset : libello cuiusdam id querentis Imperator Antoninus subscripsit , posse eum uti doli mali exceptione : & idem cum a iudice consuleretur , apud quem pœna petebatur , rescripsit , etiam si appellari non potest , doli mali exceptionem in pœnæ petitione obstaturam . Per hanc ergo exceptionem quedam appellandi species est , cum liceat retractare de sententia arbitri .

Ad §. de Officio arbitri tractantibus sciendum est , omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum : nec enim aliud illi licebit , quam quod ibi , ut efficere possit , cautum est : non ergo quodlibet statuere arbiter poterit , nec in re qualibet : nisi de qua re compromissum est , & quatenus compromissum est .

Ad §. Quæsitum est de sententia dicenda : & dictum , non quamlibet : licet de quibusdam variatum sit : & puto , vere non committi , si dicat ad iudicem de hoc eundem , vel se , vel alium (in) se , vel in alium compromittendum . Nam & Iulianus , impune non pareri , si jubeat ad alium arbitrum ire , ne finis non sit : quod si hoc modo dixerit , ut arbitrio Publii Mævii fundus traderetur , aut satisfactio detur : parendum esse sententiæ , idem Pedius probat : ne propagentur arbitria , aut in alios interdum inimicos agentium transferantur ; sua sententia finem controversiæ eum imponere oportet : non autem finiri controversiam , cum aut differatur arbitrium , aut in alium transferatur , partemque sententiæ esse , quemadmodum satisfactio , quibus fidejussoribus : idque delegari non posse , nisi ad hoc compromissum sit , ut arbiter statueret , cuius arbitratu satisfactio daretur .

Ad §. Item si jubeat sibi alium conjungi , cum id in compromisso non sit , non dicit sententiam : nam sententia esse debet de re compromissa : de hoc autem compromissum non est .

Ad §. Si domini , qui invicem stipulati sunt , procuratores suos agere apud arbitrum velint : potest jubere , ipsos etiam adesse .

Ad §. Sed si & heredis in compromissis mentio sit : potest jubere etiam heredem eorum adesse .

Ad §. Arbitri officio continetur & quemadmodum detur vacua possessio . An & satis ratam rem habiturum ? Sextus Pedius putat : quod nullam rationem habet : nam si ratum non habeat dominus , committetur stipulatio .

Ad §. Arbiter nihil extra compromissum facere potest : & ideo necessarium est adjici de die compromissi proferenda : cæterum impune jubenti non parebitur .

Initio legis ostenditur , compromissum valere , & arbitrum cogi posse ad sententiam dicendam , non tantum , si pœna , quæ compromissa est , major sit , quam res principalis , qua de agitur , ut l. 38. inf. sed etsi minor sit , ut in l. 4. §. item quæritur , de doli except. si quis cum sibi sexcenta deberentur (ut vulgo legitur , 600. rectius , quam in Florentinis 60.) pœnæ nomine dumtaxat 100. stipulatus sit , ubi stipulatus verbum est commune , quod & activam , & passivam significationem recipit . Nam in arbitriis constipulatio est , & compromissio , id est , mutua stipulatio , mutuaque promissio , si quis arbitri sententiæ non steterit .

Ad §. Item quæritur L. IV. de Dol. except.

Sententia hujus §. maxime indiget interpretatione . Ea mihi videtur esse hujusmodi . Cum eo , qui revera mihi 600. debuit compromisi , & cum per errorem , cum de vera quantitate debiti certus non essem , & ille quoque ambigeret , pœnæ nomine , ni arbitri sententiæ staretur , stipulatus sum 100. & vicissim ille etiam stipulatus est centum , quæ summa quintuplo minor est , quam summa principalis . Summa pœnalis quintuplo minor est , quam summa principalis , quæ revera debetur . Valet quidem stipulatio ex utraque parte , valet compromissum , sed officio arbitri convenit jubere tantum dari , vel solvi mihi , quantum revera debetur , id est , 600. aut si jubeat minus dari , saltem non vetare , ne quod amplius est in obligatione petam . Ac si id quoque non vetuerit , quod amplius mihi revera debetur si petam , incido quidem in pœnam compromissi , quia non sum contentus eo , quod mihi arbiter dari jussit , sed tueri me possum exceptione doli mali , si a

me pœna petatur , nimirum hac exceptione , quod amplius petere vetitus non sum . Quod si diserte vetitus sum amplius petere , petere quidem amplius possum : sed hoc casu , quia contra vetitum feci , omnimodo pœnæ compromissi subjugar . Et hæc est sententia hujus §.

AD §. Non cogitur d. L. XXXII. Sequitur in hac l. 32. non cogi arbitrum sententiam dicere , si aliqua ex causa pœna semel commissa sit : vulgo , nisi pœna compromissa sit , quod est verum , arbitrum non cogi sententiam dicere , nisi pœna compromissa sit . Sed si legas hoc loco , ut Florent. habent , si pœna commissa sit , ut etiam habent Basilica *μετά τοῦ ἀεὶ ἀποδοῦναι τὴν ποινὴν* , post commissam pœnam etiam verissimum hoc est : nec fuit corrumpenda hæc sententia verissima cum illa , quam præ se fert vulgata scriptura , cum satis fuisset ante proposita in l. 11 sup. hoc tit. Legamus igitur , si pœna commissa sit , non cogi arbitrum sententiam dicere , quia pœna semel commissa aliqua ex causa , ex contumacia aliqua , solvitur omnimodo compromissum , & finitur officium arbitri , l. 34. §. ult. id est , non cogitur etiam arbiter sententiam dicere , ut subjicit , si scæmina alieno nomine compromittat , quasi defensor rei alienæ , quæ nihil ad se pertinet , quia hanc scæminæ intercessionem improbat Senatusconsultum Vellejanum . Et ideo non intelligitur pecunia compromissa , si scæmina , inquit , alieno nomine compromiserit , non erit pecunia compromissa . Retinet pecuniæ verbum , quod est in edicto , non pœnæ . Qui pecunia , inquit Prætor , compromissa arbitrium receperunt . Non est igitur pecunia compromissa , quia ab ea est compromissa , quæ non potuit compromittere , quæ non fuit idonea defensoris rei sive litis alienæ . Et mox ait , præterea se non interponere , id est , non urgere arbitrum ad sententiam dicendam , sive ab initio nullum sit pœnæ compromissum , ut in superiori specie de scæmina , quæ alieno nomine compromittit , quod compromissum nullum est , sive sit compromissum , sed pendeat , an ex eo pœna exigi possit , ut si sit conditionale compromissum : nam quamdiu pendet conditio , non cogitur arbiter sententiam dicere , l. 11 §. ult. sup. h. s. sive postea deficiat pœna , id est , si postea solvatur compromissum . Et docet variis modis dissolvi compromissum . Finitur morte unius ex litigatoribus , unius ex compromissoribus , quia in heredem non transit , nisi id cautum sit nominatum , l. 27. §. 1. hoc tit. Dissolvitur etiam compromissum die , sive tractu temporis , ut si certa dies arbitro præstituta sit , intra quam sententiam diceret , non data potestate proferendi diem . Die finito solvitur compromissum , finitur officio arbitri , l. 21. §. si intra , puta si pœna compromissa alteri acceptolata sit , l. 13. hoc tit. Item solvitur compromissum iudicio : puta si vel ambo , vel unus rem in iudicium deduxerit , ut l. 30. Item solvitur compromissum pacto , si paciscar , ne pœna compromissa , & forte commissa quandoque petatur . Nihil enim interest , an stipulatio ipso jure tollatur , veluti per acceptationem , an per exceptionem pacti . Item solvitur compromissum sacerdotio arbitri , si arbiter nactus sit sacerdotium videlicet , ut de iudice dato scriptum est in l. penult. de vacat. muner. si tale fuerit sacerdotium , ut à sacris discedere sine periculo non possit . Seneca primo de Tranquillitate : quosdam sacerdotia uno loco tenent . Et l. 2. de in jus voc. quosdam propter loci religionem inde se movere non posse . Arbiter si fiat magistratus , non solvitur compromissum , quia non semper magistratus reipub. operam dat , superest ei aliquid temporis ad sententiam dicendam ex compromisso , l. 4. sup. hoc tit. At is arbiter , cui obvenit sacerdotium tale , ut à sacris discedere non possit , ut sacro loco sacrificii perpetuo insidere ei necesse sit , proculdubio solvitur compromissum . Et hoc si ante sacerdotium susceperit arbitrium . Sed tamen si post sacerdotium susceperit arbitrium , omnimodo cogitur sententiam dicere etiam inter aras , quæ est sententia §. sacerdotio , hujus l. 32. Postremo solvitur etiam compromissum transactione , ut si partes inter se de re transegerint omisso arbitro , non expectata sententia arbitri . Itemque , si mortuus sit homo , vel servus , de quo erat controversia , si interierit res , de qua erat controversia , quia mortua re , moritur

ritur & lis, nisi, inquit, hoc casu aliquid litigantium interfit. A Nam extincta re, de qua agitur, quandoque superest controversia de fructibus rei, aut de partibus. Cujus disceptatio relinquenda est arbitro, L. utique, de rei vind.

AD §. Sacerdotio. Dixi in l. 32. variis ex causis solvi compromissum, & finiri officium arbitri, & inter ceteras, si arbitro sacerdotium obvenit, ita ut à sacris sine periculo discedere non possit, vel sine piaculo. Ad quam belle accommodari potest, quod scribit M. Tullius Philipp. 11. Tullium Crassum Consulem, & Pontificem maximum Valerio Flacco collega, & Flamini Martiali multam dixisse, si à sacris discessisset, & ad bellum cum Aristonico gerendum proficisceretur: & eam quidem multam populum Flacco remisisset, sed Pontifici Flaminem parere jusisset, hoc est jusuisse, ne Flamen à sacris discederet: & tamen ipse Crassus Pontifex maximus ad id bellum profectus est, quod antea nondum erat factum, ut Livius scribit 59. nimirum, quia Pontifex maximus non ita sacris inservit, & adstringitur, ut Flamen, & sacerdos.

AD §. Julianus. In hoc §. Paulus varias exponit causas, in quibus jure non sumitur arbiter, & quibus, si quis forte per errorem sumptus sit arbiter, à Prætorè vetatur sententiam dicere, & denegatur executio pœnæ. Ac primum quidem de famoso delicto, id est, de actione ex delicto famosa, veluti furti, aut injuriarum, aut vi bonorum raptorum, aut de dolo malo arbiter sumi non potest ex compromisso. Recte ex delicto: nam ex contractu, vel ex actione ex contractu famosa, veluti de societate, mandato, deposito, tutela, etiamsi in eo delictum versetur, arbiter sumi potest ex compromisso, & sententiam dicere cogitur, nec tamen ejus sententia irrogat infamiæ notam, quia nec per omnia sententia est, ut ait l. quid ergo, §. ex compromisso, de iis, qui notant. inf. id est, non eos omnes effectus habet sententia arbitri, quos habet sententia judicis ordinarii. Ex sententia arbitri non nascitur actio judicati, vel exceptio rei judicatæ, l. 2. sup. hoc tit. l. 1. C. eod. Paulus 5. sentent. tit. 5. Ex compromisso, inquit, sumptus judex rem judicatam non facit, sed si pœna inter eos promissa sit, pœna in judicium deducta ex stipulatu peti potest. Ex sententia autem judicis, quia judicio accepto quasi contrahitur, nascitur actio judicati, & exceptio rei judicatæ. Item sententia arbitri condemnato non parat actionem de evictione adversus auctorem suum, l. si dictum, §. 1. de evictio. Et sententia tamen judicis hanc ei præparat actionem, l. si servus, judic. solvi. Et, ut initio dixi, sententia judicis irrogat infamiæ, si causa fuerit famosa, non etiam sententia arbitri. Sententia igitur arbitri non est per omnia sententia. Arbiter autem recte sumitur de causa famosa, si ex contractu proficiscatur, veluti societate, aut mandato, vel si ex delicto non famoso, veluti damno injuria dato, non etiam, si ex delicto famoso. Et ideo lex Solonis de arbitris apud Demosthenem, oratione περὶ κοινῶν scripta est tantum de arbitris sumptis περὶ συμβολαίων ἰδιῶν, de privatis, & propriis contractibus: quia de delictis, maxime famosis, non sumuntur arbitri, & multo minus de ea re, de qua judicium publicum constitutum est l. Julia, aut Cornelia: de ea, inquam, re multo minus arbiter capi potest. Imo si quis captus sit, sive sumptus forte per errorem, prætor vetat, ut Paulus ait, hoc loco, eum sententiam dicere, id est, fungi officio arbitri: aut si sententiam jam dixerit, prætor denegat sententiæ executionem, id est, pœnæ persecutionem, sive actionem ex stipulatu, quia executio sententiæ arbitri in sola pœnæ persecutione consistit. Non sumitur etiam arbiter de liberali causa, sive agatur de ingenuitate, sive de libertinitate, sive petatur libertas ex causa fideicommissi, quia, ut Paulus ait, favor libertatis est, ut majores judices habere debeat, puta consules, aut prætores, aut proconsules, l. ult. C. ubi causa stat. quæ liberales causas dicit desiderare magna tribunalia, maxima judicia. Quod usque adeo verum est, ut nec judices dati, sive pœdanei potuerint de causa status cognoscere, l. 2. C. de pœdan. judic. Imo nec omnes præsides provinciarum, nisi proconsules, aut qui haberent jus prætorium, aut proconsulare, l. 1. C. de ord.

jud. Plinius libro 10. Epist. 77. Cum esset præses Bithyniæ, non proconsul. Postulantibus, inquit, quibusdam, ut de agnoscendis liberis, restituendis natalibus cognoscerem: respexi ad Senatusconsultum. pertinens ad eadem genera causarum, quod de his tantum provinciis loquitur, quibus Proconsules præsunt. Ideoque rem integram distuli, id est, remisi ad Principem. Locus est apertissimus. Imo nec procuratores Cæsaris, nec inter fiscum quidem, & privatos de omni causa liberali cognoscere possunt, quia non de causa ingenuitatis, sed de causa libertatis tantum, & servitutis inter fiscum, & privatos, l. 2. C. pen. ubi causa status, l. pen. ne de statu defuncti. M. Tullius 1. de oratore: iudicio libertatis gravius nullum esse potest. Et ideo recte Paulus hoc loco, id iudicium majores judices exigere. Addit etiam, in populari actione, veluti albi corrupti, vel sepulchri violati non esse sumendum arbitrum ex compromisso, qui locus est singularis: quæ actio jus populi tunc, ejus disceptatio non est relinquenda arbitro compromissario: sed iudici tantum legitimo, & ordinario. Causa publica non committitur arbitris compromissariis, sed causa privata tantum.

AD §. Si servus. Præterea ostendit Paulus in hoc §. Inter servum, & liberum hominem (sive servus cum libero, sive liber cum servo compromiserit) inutiliter arbitrum sumi: cum quo scilicet non consistit iudicium, nec arbitrium consistere, quia arbitri exitus sit deductio pœnæ in iudicium per actionem ex stipulatu, si non pareatur arbitro. Atqui cum servo nullum iudicium esse potest. Servus neque iudicio convenire, neque conveniri potest, quia & ἀπορώτως esse intelligitur, l. quoties si quis cautionibus, non ideo, §. 1. de iudic. l. C. heredem, §. 1. de pactis, l. cum servo, de regul. jur. l. 6. 7. C. de iudic. Ergo & cum servo nullum compromissum est. Imo & quamvis ex aliis contractibus servus obligetur naturaliter, & ideo sit ex iis contractibus actio de peculio in dominum, l. 14. de oblig. & act. tamen ex his causis, puta si compromiserit cum alio, vel si iudicium acceperit, aut distaverit, neque naturaliter obligatur, nec actio ex stipulatu, vel actio judicati de peculio in dominum datur, l. 3. §. si servus, de pecul. Et hac de re si plura scire aves, adi observationem. 8. cap. 11.

AD §. Item si quis Romæ. Hic §. maxime indiget interpretatione, & lumine non parvo. Sciendum, legatos ex provincia sua Romam missos publici negotii causa, hoc habere privilegium, ut licet ante legationem Romæ contraxerint, & ratione contractus Romæ videantur sortiri forum, secundum reg. jur. ibi tamen quamdiu legatione funguntur, non possint conveniri, nec cogantur se defendere, ne à susceptæ legationis officio avocentur: perfecta legatione, si subsistant posse conveniri, non ante perfectam legationem, nec si ibi contraxerint, antequam legatione fungerentur. Et hoc ostenditur in l. 2. §. exceptis, l. non alias, inf. de iudic. Et hoc si ante legationem Romæ contraxerint: sed si tempore legationis Romæ contraxerint, proculdubio ex eo contractu remoto omni privilegio, ibi conveniri possunt, l. cum furiosus, §. ult. eod. Iis consequens est, ut si legatus ante legationem Romæ compromiserit cum adversario in arbitrum aliquem, sive cum tunc ibi esset ex eadem causa, vel ex alia causa legatus, sive cum ibi privata persona negotia ageret, si, inquam, qui nunc est legatus, ante legationem Romæ compromiserit, ac postea Romam in legationem venerit, non cogitur arbiter sententiam dicere, quia nec ipse legatus, quamdiu legatione fungitur, litem cogitur apud arbitrum exequi. Sicut si ante legationem Romæ litem contestatus esset apud iudicem ordinarium, postea in legatione eam litem exequi non cogeretur, ne ea res muneri publico legationis impedimento sit. At quæro, quod & Paulus tractat in hoc §. Quid si de ea re, de qua compromisit ante legationem, nunc in legatione ipsemet postulet arbitrum sententiam dicere, an saltem hoc casu cogitur arbiter sententiam dicere ex voluntate legati. Quod Paulus ait, prima ratione iniquum videri, videlicet ut sit in ejus potestate, quando arbiter sententiam dicere cogatur. Prima ratione, inquit, ut in l. 1. de auctor. tutor. tutorum, de petitione hereditat. l. 2.

l.2. §. illud, de hereditate vendita; κατ' τὸν πρῶτον λόγον, (ut Aphrodisæus ait) farinam hordeaceam quamvis sit frigida, & frigida sint contraria eis, quæ vim discutiendi habent, tamen φλέγμονας discutere, inflammationes, tumores fervidos discutere, non κατ' τὸν πρῶτον λόγον ἐφ' ἑαυτὰ, & αἰτίας, ἀλλὰ κατ' τὸν δεύτερον λόγον, & abstergendi vi quadam, sive per accidens. Non, inquam, κατ' τὸν πρῶτον λόγον, ait Paulus, quod prima ratione poteris videri iniquum, ut in ejus potestate sit. Quod sequitur, sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare, quod facere ei licet, perobscurum est, & duplicem non improbabiler videtur interpretationem recipere posse. Prior hæc est ut dicat, posse dici, legatum esse audiendum, si velit arbitrum sententiam dicere de eo, quod ante legationem contraxit, cum interim dum legatione fungitur, de eo, quod ante legationem contraxit, actionem dictare possit: quasi dicat: cur enim ei non liceat hoc postulare, cum & interim si velit quamcumque actionem dictare, & intendere possit? Quod tentari potest ex l.2. §. sed etsi agant, de judic. Qui tamen profectio non pertinet ad legatos provinciarum, ut inf. dicam. Hoc, inquam, quod postulat, ut arbiter sententiam dicat, tale est, quale si velit actionem dictare, quod & facere licet. Cur non ergo & illud? nunquid hac in re sequemur exemplum ordinariæ actionis? Et videtur per omnia hac in re sequendum exemplum ordinariæ actionis. Nam quemadmodum si legatus Romæ aliquam actionem intendat adversus alios, & ipse cogitur ibi omnium actiones pati, ut tentari potest ex d. §. sed etsi agant, & l. qui non cogitur, eod. nunquid & ita recte dici potest: Si legatus Romæ arbitrum sumptum ante legationem postulet sententiam dicere, & ipsum ibi adversus omnia se defendere, id est, omnium actiones excipere debere. Hæc est prior interpretatio non improbabiliis, sed maxime captiosa, & fallax. Nam d. §. sed etsi agant non intelligitur de legato, sicut nec §. item si extra, qui præcedit. Et similiter d. l. qui non cogitur, non est de legato, sed de aliis, quam legatis, qui jus habent revocandi forum, nec coguntur Romæ judicium accipere, si ibi conveniantur, nisi ibi etiam priores ipsi suas actiones intendant. Cæteri ultro priores ipsi suas actiones intendere possunt. At legati Romæ non possunt, legati Romam missi non possunt quicquam in rem suam agere, nisi suam injuriam persequantur ex delicti causa, vel suum damnum, ut si furtum passi sint, vel damnum injuria acceperint, l. 8. §. ult. l. 9. 10. 15. de legatione. Ergo legatus, qui nomine suæ reipub. Romam profectus est, nullam rem suam agere Romæ potest, sed publicam tantum, nullam actionem suam Romæ movere potest, vel instituere, ne libellum quidem suæ rei causâ, aut preces principi offerre. Nam ubi est Roma, ibi est princeps, vel retro, ut apud Herodianum, ibi Roma ubi princeps. Unde manifestum hoc loco, quem habemus in manu addita negatione omnino sic esse legendum: sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare, quod facere ei non licet, ut sit secunda ratio. Prima ratio, propter quam statuit non esse cogendum arbitrum sententiam dicere, si hoc legatus postulet, hæc est, quia iniquum videtur, ut id sit in legati potestate. Secunda autem ratio hæc est: quia si hoc postulans audiretur, tale esset, ac si actionem ei dictare permetteretur, quod facere ei non licet, ne legatio impediatur. Et est hoc loco particula, sed, conjunctiva, non discretiva, & accipitur pro, sed &. At mox quæ sequitur particula eadem: Sed compromissum istud, proculdubio est discretiva. Itaque incidit hoc loco πλοκῆ, quia prius Sed, est conjunctivum, posterius discretivum sicut in illa inscriptione, amici dum vivimus, vivamus, prius verbum vivimus, aliam, quam posterius significationem habet: hoc est, quod πλοκῆ dicunt. Et omnino integra sententia Pauli hæc est, ut hac in re utamur distinctione hujusmodi: aut ipse legatus est actor, aut reus: si est actor, & velit in legatione dictare actionem, hoc ei facere non licet: si velit accipere actionem, & se defendere, hoc ei facere licet. Et exemplo igitur ordinariæ actionis idem dicemus in compromisso, ut si sit petitor non audiatur, si arbitrum interim postulet sententiam dicere ex compromisso facto ante legationem; si sit defensor audiatur, ut non alias, inquit,

A audiatur desiderans, ut arbiter sententiam dicat, quam si se defendat. Quod ait, non alias, plane indicat supra negative esse legendum, quod ei facere non licet, id est, dictare actionem ei non licet; ergo nec postulare, si actor sit, ut arbiter sententiam dicat, durante legatione, quia non alias auditur id desiderans, quam si se defendat. Non contra ergo, si partes actoris sustineat: Idemque Græci interpretes comprobant, qui adnotant, legatum hoc postulante audiri, si se defendat, non si agat, διαζόμενον, & διαζόμενα. Et hoc, si ante legationem Romæ compromiserit. At si in ipsa legatione Romæ compromiserit, hoc casu arbiter sententiam cogitur dicere, quia ipse legatus cogitur liti agendæ adesse, sicut si sua sponte Romæ judicium ordinariæ excepisset neglecto suo privilegio, id ibi cogitur peragere, juxta regulam leg. 30. de judic. Et hoc ita absque dubio procedit, si in legatione compromiserit de ea re, quam in legatione contraxerit, quia & ejusdem rei nomine judicium ordinariæ accipere cogitur, l. 2. §. exceptis, l. si legationis 25. l. cum furiosus, §. ult. D. de judic. Toto hoc §. Paulus argumentatur à judicio ordinario ad compromissum; nam & lege 1. hoc tit. dicitur, compromissum ad similitudinem judicii redigi. At si in legatione compromiserit de ea re, quam ante legationem contraxerat, dubitari quidem posset hoc casu, sed non recte hoc casu dubitamus, inquit Paulus, quoniam verius est, etiam de ea re, quam ante contraxit ante legationem, si de ea in legatione compromiserit, arbitrum cogi sententiam dicere, & æque legatum ipsum cogi litem exequi.

A D §. Si is. In hoc §. datur alia species, in qua arbiter vetatur sententiam dicere. Finge, cum L. Titio compromissi de re aliqua ea conditione, ut compromissum transiret in heredem, nec solveretur morte alterutrius, quæ conventio valet, §. sed si & heredis, hac l. l. 27. §. 1. h. tit. Et priusquam arbiter sententiam diceret, L. Titius vita defecit: ego heredi ejus feci controversiam hereditatis, egi scilicet cum eo, qui bona ejus pro herede possidebat, petitione hereditatis, arbiter hoc casu prohibetur sententiam dicere, ne per sententiam suam præjudicium fiat petitioni hereditatis. Hæc est auctoritas centumviralis judicii, quale est petitio hereditatis, ut nihil in ejus præjudicium fieri debeat, l. 5. in fi. de petit. hered. l. ult. C. eod. Fieret autem ei præjudicium, si ante finitam hereditatis controversiam, arbiter sententiam diceret, quia non potest sententiam dicere pro possessore, vel contra possessorem hereditatis, quin fateatur eum defuncti, qui auctor est compromissi, heredem esse, & jure hereditario successisse in compromissum, quæ res petitioni hereditatis præjudicium faceret.

A D §. Dies Compromissi. Sequitur in hoc §. diem constitutum compromisso, intra quem arbiter sententiam diceret, proferri, non ex conventionem sola litigantium, l. 21. §. Papinian. hoc tit. sed arbitro jubente diem proferri, cum id ab initio litigantes ei permisissent, ut id jubere posset, l. seq. & l. 39. §. ult. & l. 50. inf. hoc tit. Quo quidem arbitro jubente diem proferri, si quis litigantium dicto audiens non fuerit, id est, si denuo nolit compromittere, nam diei prolatio novum compromissum est, l. 25. §. ult. hoc tit. adversus eum, qui dicto audiens non est, pœna committitur. Et hoc est, quod ait in hoc §. jussu arbitri, diem proferri necesse est, ne pœna committatur jussu arbitri, cui scilicet initio permissum est: diem proferri necesse est sponte, & assensu utriusque partis. Cur necesse est? ne pœna committatur adversus non obtemperantem. Sensus est apertus, quem tamen Accursius non est assequutus.

A D §. Si arbiter. Hic §. probat verum esse, quod jam ante sæpius dixi, arbitrum, si sententiam nolit dicere, si lateat, si diu non prodeat in publicum, coerceri, & cogi posse ad sententiam dicendam indicta multa à prætore sub conditione, si sententiam non dixerit, si non prodierit in publicum, si non copiam sui fecerit litigatoribus. Quod si, ut sequitur, in plures compromissum sit, & unus tantum sui copiam faciat, cæteri latent, distinguendum ita est: Aut hoc

hoc initio actum est, ut vel unus sententiam diceret, & hoc casu, qui praesens est, caeteris omissis cogi potest ad sententiam dicendam: Aut hoc actum est, ut omnes sententiam dicerent, vel major pars; & hoc casu non unus, sed omnes, aut major pars cogendi sunt, ut in l. 17. *Si item si plures, hoc sit.* quia singulorum sententia, inquit, ad poenam non facit, id est, hoc casu unius sententia non sufficit, ut adversus inobedientem poenae petitio sit: aut brevius, unius sententia, nullius sententia est. Ex pluribus autem arbitris, quod mox Paulus tractat in *§. cum quidam*, si manifeste appareat, unum inimicum esse factum utriusque, vel alterius ex litigatoribus, & ob id testibus praesentibus, testibus convocatis conventus, & commonitus sit, ne sententiam diceret: nota rationem sive modum recusandi arbitri, & nihilominus contra testationem una cum caeteris sententiam dixerit, praetore non cogente, qui etiam intervenientibus inimicis, eum cogere non debuit, l. 1 *§. sup.* Quæritur, an si huic sententia non pareatur, poena committatur? Qua de re, ut refert, per libellum rogatus Imperator Antoninus ab uno ex litigatoribus, ad quem ea res pertinebat, & consultus etiam idem imperator à iudice, apud quem poena compromissi petebatur, litigatoris libello subscripsit, posse quidem ab eo poenam peti, sed si petatur, ipsum se tueri exceptione doli mali posse: quod inimicus sibi factus unus ex arbitris contra testationem suam sententiam dixerit. Iudici aequè idem Imperator rescriptit, etiam si ex sententia arbitri appellari non possit, ut comprobatur, & constat ex l. 1. *C. eod. & Concilii Carthaginensis Canone 98. & 132.* quod in *lex consensu, de appellat.* significant hæc verba, *citra compromissum*, hodie tamen alio jure utimur: nam ex constitutione regia, à sententia arbitri compromissarii appellare licet. At jure civili populi Rom. etiam si à sententia arbitri appellari non possit, rescriptit tamen Antoninus iudici, apud quem poena compromissi petebatur, in hac specie, qui poenam petit ex stipulatu, ob stare exceptionem doli mali, eoque genere induci (quod notandum) quasi quandam appellationis speciem, quia beneficio exceptionis doli mali, iterum retractabitur sententia arbitri apud iudicem, apud quem poena petitur. Appellatio est remedium, sive auxilium juris, quod inducit ejusdem causæ retractationem apud alium iudicem.

Ad *§. De officio.* Jam dictum est sup. l. 19. in arbitri potestate esse, qualem voluerit sententiam ferre, & sententia ejus standum esse, sive æqua sive iniqua sit, quia sibi imputet, qui in eum compromisit, l. 27. *§. stari, sup. l. 76. in fine, pro soc.* Hoc ita, si arbiter careat dolo, si non sit pecunia corruptus, vel ambitione, quove alio affectu. Alioquin petenti poenam, posset etiam ob stare exceptio doli mali, l. 3. *C. eod.* Et hoc quoque casu retractaretur sententia arbitri. Item parendum est sententia ejus, etiam iniquæ, si non de alia re sententiam dixerit, quam de qua compromissum est. Idemque si non ultra præfinitam summam compromisso, & non ultra diem compromisso comprehensam, sententiam dixerit, l. 1. *C. eod.* Officio enim arbitri convenire, ne dicat sententiam, nisi de re, de qua compromissum, & quatenus compromissum est. Ne igitur, exempli gratia, dicat sive pronuntiet alium sibi conjungi arbitrum, sive *συνδικαστήν*, ut ait, in fi. *§. seq.* quia non de hac re compromissum est, ut de eo, etiam si vellet, statueret. Denique hoc est extra compromissum, ergo ad officium ejus non pertinet. Et hæc est mens hujus *§.* ex quo est pronum intelligere, officium arbitri esse id, quod arbiter efficere debet: Quoniam ait, de officio arbitri tractantibus, sciendum est, non aliud ei licere, quam quod in compromisso, ut efficere possit, cautum est. Et ita nos dicere officium iudicis, & praetoris, quod iudex, vel praetor efficere debet.

Ad *§. quæsitum.* Addamus ex *§. quæsitum*, qui sequitur, non cuilibet semper sententia arbitri parendum esse, nec quamlibet etiam imparientiam, quo verbo etiam Gellius utitur, id est, inobedientiam inducere poenae petitionem, quæ inspectio etiam est de officio arbitri. Nam si rem, qua de agitur, rejiciat ad iudicem ordinarium, non valet sententia,

quia litem non finit, & finiendæ liti captus est arbiter, non propagandæ. Idemque est si dicat, vel in se denuo (forte in longiorem diem) vel in alium esse compromittendum. Legendum hoc loco, ut vulgo, utque in Basilicis, si dicat ad iudicem de hoc eundem, vel in se, vel in alium compromittendum, *ἀπὸ τῆν δικαστήν γένεσθαι αὐτόν, ἢ ἕτερον.* An autem valet sententia, si jusserit fundum tradi arbitrio L. Titii? quæ quæstio proponitur in hoc *§.* vel satisfdari prolatis fidei, iussoribus arbitrio L. Titii? sed male explicatur. Omnino observandum est initio hujus *§.* Paulum dicere, in quibusdam sententiis arbitratorum variatum esse, nimirum, quod alii dicant eas valere, alii dicant eas non valere. Sane in hoc sententiæ genere, de quo est quæstio, ut fundus tradatur, vel ut satisfdatur arbitrio L. Titii variatum est: Nam Julianus dicebat sententiam valere, ut significatur his verbis: *Quod si hoc modo dixerit.* Sic recte Florentini, *Quod si hoc modo dixerit, ut arbitrio P. Mævii fundus traderetur, aut satisfdatio detur, parendum esse sententiæ.* Repeto ex superiori parte, Julianus ait, ergo valere sententiam. Sextus autem Pedius dicebat, sententiam non valere. Dices: Imo Pedius idem, quod Julianus probat, quia statim subjicit: *Idem Pedius probat.* Ubi falsum est, quod Accursius ait, Pisanos Pandectas, qui nunc sunt Florentini, habere *Pedius negat.* Cujusmodi mendacia sunt multa in operibus Alciati, dum auctoritate Florentinorum Pandectarum utitur. Sed dico, Pedium probare id tantum, quod Julianus dixit, aut quod ex Juliano ante relatum est, non valere sententiam arbitri, qua arbitrium differtur, vel in alium transfertur, non etiam probare, quod idem Julianus ait, valere tantum sententiam arbitri, qua quis jubetur satisfdare, vel fundum tradere arbitrio P. Mævii: non igitur per omnia probare scripturam Juliani, quia hoc posteriori casu, satisfdatio, aut traditio pars sententiæ est. Et idem juris esse debet in parte, quod in toto. Atqui arbitrium totum, vel ex sententia Juliani non potest transferri in alium, ergo nec pars arbitrii, veluti traditio, aut satisfdatio, nisi nominatim hoc in compromisso permittum sit, ne lites propagentur, aut protelentur ab arbitro, qui sumptus est, ut eas terminaret, ut eis in totum finem imponeret. Et sane verior est distinctio Pedii, partim probantis, patrim improbantis Juliani scripturam. Et ita secundum eam Basilica definiunt: *ἢ δύναται λέγειν τὴν παρομοίωσιν τῶν ἀγρῶν γένεσθαι δικίμασι τῶν ἀγρῶν, ἢ τὰ ἴκανα δεδωμένα,* id est, non potest dicere, ut arbitrio Petri fundus tradatur, aut satisfdatur. Addit Paulus, non esse tamen extra compromissum, si cum ii, qui in arbitrum compromiserunt, qui, inquit, invicem stipulati sunt, poenam scilicet, id est, qui compromiserunt. Nota quod ait, *qui invicem stipulati sunt*, & inde confice definitionem compromissi. Quid est compromissum? Constitutio litigantium invicem facta poenæ nomine, si arbitro non obtemperaretur. Addit, inquam, non esse extra compromissum, si domini, qui compromiserunt, non per se, sed per procuratores apud arbitrum agere velint, ut apud iudicem, ita apud arbitrum per procuratorem litigare licet, non esse, inquam, extra compromissum, si arbiter ex causa eos etiam adesse jubeat, id est, dominos *ἀρχετῶν ποιεῖ, πρωτοτύπους, ἢ τὰς κληρονομίας αὐτῶν, ἢ μνημὴν γέγονεν αὐτῶν ἐν τοῖς συμβασινοῖς,* ut Basil. habent, *principales, & heredes eorum, si in compromisso facta heredum mentio.* Quod & in judiciis esse observandum nemo dubitat, ut si ageretur per procuratores, possit iudex ex causa jubere ipsos dominos adesse, puta, ut aliqua de re interrogentur, nam & suæ causæ adesse potest, qui ad eam procuratorem dedit, l. 69. *de procurat.* Non esse etiam extra compromissum, imo & hoc officio arbitri convenire, ut si jubeat fundi, vel juris cujusdam vacuum possessionem tradi, etiam declaret quemadmodum tradenda sit, utrum præstita cautione dolum malum abesse, an remissa; & utrum re tradita in manum, an præstita cautione per eum non fieri, quo minus ea re libere utatur fruatur, ut l. 20. *de servit.* Item an cum fructibus, tradenda sit, an sine fructibus, ut l. 3. *de usur.* Quod etiam sup. *§. item non est* subindicat, adhibita glossa ad verbum *litigantium*, & alia glossa in *§. de officio.* Ad hæc quæritur, an etiam si lis apud arbitrum agatur per procuratorem, an sit extra compromissum, si jubeat à procuratore

curatore interponi cautionem de rato? Et hoc ait esse extra compromissum, aut sane supervacuum esse, quia si dominus, qui compromissum fecit, ratum non habeat, quod procurator suus egit, vel quod cum procuratore suo actum est, adversus eum pœna committitur. Frustra igitur in hac specie Pedius censuit, arbitrum recte jubere, ut procurator satisficeret de rato. Et in fine h. legis concludit, arbitrum nihil extra compromissum facere posse, eo repetito, quod de die proroganda dixit *sup. §. in dies*, non posse ab eo diem proferri, nisi id ei in compromisso nominatim permissum sit, ut jubere posset diem proferri: alioquin si id jubeat, ei impune non parebitur, id est, pœna compromissi non committitur.

Ad Leg. XXXIV. de Receptis. Si duo rei sunt, aut credendi, aut debendi, & unus compromiserit, iſque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur: videndum est, an si alius petat, vel ab alio petatur, pœna committatur. Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt, & fortasse poterimus ita fidejussoribus conjungere, si socii sunt: alias nec à te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet à te petatur. Ad §. Semel commissa pœna solvi compromissum rectius puſo dici: nec amplius posse committi, nisi id actum sit, ut in singulas causas toties committatur.

EX lib. 13. superest lex 34. in qua proponitur hujusmodi species. Duo sunt rei credendi sive stipulandi, quibus singulis eadem res, vel pecunia debetur in solidum, quorum unus cum debitore compromisit in arbitrum, & sententia arbitri vetitus est ab eo pecuniam petere. Si alter correus stipulandi, qui non compromisit, ab eo debitore pecuniam petat: quaritur, an pœna committatur adversus eum, qui petere vetitus est? Et Paulus distinguit: aut duo illi rei stipulandi ejusdem obligationis focii sunt, aut non. Si focii sunt, pœna committitur, quia petente altero, vi ipsa is petere videtur, qui petere vetitus est, quia alter communi nomine petit, & petitionis, seu exactionis commodum jure societatis ad utrumque pertinet. Si focii non sunt, altero petente pœna non committitur adversus eum, qui compromisit, & vetitus est petere, quia neque ille, qui compromisit videtur petere, neque nomine ejus alter, qui non est socius ejus. Et hæc de duobus reis credendi, sive de duobus stipulatoribus ejusdem pecuniæ. Quæ servantur etiam in duobus argentariis, quorum, inquit, nomina simul eunt, id est, qui simul nomina fecerunt, qui obligationem nominum simul contraxerunt per scripturam mensæ: eodemque modo si duo sint rei promittendi, vel duo argentarii, qui simul se obligaverint per scripturam mensæ argentariæ positæ in foro, & unus ex eis debitoribus cum creditore compromiserit, & vetuerit arbiter, ne ab eo quidquam creditor peteret, si creditor non ab eo, sed ab altero petat, qui non compromisit. Utimur eadem distinctione in duobus reis debendi, qua usi sumus in duobus reis credendi. Aut duo illi rei debendi focii sunt, aut non. Si focii sunt, creditor, qui petit ab altero, vi ipsa ab eo petere videtur, à quo petere vetitus est, & pœna committitur: si focii non sunt, creditor, qui petit ab altero, non videtur ab eo petere, à quo petere vetitus est, & idcirco pœna non committitur. Unde eleganter Paulus ait hoc loco, non aliter duos reos credendi, vel debendi fidejussoribus recte conjungi, & comparari, quam si focii sint. Nam sicut pœna compromissi committitur, si creditor, quem arbiter compromissarius vetuit petere, à fidejussore ejus petat, quia τῆ δυνάμει, ut ait l. 29. hoc tit. vi ipsa, effectu ipso à debitore petit, quia quod solverit fidejussor, id mox à debitore repetiturus est actione mandati, vel neg. gestorum, §. exceptiones, Instit. de replicat. Ita qui vetitus est petere ab uno ex reis debendi, si ab altero petat, cum ambo focii essent, pœna committitur, quia τῆ δυνάμει ab eo petere videtur, à quo petere vetitus est, quandoquidem, quod alter solverit, id socio reputaturus est actione pro socio, l. eandem, §. 1. de duobus reis, l. 14. rem rat. hab. l. 3. §. nunc, de lib. leg. Et è converso, si duo sint credendi focii, & unus vetitus sit à communi debitore petere, pœna committitur si alter petat, qui & nomine ejus petere videtur, qui petere vetitus est,

Tom. II. Post.

quatenus id, quod exegerit, non sibi totum retinere, sed socio communicare debet, & cogitur actione pro socio. Et ita hæc lex explicanda est. Cæterum *lex, unus ex argentariis, in princip. sup. de pact.* quam objicit Accursius in illam partem hujus legis, qua dicit Paulus, si duo sint rei credendi focii ejusdem obligationis, quorum unus cum debitore compromiserit, alter non compromiserit, & is, qui compromiserit vetitus sit petere, si alter petat pœnam adversus eum committi, qui non compromisit: Lex, inquam, illa in eam partem nihil pugnat, quia etsi d. l. si unus, non de compromisso loquatur, quod fecit unus ex reis credendi, & de sententia, qua arbiter vetuit, eum pecuniam petere, qua de re loquitur hæc l. 34. Etsi, inquam, de eadem specie non sit l. si unus, sed sit de pacto concepto in rem, de non petenda pecunia, quod cum debitore fecit unus ex reis credendi, tamen neque hoc, neque illo casu quidquam ea res nocet alteri, qui non compromisit, quive pactus non est: sed hoc tantum interest, quod altero petente, adversus eum, qui non compromisit, est actio ex stipulatu, ex compromisso: adversus eum vero, qui pactus est, nulla actio esse potest, quia pacto non est subdita stipulatio pœnalis, & ex pacto nudo non nascitur actio. Nihil est apertius.

AD §. Semel. Pœna compromissi committitur non tantum, si ultimæ sententiæ arbitri non pareatur, sed & si non pareatur alii præcepto, vel interlocutioni arbitri, ut puta, si is, quem adesse jussit, non venerit, vel si cum arbiter, cui hoc permissum erat, jussit diem proferri, litigantium aliquis noluerit diem proferri, & denuo compromittere, & renovare compromissum. Et pœna semel commissa, ut definit Paulus hoc loco, amplius committi non potest, quia compromissum dissolvitur, & arbiter, à cujus imperio abnuendo aliquem pœna non deterruit, quasi rupto semel vinctulo potestatis suæ, non cogitur sententiam dicere sublato metu pœnæ, aut neglecto pœnæ damno non cogitur sententiam dicere, l. 32. §. 1. sup. non cogitur etiam iterum ejusdem rei volentibus litigatoribus arbitrium in se recipere, l. 21. §. si quis ex litig. eod. i. Hæc est sententia hujus §. 1. quæ pugnare videtur cum eo, quod est proditum in l. 39. quæ una est ex difficilioribus hujus tit. & ait contumaciam, scilicet litigatoris, arbitrum punire posse, pecuniam eum adversario dare jubendo. Idem, inquit, contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum adversario dari jubendo. Contumacia est, si jussus adesse litigator non venerit: quod est in l. 39. & in l. 21. §. pen. Si operam non præbuerit, si jussus adesse non venerit, & si operam non præbuerit, idem est: operam dare dicitur judex, vel arbiter, ut l. si longius, de judic. l. pen. de vacat. mun. & apud Cic. sæpe. Operam autem præbere dicitur litigator, arbitro scilicet, non judici: nam arbitrum ipse facit, & opera sua ei præbita demum arbiter perseverat: judicem ipse non facit, judicem non sumit, sed datur ei, judicem non mutat, nec facit, ut judex esse perseveret, vel ipsius opera, & assiduitas. Operam igitur præbemus arbitris, dum finimus eos rem disceptare, de qua lis est, nec ab eis recedimus. Judici operam non præbemus, quia & citra operam nostram judex manet. Contumacia autem à contemnendo dicitur, vel Velio Largo auctore, qui contumacem dicit venire à contemnendo. Unde, & quod ait *lex contumacia, de re judic.* contumacem eum esse, qui contemnit, qui vocatus sui præsentiam facere contemnit: *σχίσμα* est ab etymologia. Contumax igitur est, qui jussus adesse, venire contemnit. Atqui hæc contumacia unius litigatoris prodest alteri ad pœnam committendam, ut ait d. l. 39. in fi. id est, alter à contumace pœnam compromissi petere potest. Pœna igitur semel commissa ob contumaciam, non solvitur compromissum, quoniam d. l. 39. ait, contumaciam litigatoris arbitrum punire posse, pecuniam scilicet, qua de agitur scilicet adversario dare jubendo. Cui sententiæ rursus, si non pareatur, consequens est, ut & iterum pœna committatur. Itaque cum hoc §. ult. h. l. 34. valde pugnare videtur d. lex 39. Sed ut respondeam, quod ait d. l. 39. contumaciam litigatoris arbitrum punire posse, non aliter procedere potest, quam si id actum sit nominatim in compromisso, ut in singulas causas totiens pœna committatur.

N

mitta-

mittatur. Quam exceptionem etiam Paulus adjicit in §. A ult. nisi id actum sit, inquit, ut in singulas causas toties pena committatur. Denique non aliter procedere, quod est traditum in d. l. 39. quam si in compromisso nominatim caveatur ne pena semel commissa, solvatur compromissum. Itaque quod ait l. 39. contumacem, qui semel commisit poenam, arbitrum posse punire, sententia in eum dicta, qua jubeatur adversario solvere pecuniam, qua de agitur, ut hoc iterum inculcem, id non aliter procedere potest, quam si & hoc nominatim actum sit in compromisso, exemplo judiciorum, ut arbitri in absentem ex contumacia promovere sententiam, eumque damno litis coercere possit, ut in d. l. 27. §. si quis litigatorum, hoc tit. Ait autem hoc loco Paulus, in singulas causas, ex quibus scilicet, si arbitri sententiae paritum non sit, poena committi potest: Nam ut ait d. l. 39. non ex omnibus causis, ex quibus arbitri sententiae paritum non est, poena ex compromisso committitur, sed ex his duntaxat, quae ad solutionem pecuniae, de qua agatur principaliter, aut ad praebendum operam pertinent. Ex aliis causis, etiam si non pareatur sententiae arbitri, poena non committitur. Et observata sententiam in d. l. 39. accipi latissime etiam pro interlocutione, & quolibet praecipio arbitri. Verum ex caeteris causis, ex quibus, si mos non geratur arbitro, poena non committitur, hanc tantum exprimit d. l. 39. Si quem arbitri jussit (quod maxime notandum est) adversario suo edere nomina testium, quibus sua causa communita est, nec sententiae ejus obtemperarit, ex hac causa poena non committitur: Quare? quia etiam si nolit testium suorum nomina adversario suo edere, forte dum timet, ne adversarius, si cognoverit quales sint, eos corrumpat, aut perterrefaciat, & dimoveat à vero, quo minus apud arbitrum verum dicant, non tamen ideo operam arbitro praebere desinit, & adversario potius quam arbitro operam praebere, & navare recusat. Locus est singularis. In reatu tamen *αὐτῶν* legimus, reo, si quod ab eo periculum testibus imminet, forte quod reus opibus, & gratia plurimum valet, tunc non esse edenda reo nomina testium, cap. statutum, de haereticis, lib. 6. Adde aliam causam ex l. 21. §. non debeo, sup. hoc tit. quae est notissima, si arbitri inhonestum aliquid jussit: nam & huic praecipio sive sententiae impune non paretur.

Ad L. XXXVI. ad Senatusconsult. Trebell. Cum hereditas ex fideicommissi causa restituta est, si ante cum herede compromissum est, puto fideicommissarium cavere debere heredi, sicut cum heres multa, antequam restituere, administravit: Nam quod dicitur retinere eum oportere, non est perpetuum. Quid enim si nihil est, quod retineat? veluti cum omnia in nominibus sunt, aut in corporibus, quae non possideat: nempe enim is, cui restituta est, omnia persequitur. Et tamen heres judicis, quibus conventus est, aut stipulationibus, quibus necesse habuit promittere (omittere) obstrictus manebat. Ergo non alias cogetur restituere, quam ei caveatur.

Restat tantum de compromissis. haec lex. Cujus species haec est: heres, qui rogatus erat restituere hereditatem in diem, vel sub conditione, priusquam ab eo fideicommissum peteretur, compromisit cum creditore aliquo hereditario, nec dum arbitri sententiam dixit, & interim ab eo petitur fideicommissum, sive hereditas ex causa fideicommissi, ut eam restituat. Paulus ait, non aliter compelli ad restitutionem hereditatis, quam si fideicommissarius ei caveat, indemnem damno eum servari adversus sententiam arbitri, si forte pecuniam solvere jubeatur. Nam & similiter si multa heres ante restitutionem hereditatis administravit, multa gesserit, si se obligarit nomine hereditario, veluti damni infecti ob aedes hereditarias, si actiones hereditarias exceperit, si quid impenderit in res hereditarias, eam cautionem, sive satisfactionem indemnitate fideicommissarius ei praestare debet. Dices: imo, hac actione fideicommissarius non est onerandus: sed retinet heres ex bonis quod sua interest, & eo deducto hereditatem fideicommissario restituit. Hoc diluit Paulus in hac l. 36. & plerumque ostendit non eximere damno heredem, atque

adeo nonnunquam meliorem esse satisfactionem retentione, quia aliquando nihil est in bonis, quod retineri possit. Fac in bonis esse nomina duntaxat, des debet, quorum retentio non est, quia jura sunt incorporalia, vel fac esse corpora, sed ea heredem non possidere. Iniquum erit ea jura, & corpora restituta hereditate fideicommissarium persequi, & heredem obligatum manere, qui per retentionem suae indemnitate consulere non potuit. Itaque auctore Paulo, melius fecerit heres, si sibi prospexerit à fideicommissario ante restitutionem fideicommissi exactam cautione de indemnitate, qua promittat fideicommissarius se heredem omni onere, damno, impendio sublevaturum. Liberum tamen est heredi retentione uti, si sit in promptu, & commodior videatur, omissa cautione. Duplex via ei patet, sed ut plurimum satisfactione via tuisior est. Et hoc voluit docere Paulus in hac l. 36. Quando autem restituta videatur hereditas ex causa fideicommissi, lex, quae sequitur declarat. Restant ex hoc libro duae leges, quae pertinent ad edictum nautae, caupo, stab.

Ad L. IV. Naut. caupo. Sed & ipsi nautae furii actio competit, cujus sit periculo: nisi si ipse subripiat, & postea ab alio subripiatur, aut alio subripiente ipse nauta solvendo non sit.

Ad §. Si nauta nautae, stabularius stabularii, caupo cauponis res receperit, aequae tenebitur.

Ad §. Vivianus dixit, etiam ad eas res hoc edictum pertinere, quae post impositas merces in navem, locatasque inferentur, & si earum vectura non debetur: ut vestimentorum, penoris quotidiani, quia haec ipsa caeterarum rerum locationi accedunt.

Super sunt ex hoc libro duae leges, l. 4. nautae, caupo, stabularius & l. 42. loc. quae pertinent ad edictum praetoris, quod est de iis rebus, quae nautae, caupones, stabularii, salvas fore receperunt, ut eas restituant, vel aestimationem earum ex hoc edicto, adversus nautas, caupones, stabularios, id est, adversus dominos ipsos, qui cauponam, vel navem, aut stabulum exercent, genera hominum, qui male audiunt, & quorum improbitatis coercendae hoc edicto curam egisse praetorem ait lex 3. §. 1. naut. caupo, stabularius adversus eos, inquam, nisi quae vectores, aut viatores intulerunt, & eorum custodiae commiserunt, ipsi salva fore receperunt, eis postulantes solvant atque restituant. Adversus eos nisi restituant, datur actio in factum, quanti ea res est, quae actio de recepto appellatur, quia ob id obligantur, quod ipsi receperint, vel magistri navis ab eis navi praepositi, vel institores eorum in cauponam, vel stabulum meritorium, aut diversorium, vel etiam quod receperint ii, quos exercitores in navi custodiae causa praeposuerunt, puta ut vectorum, aut mercatorum res custodiant, qui ut ait l. 1. hoc tit. ναυδρακας dicebantur, navis custodes, qui soli custodiae rerum in navem illatarum in vigilabant. Iidem & διαταρι dicebantur: nam & in navibus sunt διαταρι quaedam nautarum, ut intelligere est ex Athenaei 15. quum de Hieronis nave loquitur, & διαταρι, quae in ea erant, & per eos διαταρι, vel ναυδρακας si quid receperint custodiendum, exercitores obligantur, perinde ac si ipsi recepissent. Quia exercitor, qui διαταρι, vel ναυδρακας custodiendis rebus in navem illatis praeposuit, res eis committi permisit. Et ideo per eos, si quid acceperint, obligatur exercitor, etiam si non fecerit exercitor, quod dicitur χειρῆμβολον. Verbum est nauticum, quo significatur rei, quae custodienda datur, in diatam injectio, quae fit manu exercitoris, sive navicularii, aut naucleri. Haec tria idem possunt, etiam si res commissas διαταριis, non attigerit, nec fecerit illud χειρῆμβολον, nec res à manu ejus ad διαταριis transierit, vel ναυδρακας: per eos obligatur perinde, ac si ipse recepisset, aut χειρῆμβολον fecisset. Per remiges autem, vel ut ait lex 1. μεσοναυτας, qui scilicet in media nave remos agunt, quorum impulsu potissimum moveri navem Aristoteles scribit in μηχανικῶς, impulsu scilicet μεσοναυτῶν: per eos exercitor non obligatur, si quid eis commissum sit, quia eis non permisit committi. Dixi autem hac actione exercitores teneri, nisi restituant: Haec sunt verba edicti, quae proculdubio, quod non animad-

verteram, hanc actionem arbitrariam faciunt, ut in edicto, quod metus causa, illa verba, neque ea res arbit. jud. restituatur, l. 14. §. pro eo autem, quod met. caus. Et in formula actionis in rem, quæ extat actionis 2. in Verrem lib. 2. hæc verba, neque is fundus restituatur. Omnem actionem in rem certissimum est esse arbitrariam, l. qui restituere, de rei vind. Et ideo in specie proposita, si res, quas exercitor salvas fore recepit, non restituerit arbitrio iudicis, tum demum hæc actio ex edicto prætoris datur quanti interest actoris, quantive ea res est ab actore æstimata iurejurando in litem, ut fit in actione de dolo, quæ etiam est arbitraria, l. arbitrio, de dolo. Et datur hæc actio in exercitorem, etiam si sine culpa ejus res, quas salvas fore recepit, perierint, vel deteriores factæ sint, si sine culpa ejus furto subreptæ sint, vel si ruptæ, fractæ, ustæ, collisæ, l. 3. §. at hoc edicto, & §. item si servus, & l. 5. in fi. b. tit. Quamobrem exercitor navis præstat factum remigum, & cæterorum, qui in nave sunt navis navigandæ causa, atque etiam vectorum, ut & exercitor cauponæ, viatorum, imo & extraneorum. Uterque videlicet, si eas res, cum nondum essent illatæ in navem, vel in cauponam, sed forte in littore essent, aut in via cauponæ, vel diversorio proximo, salvas fore receperit, quia imputet etiam sibi, quod receperit, l. 1. §. ult. l. 3. in princip. & §. 1. hoc tit. Denique si res, quam exercitor navis, vel ratis, vel lyntris, nihil refert, vel exercitor cauponæ, aut stabuli meritorii, salvam fore receperit, ab aliquo ex viatoribus, aut vectoribus, aut ab aliquo hominum suorum, quorum opera in navi, vel caupona utebatur, furto subrepta, vel deterior facta sit, periculum ad exercitorem pertinet, etiam si culpa ejus nulla intervenerit. Unde quæritur, si damnum datum, vel furtum factum sit sine culpa exercitoris, an dominus, cui furtum factum, aut damnum datum est, ejusdem rei nomine possit agere de recepto adversus exercitorem, & si rei adversus furem, vel ex l. Aquil. adversus eum, qui damnum dedit? Et quantum ad furtum attinet, l. 3. §. ult. hoc tit. ait, eum alterutra actione contentum esse debere, & ut alterutra sit contentus, id reum consequi officio iudicis, vel exceptione doli mali. Valde notanda sunt illa verba, officio iudicis, vel exceptione doli mali, quæ similiter sunt in l. bona, de noxal. action. & esse debent in l. sumptus, de rei vind. quoniam in ea ita legendum est, doli exceptione opposita, vel per officium iudicis: duplex via est, quarum tamen promiscuus usus non est. Nam in specie proposita, si dominus rei furtivæ prius egerit furti actione adversus furem, deinde agat de recepto adversus exercitorem, exercitor officio iudicis consequitur, ne secum agatur de recepto. Officio, inquam, iudicis, quia ea actio est arbitraria. Hoc argumentum est idoneum ad probandum, hanc actionem esse arbitrariam, quoniam officio iudicis continetur, ne ea agatur, si prius actum sit furti adversus furem, nec necessaria est exceptio doli. At necessaria est exceptio doli, si dominus rei furtivæ prius egerit de recepto adversus exercitorem: nam si deinde agat furti adversus furem, repellatur exceptione doli mali, quia æquius est actionem furti adversus furem exercitori dari, qui prius conventus actione de recepto, periculum custodiæ subiit: fur non liberatur, sed furti actio non datur domino, qui jam egit de recepto, sed ei, cum quo actum est de recepto, id est, exercitori, l. un. §. 1. furti, advers. nau. caup. Iterum dico, ut addam duas exceptiones, si prius actum sit de recepto in exercitorem, exercitori dari actionem furti, non domino, qui prius egit de recepto, nisi scilicet exercitor solvendo non sit. Nam ut Paulus noster ait in l. 4. hoc tit. cum inanis sit actio de recepto propter inopiam exercitoris, domino salva manet in furem actio furti. Item (hæc est alia exceptio) nisi exercitor ipse rem subripuerit, quam salvam fore receperat, deinde eadem res ei subrepta fuerit: Nam si prius conventus de recepto rem præstiterit, non habet in posteriorem furem furti actionem: quia fur furti agere non potest, exceptis quibusdam calibus, l. 12. l. 14. §. Julian. l. qui re sibi, §. si quis alteri, de furtis. Sed hoc casu dabitur actio furti domino, vel in posteriorem furem, vel in priorem, id est, exerci-

Tom. II. Post.

tozem. Nam actio de recepto non tollit actionem furti, quæ in eundem competit, sed neque hoc casu tollit eam, quæ competit in alium furem, si ipse exercitor, quod & ipse ejusdem rei fur sit, eadem actione in alium furem uti non possit. Et ita, ut idem Paulus scribit in l. 42. loc. quæ cum initio hujus l. 4. conjungenda est.

Ad L. XLII. Locati. Si locatum tibi servum subripias, utrumque iudicium adversus te est exercendum, locati actionis, & furti.

SI servum tibi locatum subripias, actio locati non tollit actionem furti, sed utraque in te competit; una ad rem, altera ad pœnam. Et hæc de furto. Quantum ad damnum datum attinet, etiam dicemus ex l. 5. §. ult. do. minum, cui damnum datum est, alterutra actione contentum esse debere, vel actione de recepto in exercitorem, vel legis Aquiliæ in eum, qui damnum dedit. Et si hac prius egerit, illam tolli, quia actio legis Aquiliæ rei persecutionem habet, & eandem rem bis persequi non possumus. Sin autem de recepto prius egerit, actio legis Aquiliæ superest in id, quod amplius in ea est, quia mixta est actio, quæ cedenda esse videtur exercitori, qui periculum custodiæ prior subiit conventus actione de recepto. Et omnino, ut ait l. 5. quæcunque de furto dicta sunt, eadem & de damno injuria dato debent intelligi, quia exercitor non tantum à furto, sed & à damno rem salvam fore recepit. Additur in hac l. 4. & cauponi cauponem, nautæ nautam, stabulario stabularium teneri actione de recepto, improbum improbo teneri hac actione. Et non tantum, quod magis est, earum rerum nomine, quæ vehendæ, aut perferendæ locatæ sunt certa mercede, & in navem impositæ, si nauta, id est exercitor, salvas fore receperit, competere actionem de recepto, sed etiam earum rerum, quæ locationi accedunt, etiam si earum merces, id est, vectura non debeatur, ut vestimentorum, aut vasorum, quæ in navi necessaria sunt, aut penoris quotidiani, quorum vectura non debetur, l. 1. §. inde apud, sup. titulo nau. caup. & pro infante etiam in navi nato vecturam non deberi, ostendit lex sed addes, §. si quis mulierem, loc. Pro ratione autem hujus postremæ sententiæ, ut earum rerum quæ nomine competat actio de recepto, pro quibus vectura non debetur, adnecti potest, quod sequitur in l. 5. non quia mercedem accipit, exercitorem navis custodiæ subire periculum, sed quia ita convenit inter eum, & vectorem. Et ideo etiam non locatarum rerum nomine, puta gratis receptarum rerum ad vehendum, earum, inquam, rerum etiam tenetur de recepto, l. 3. §. si vero res, l. pen. in princ. hoc tit. Item tenetur, ut jam dixi, exercitor eadem actione, etiam si sine culpa ejus res perierint, aut deteriores factæ sint, l. 3. §. at hoc edicto, sup. Qui tamen si mercedem custodiæ reciperet, non teneretur, nisi culpæ nomine, l. qui mercedem, loc. Et hæc de actione de recepto. Non omitam sub hoc tit. duas actiones in factum proponi: prior est actio de recepto, de qua hactenus dictum est, quæ est ex contractu, & rem persequitur, id est, id quod interest, non pœnam. Posterior est actio in factum quasi ex maleficio, quæ pœnam dupli persequitur. Et utraque datur adversus exercitorem navis, vel cauponæ, vel stabuli. Et de posteriore nobis necessario dicendum est aliquid. De priore actione, quod observatu dignum est, tractatur ab initio l. 1. usque ad §. in factum l. penult. Quod & Bartolus notat recte. De posteriore autem tractatur ab illo §. in factum, usque ad finem tituli. De posteriore autem tractatur in tit. furti, advers. nau. Sed in hoc titulo nautæ, caupones, potissimum de damno dato in d. l. pen. §. in factum, & l. ult. de furto autem factum in d. tit. furti, advers. nau. Utraque actio, ut dixi, datur in exercitorem, & locum habet, si damnum injuria datum, vel furtum factum sit vectoribus, aut viatoribus. Sed prior, ut dixi, est ex contractu, & rem persequitur. Posterior est quasi ex maleficio, & pœnam dupli persequitur. Et præterea, hæc est alia differentia, priore actione, quæ est de recepto, exercitor præstat factum omnium, id est, non tantum

N 2

tantum

tantum suum factum, vel suorum, veluti remigum, aut eorum, quorum opera cauponam, vel stabulum exercet, sed etiam vectorum, & viatorum, quos recipit hospitio repentino, si quid perierit, aut deterius factum sit: quia id omne in se recepit. Posteriore autem actione in his rebus, quas salvas fore non recepit; exercitor præstat tantum suum factum, vel suorum, quorum opera, & ministerio in navi, caupona, stabulo utitur, atque etiam suorum hospitum, quos perpetuo habitandi causa receperit, aut in longum tempus, non etiam præstat factum vectorum, aut viatorum, quia hos non eligit, nec viatores repellere potest, quo minus hospitio repentino excipiantur: signum tabernæ, vel cauponæ appositum exercitorem in hoc obligat, ut quemcumque transeuntem excipiat; Nauta vectores, caupo viatores non eligit, & ideo non præstat eorum maleficium. At illos, quorum opera negotium illud exercet, ipse eligit, & suo periculo adhibet. Itaque non si quid illi sibi invicem subripuerint, damnumve dederint, si vectores, aut viatores scilicet, non etiam, si ministeria, quibus utebantur, sibi invicem damnum furtumve fecerint, eo nomine non tenetur: sed si quid viatoribus, aut vectoribus ministri, vel hospitio perpetuo recepti in ipsa navi, vel caupona, vel stabulo subripuerint, sive qua in re damnum injuria dederint, eo nomine tenetur quasi ex maleficio, culpæ scilicet suæ nomine, qui tales adhibuit, qui opera malorum hominum usus est, l. 5. §. ult. de oblig. & act. & est ea actio, actio utilis furti. Et ita appellatur à Paulo 2. sentent. de furti. vel actio utilis legis Aquiliæ in duplum etiam in confidentem, quamvis alias non solet actio legis Aquiliæ esse in duplum, nisi in inficiantem, ut & quæ datur in eum, qui servum alienum corruptit, sed hoc casu erit in duplum etiam in confidentem, l. 5. §. hæc actio, de serv. corrup. Est etiam eo nomine actio furti, vel legis Aquiliæ in furem, vel in eum, qui damnum dedit in navi, vel in caupona, stabulo, cum ibi esset, ut opem ferret, ut opitularetur exercitori, atque serviret. Sed actor alterutra actione contentus esse debet, actione in duplum in exercitorem, vel actione in duplum in furem, vel eum, qui damnum dedit. Quoniam in hunc si prius egerit exercitor, liberatur per exceptionem doli mali, ne de ejusdem hominis admissio sæpius queratur. Sed si prius actum sit in exercitorem in duplum, & duplum solverit, exercitori, si culpa vacet, in furem actio furti competit, quia ejus interest, vel cedenda ei est actio legis Aquiliæ: aut si prius conventus exercitor in duplum forte absolutus fuerit; furi si postea conveniatur, prodest exceptio doli mali eadem ratione, ne de delicto ejusdem hominis sæpius agatur, l. pen. §. ult. hoc tit. quod maxime notandum est. Postremum hoc est, quod notare vos velim ex l. ult. quæ est de eadem actione in duplum in exercitorem: In hac actione venire nautarum factum, id est, eorum, qui in navi sunt navis navigandæ causa, veluti remigum, sive sint liberi, sive servi, & per eos damnum datum in navi furtumve factum sit, non etiam venire factum vectorum, ut dixi. At quid fiet, si quidam sint, & vectores simul, & nautæ, id est, remiges? sunt quandoque, qui remos agunt in navi, aut pro vectura, quos ut lex ult. ναυπηγάτης vocant, nautas vectores, qui sunt utrumque. Quid igitur, si quidam in navi sint nautæ simul, & vectores: quid item si sint nautæ simul, & mercatores, qui merces suas navi vehendas locaverunt? mercator est etiam vector, sive ἐπιβάτης, comparatur tamen in l. ult. à vectore, atque etiam in l. Rhodia, separatur à vectore mercator, cum amplior locus in navi datur mercatori, quam vectori. Et invenio in Homero ἐμπόρος nomine significari etiam ἐπιβάτην, id est, vectorem quemcumque etiam non mercatorem, qui aliena navi vehitur, Odyss. ult. ἐμπόρος ἐπὶ ἄλλοις νηυσὶν. Εμπόρος, inquit, est qui navigat in navi aliena. Et Odyss. 2. εἰ μὴ μὲν ἐμπόρος. ἔγωγ', &c. Sum, inquit, ἐμπόρος, quia neque navi mea vehor, neque remos ago. Igitur ἐμπόρος est, qui navi aliena vehitur: sed aptatur etiam hoc nomen ad negotiatorem, verum non proprie, nisi ad maritimum: nam & πῶρος, & πορεία est proprie iter maritimum: sed tamen, ut dixi, potest quis esse nauta, & ἐπιβάτης, id est,

vector, nec tamen erit mercator. At omnis nauta mercator idem, & vector est. Et in his omnibus, sive quis sit ναυπηγάτης, id est, nauta vector, sive nauta mercator, ei datur actio in exercitorem, si quid amiserit in navi: factum quoque ejus exercitor præstat, non tanquam vectoris, quia factum vectorum non præstat, sed tanquam nautæ, quoniam mixtus est ex utroque.



JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. VIII. Qui satisd. cogantur. De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire. Si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse, moderato spatio de hoc à iudice statuendo.

Ad §. Qui mulierem adhibet ad satisfaciendum, non videtur cavere. Sed nec miles, nec minor viginti quinque annis probandi sunt: nisi hæc personæ in rem suam fidejubeant, ut pro suo procuratore. Quidam etiam si à marito fundus dotalis periturus, in rem suam fidejussuram mulierem.

Ad §. Si servus inveniatur, qui antequam iudicium accipiat, fidejussit iudicatum solvi: succurrendum est: fortasse & mulieri propter imperitiam.

Ad §. Si fidejussor iudicatum solvi, stipulatori heres extiterit, aut stipulator fidejussori, ex integro cavendum erit.

Ad §. Tutor, & curator, ut rem salvam fore pupillo caveant, mittendi sunt in municipium: quia necessaria est satisfactio. Item de re restituenda domino proprietatis, cuius usufructus datus est. Item legatarius, ut caveat evicta hereditate legata reddi, & quod amplius per legem Falcidiam ceperit. Heres quoque ut legatorum satisfacet audiendus est, ut in municipium mittatur. Plane si misso jam legatario in possessionem, cum per heredem stare quo minus caveret, heres profutur, uti de possessione decedat: paratumque se dicat in municipio cavere: impetrare non debet. Diversum si sine culpa, aut dolo heredis missus sit in possessionem.

Ad §. Jubetur jurare de calumnia, ne quis vexandi magis adversarii forsitan, cum Romæ possit satisfacere, in municipium evocet. Sed quibusdam hoc iurandum de calumnia remittitur: veluti parentibus, & patronis. Sic autem jurare debet, qui in municipium remittitur: Romæ se satisfacere non posse, & ibi posse, quo postulat remitti: Idque se non calumniæ causa facere: Nam sic non est compellendus jurare alibi se quam eo loco satisfacere non posse: quia si Romæ non potest, pluribus autem locis possit: cogetur pejerare.

Ad §. Hoc autem tunc impetrabitur, cum iusta causa esse videbitur. Quid enim si cum erat in municipio noluit cavere? hoc casu non debet impetrare: cum per eum steterit, quo minus ibi, quo ire desiderat, satisfacere.

EX Lib. XIV. est tantum l. una, scil. 8. Qui satisd. cog. quæ tota est de prætoriiis satisfactionibus, sive stipulationibus quamplurimis, & de ea parte edicti, qua auditur reus, à quo desideratur satisfactio, qui in alium locum se remitti postulat satisfaciendi causa, si iusta causa esse videatur, & si quod etiam jubetur edicto, ante omnia juret de calumnia. Ac primum initio hujus legis octavæ, agitur de satisfactione iudicio sisti, & ait, deponenda die, in quam reus iudicio sisti promittat, solemne convenire inter litigatores, inter actorem, & reum, inter stipulantem, & promittentem. Sed si de eo die inter eos non conveniat, inquit, id est, si dissentiant in ea die ponenda, sic Basilica, et διχονομοσίτη, id est, si dissentiant, quod aperit plane sensum hujus loci, tunc in arbitrio esse stipulatoris solius, quem diem ponat, nempe hoc modo stipulaturum si velit, etiam dissentiente reo, in diem quintum proximarum Calend. inque locum illum vadimonium sisti promittis? Ita tamen, ut iudex moderetur spatium temporis,

ris, si forte quod stipulatione comprehensum est, angustius videatur, moderato, inquit, spatio de hoc à iudice statuendo, quæ verba proculdubio Tribonianum sunt. Et hoc est, quod proponitur initio hujus legis, de caut. jud. fisti. Cui nihil obstat l. isa stipulatus, ut expeditam glossam, de verb. oblig. quia ut etiam ex Irnerio glossa refert, hæc lex 8. loquitur de concipienda stipulatione iudicio fisti, puta in quam diem sit concipienda: at illa l. isa stipulatus loquitur de jam concepta stipulatione iudicio, vel quo alio loco sistendi causa: quæ si diem non habeat, cum id ageretur, ut haberet, id est, si in ea dies per errorem omissus sit, quo fisti oporteat, inutilis est. Nihil etiam l. si finita, in princ. de dam. infec. adversatur nec huic legi, nec illi. Quia hæc, ut dixi, est de concipienda formula stipulationis, de die, quæ stipulationi concipiendæ est apponenda. Illa lex si finita, est de jam concepta stipulatione damni infecti, in qua per errorem dies omissus est, in quem finiretur stipulatio, & promissor liberaretur. Neque etiam l. isa stipulatus, quoniam hæc loquitur de die, quo impleri stipulationem, id est, quo certo loco fisti oporteat, qui si per errorem omissus sit, inutilis stipulatio est, & imperfecta. Illa autem lex si finita, loquitur de die, in quem stipulatio damni infecti finem accipit, qui si sit omissus per errorem, suppletur à prætoris facta interpretatione ex eo, quod plerumque fieri solet: Ita ut in quem diem solet caveri damni infecti, puta si intra 30. dies ædes ruerint, in eum si per errorem omissus sit, cautum intelligatur: & ita hæc sunt explicanda. Hæc autem satisfactio iudicio fisti, aliquando est voluntaria, aliquando necessaria: id est, aliquando ex conventione litigatorum interponitur, puta de die, quo sese sifteret in iudicio convenientibus litigatoribus, aliquando interponitur ex edicto prætoris, ut l. i. sup. in jus voc. ut eant, & multum interest, utrum necessaria, an voluntaria sit satisfactio. Nam ut docet lex prox. §. i. sup. si sit necessaria, si coacta, & non facile possit reus eam ibi præstare ubi convenitur, ut si convenitur Romæ, aut in ἡγεμονίᾳ provinciarum suarum, nec possit ibi invenire fideiussores, qui pro eo fidem suam obstringere velint, potest audiri si in municipio suo, vel in alia ejusdem provinciarum civitate satisfactio præstare paratus sit, & remittitur in id municipium eamve civitatem, ut ibi satisfactio, cum non possit satisfactio ubi convenitur. Si autem satisfactio voluntaria est, si proficiscatur ex conventionem utriusque partis, in alium locum non remittitur satisfactio causa: sed quo loco convenit de satisfactio, eo satisfactio debet: quia ipse ibi satisfactio necessitatem sibi imposuit, non lex, aut edictum prætoris, d. §. i. Locus est singularis. Et eodem modo, stipulatio rem ratam dominum habiturum, aliquando est voluntaria, id est, ex conventionem, aliquando necessaria, id est, ex edicto prætoris, l. interdum, rem rat. hab. Stipulatio quoque iudicatum solvi, alias voluntaria est. Quidni? Alias necessaria, nimirum ex edicto prætoris. Et ad hanc satisfactio, sive stipulationem iud. solvi, videntur pertinere, quæ sequuntur in hac l. 8. usque ad §. tutor. mulierem non esse idoneam ad satisfactio pro reo iud. solvi, quia intercessio ejus improbat ur Senatufconsulto Vellejano: militem quoque, & minorem 25. annis, ut ait in §. i. non esse probandos, ne de verber. esse receuz, satisfactio pro lite aliena, quia facile restitui, & relevari possunt. Sed hoc ita, nisi eæ personæ in rem suam fideiubeant, veluti pro procuratore suo ad litem suscipiendam, & defendendam dato, qui utique satisfactio debet iud. solvi, l. 8. §. ad. de procur. vel mulier pro marito suo, à quo petitur, id est, vindicatur fundus dotalis, quem possidet. Nam ut ait l. quamvis, de jur. dot. quamvis in bonis mariti sit fundus dotalis, mulieris tamen res est, res est uxoria. Lex Titio centum, §. Titio genero, de cond. & dem. emolumentum ad mulierem pertinet. Ac similiter Boetius in Topic. Cicer. Dotem constanter matrimonio esse in bonis mariti, atque etiam in uxoris jure, & post divortium velut rem uxoriam peti. Ergo, ut ait in §. quidam, maritus, à quo petitur fundus dotalis, quem possidet, sane hoc jure actori debet satisfactio iud. solvi, ut l. 8. §. i. iud. solvi. l. 34. de fideiuss. l. in causa, §. si ex parte, de procur. l. pen. de dolo, §. i. l. fisti. de satisfactio. Et pro marito recte tutor fideiubet iud. solvi,

quia in rem suam fideiubet, fundus dotalis res est sua. Dices: Imo possessor fundorum satisfactio non compellitur. Satisfactio, est fideiussorem dare. Qui possidet fundos, qui possidet immobilia multa, satisfactio non cogitur, sed reprobmittere, vel jurato reprobmittere. Qui prædia habet, non cavet prædibus, l. pen. hoc tit. Maritus, inquit, possidet fundum dotalem. Ergo satisfactio non cavet iud. solvi. Delenda glossa, & dicendum cum Paulo Castrensi, & Alexandro ab Imola, eum, qui non possidet, nisi eum fundum, de quo est controversia, satisfactio compelli, ut in l. Julian. hoc tit. non eum, qui alia prædia possidet, quo nihil est neque certius, neque apertius. Pergamus igitur ad §. si servus.

Ad §. si servus. Si pro reo servus fideiussit iud. solvi ante litem contestatam, ut sit, solet enim hæc cautio præstari ante litem contestatam, ante iudicium acceptum, ut l. Julian. inf. b. t. & l. 8. iud. solvi, & actor ignoraverit cum esse servum, quem fideiussorem accipiebat, errore comperito succurrendum ei esse, ut ex integro ei caveatur, iusto & idoneo fideiussore ei dato. Semper etiam majoribus errantibus in facto succurritur, veluti in conditione personæ, in statu fideiussoris, quem accipiunt: Succurrendum ei inquam est, quia servus, qui pro alio fideiubet, ne jure quidem naturali obligatur, nec ejus dominus tenetur de peculio, l. in persona, §. i. de pact. l. 20. de fideiuss. l. 3. §. si filiusfam. de pecul. videlicet, si extra rem peculiarem fideiussit, ut in casu proposito. Scienti autem non succurritur, id est, ei, qui sciens servum fideiussorem accepit iud. solvi: non est ex integro cavendum, non est ei succurrendum, nisi fuerit mulier, aut minor 25. annis, quoniam iis jus ignorare permisum est. Denique propter imperitiam juris, iis etiam scientibus eum, qui fideiubet iud. solvi, servum esse, succurrendum est, quia per errorem juris existimarunt etiam servum fideiubere posse. Iis errantibus in jure ignoscitur, non etiam maribus majoribus 25. annis.

Ad §. si fideiussor iud. solvi. Additur in §. si fideiussor, ex integro quoque cavendum esse, si fideiussor iud. solvi stipulatori, vel contra stipulator fideiussori heres extiterit, quia confusione sublata est prior obligatio, & certum est prætorias stipulationes, qualis est iud. solvi, sæpius interponi, quam sine culpa stipulatoris cautum esse desit, l. 4. de præf. stip. l. 10. h. t. Post hæc Paulus proponit in §. tutor, multas alias species stipulationum prætoriarum, sive satisfactionum, veluti rem pupilli salvam fore, quam præstant tutores, aut curatores pupillo, vel adolesc. vel servo ejus, vel servo publico, & satisfactionum, quæ appellatur fructuaria, quam scilicet fructuarius domino proprietatis præstat, nempe finito, vel amisso usufructu, rem proprietario restitutum iri, & quod inde extabit, de qua in tit. usufruct. quemad. cav. Et proponit etiam satisfactiones, quas legatarii, quibus legata præstantur, heredibus præstant, nempe satisfactionem evicta hereditate legata restitutum iri, vel satisfactionem, quod amplius legatorum nomine ceperit, quam per legem Falcidiam licuerit redditum iri, de quibus in tit. si cui plus, quam per l. Falcid. Ac præterea satisfactionem legatorum vulgarem, quam heres legatariis præstat, nempe, his diebus dari fieri, quibus testator dari, fieri jussit, dolumque malum abesse, de qua in titulo, ut legat. nom. caveat. Hæc omnes satisfactiones propositæ in §. tutor, sunt necessariae, quia ex edicto prætoris interponuntur, & extorquentur invitis: & ideo si eas implere non possit is, à quo desiderantur, ubi convenitur, ut si Romæ convenitur, & Romæ eas satisfactiones præstare non possit, fideiussores inventu sunt difficillimi, l. 6. si cui plus, quam per legem Falcid. l. omnes, §. præterea, C. de Episc. & cleric. tunc recte postulat, se in municipium remitti, ubi dicit, sibi esse facilius fideiussorem invenire, easque satisfactiones adimplere, atque præstare. Offerre autem legatorum satisfactionem heres plerumque debet, antequam legatarii mittantur in possessionem bonorum vice satisfactionis, & aliquando etiam heres recte offert satisfactionem legatorum, posteaquam legatarii vice hujus satisfactionis missi sunt in possessionem bonorum omnium

omnibus hereditariorum, legatorum servandorum causa, A videlicet si per heredem non steterit, quo minus ante satisfidaret; si sine dolo, inquit, aut culpa heredis legatarii missi sint in possessionem: alioqui si post moram heredis missi sint in possessionem, fera est oblatio satisfactionis legatorum, quam heres se daturum offert municipio, atque ideo postulat, ut legatarii discedant de possessione: *Discedite*, inquit, *de possessione, equidem paratus sum in municipio satisfidare legatorum nomine*. Nam si ubi convenitur satisfactionem offerat, postquam legatarii missi sunt in possessionem bonorum, ita sane impetrabit, ut legatarii de possessione discedant. Et sic est accipienda *l. si pecunia, §. ult. ut in possessionem legat.* in illo loco, *vel si eo nomine satisfidatum sit*, circumscripta glossa in illo loco *§. plane, si missio*, quæ aliter explicat eam *legem si pecuniæ, §. 1.* Sed res clara est, si dicas, missos legatarios in possessionem vice satisfactionis, B cum dolo, vel culpa heres cessat satisfidare legatorum nomine, discedere debere de possessione, si postea heres ibi, ubi convenitur offerat satisfactionem, non etiam, si dicat, se in municipio satisfidare paratum esse, neque enim poterit adversarium evocare in municipium, sed ibidem debet, si velit eum expellere de possessione, ei satisfidare, ubi ille agit: Non aliter autem impetrat, qui superiores satisfactiones præstare debet, ut exempli gratia, Roma in municipium suum remittatur satisfidandi causa, nisi prius juraverit de calumnia. Jubetur, inquit in *§. jubetur*, de calumnia jurare: jubetur scilicet edicto Prætoris jurare, se vexandi adversarii (id est, calumniæ causa, calumnia est vexatio) in municipium adversarium non evocare, ut ibi satis accipiat, sed quod Romæ satisfidationem præstare non possit: quod Romæ, ubi convenitur, non inveniatur fidejussores, in municipio sit facile inventurus: non cogitur jurare alibi, quam in illo municipio satisfidare non posse, ne pejeret, si forte pluribus aliis locis satisfidare possit. Satis igitur est, si juret se ibi, ubi convenitur satisfidare non posse. Sed ut solet semper, hoc jusjurandum calumniæ remittitur parentibus, & patronis, *l. licet, de obseq. par. l. 16. §. qui jusjurandum, de jurejur.* Parentes, & patroni, quibuscum agitur petita edicti venia, si ab iis satisfidatio desideretur, ab eo loco, ubi conveniuntur, remittuntur in municipium, ubi commodius satisfidare possunt, etiam si non juraverint de calumnia. Postremo notat Paulus in hac lege elegantissima, ita demum audiri eos, qui postulant se in municipium remitti satisfidandi causa, si justa causa esse videatur. Hoc autem tunc impetrabitur, quom justa causa esse videbitur, quæ verba: *Cum iusta causa esse videbitur*: profecto sunt verba edicti, quæ & in aliis locis edicti D occurrunt sæpe. Ergo non temere hoc datur, ut alibi satisfident, quam quo loco conveniuntur, ut in alium locum perducant adversarium satis accipiendi causa, sed causa cognita, si justa causa esse videbitur, hoc postulandi: Nam exempli gratia, si per eum, qui hoc postulat, semel steterit, quo minus in municipio illo satisfidaret, frustra iterum in illud municipium adversarium temere ire compellet satisfidandi causa. Et hoc casu æquum est, ut omnimodo ibi, ubi convenitur satisfidare compellatur.



JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. de Public. judiciis. *Publicorum judiciorum capitalia sunt, quedam non capitalia. Capitalia sunt, ex quibus pena mors, aut exilium est, hoc est, aquæ, & ignis interdictio. Per has enim penas eximitur caput de civitate: Nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim civitas retinetur. Non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria, aut in corpus aliqua coercitio pena est.*

EX Libro XV. habemus etiam unam tantum legem, quæ est de publicis judiciis. Hæc lex judicialia, & definit, quæ hæc, & illa sint. Sed hoc in primis curæ non mediocris est, ut quæramus, quæ causa fuerit hic agendi de publ. judiciis, quorum tractatum reiectum esse videmus in lib. 48. Digest. in extremam scilicet partem Digestor. & qui factum quoque fuerit, ut ex illo lib. nobis relicta sit illa tantum *lex 2. de publ. judic.* & similiter ex lib. superiori, ut *lex duntaxat 8. qui satisfid. cog.* & ex seq. lib. duæ tantum leges, & hæc pusillæ admodum, & parva de re, quæ labis, jacturæve tam magnæ causa sit, id ego hic, animos adhibete, docebo. Quem titulorum, & rerum ordinem in his Digestis servasse Tribon. videmus, is est ordo edicti perpetui à Julia. digesti, ut idem ipse Tribon. sub nomine Justinian. testatur in constit. de conceptione Digestorum, quæ præfixa est hisce Digestis, cum aliis duabus, atque etiam, ut opinor, sub nomine Hermogeniani, in *l. 2. de statu homin.* Et eundem ordinem nemo ambigit Paulum esse secutum in libris suis ad edictum, aut certe de eo non est, quod ambigat quisquam. Unde cum primo post tit. de arbitris, qui ex compromisso arbitrium receperunt, & de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii solvere receperunt, cum videamus in his Digestis dari titulum de judiciis, non abs re adducimur, ut credamus, post edicta de receptis, Paul. dedisse edicta de judiciis, & quæcumque ad judicia in genere pertinerent, priusquam veniret ad species judiciorum singulas, & ea de judiciis dedisse, quod innumera essent, non uno tit. tantum, ut Tribon. fecit, sed pluribus, quia & de judiciis, vel edicta, vel leges fuisse quamplurimas credibile est. Nec ullo libro quoque ea dedisse, sed pluribus propter rei magnitudinem. Primum enim superiore lib. qui est 14. proposuit edicta de stipulationibus, & satisfactionibus judiciariis, veluti jud. solvi, quæ modo voluntaria est, & diem, in quem sisti oporteat, accipit ex conventionione litigantium, vel arbitrio stipulatoris, *d. l. 8. qui satisfid. cog.* modo necessaria est prætoris statuente diem, ut in *l. 2. quam prætermisi nudius tertius, §. sed si dubietur, de jud.* quæ plurimum ad hanc rem facit, & item de satisfidat. judicatum solvi, quæ similiter aut voluntaria, aut necessaria est, id est, aut conventionalis, aut prætoria est, & de satisfidat. rem ratam haberi, & de aliis innumeris, quarum tamen omnium memoriam Tribon. nobis relinquere noluit, quod pleræque desuetudine, sive in usu obsolevisent, & hodie moribus nostris omnes obsoleverunt. Et ut hoc obiter doceam, cur hodie omnes judicia obsoleverint, vastato orbe Romano quamplurimis, & calamitosissimis bellis cum domesticis, tum externis, cum ad exiguum numerum cives Romani redacti essent, nec fidejuss. facile invenirentur idonei, qui se pro aliis obligarent in tanta paucitate, & paupertate hominum, quam clades bellorum invexerat, & in tam raris inter homines humani officii colendi ratione, quod in hisce continua bella feros, & immanes reddidisset, & in hisce est, vel potius eo necessitate, ut in hisce edictis, & in judiciis satisfactionibus, quæ in hisce edictis remitti necesse foret. *Manuscripta*, & cautiones nudæ judicio sisti, *judicatum solvi, & similes*, sed ex, cum vulgares, & solentioribus, & cum esset pronum cuique eas præstare, præterea etiam omisæ sunt, & habitæ pro interpositis, pro non omisæ. Et ideo nec ullæ hodie interponuntur, quia tacite interpositæ intelliguntur, ut in plerisque aliis causis, quod vulgo fieri olim solebat, hodie non fit, sed pro facto habetur, *l. ult. C. quæ res pign. oblig. poss. l. ult. C. de remiss. pign. l. ult. C. de fidejuss.* Hinc origo tot tacitarum stipulationum, & tacitarum hypothecarum in jure. Porro, ut dixi, ex lib. sup. qui fuit de satisfid. judiciariis, de iis tam pauca restant, nempe illa duntaxat *lex 8.* quod earum magna pars obsolevisset ætate Justin. ut hodie omnes obsolevisse constat. At post satisfactiones Paulum in his lib. ad edictum tractasse de judiciis, idem ipse argumentum præbet lib. 1. sent. in quo proponit tit. de judiciis omnibus, sed primum tit. de satisfid. qui ordo tituli, etiam servatur in Cod. Justin. ut præcedat titulus de satisfid. sequatur titulus de judiciis.

ciis. Et placet valde, quod Paulus lib. 1. sent. ita generaliter A
 concipit tit. de judiciis. De judiciis omnib. inquit. Nam ex
 eo intelligimus sub ex titulo expositas fuisse varias divi-
 siones, & varia genera judiciorum, & illam præcipue divi-
 sionem, quæ summa, & capitalis est, ut ita dicam, in judicia
 privata, & publica. Unde non mirum, si post traditas lib. 14.
 satisfationes judiciarias, quæ judiciales dicuntur (ut obiter
 moneam) non à iudicibus, sed à iudiciis, quia propter judi-
 cia interponuntur, ut irrita non sint, l. 1. de præstipul. simul
 ac traditas cæteras prætorias, & necessarias satisfationes,
 hoc lib. 15. non mirum, inquam, si Paulus posita divisio-
 re judiciorum in privata, & publica, rursus subdividat publica
 in capitalia, & non capitalia, l. 2. de publ. judic. Docens (ut
 eam breviter expediam) capitalia judicia publica, quæ om-
 nibus patent esse ea, quorum pœna est mors, vel exilium,
 id est, peregrinitas, mors naturalis, vel civilis. Strictius ali-
 quando judicia capitalia dicuntur ea tantum, quæ ultimam
 pœnam irrogant, ultimum supplicium, quod mortem natu-
 ralem interpretamur. Quæ irrogant pœnam sanguinis,
 ut loquuntur, sanguinem accipientes pro cæde vitæ, ut illo
 loco, *nullo vitæ cum sanguine iudii*: neque enim omnis ul-
 tima pœna sanguine perfolvitur. Et sic in *l. transgère*, C.
 de transact. l. ult. C. si reus, vel accusator mort. capitalia crimi-
 na dicuntur ea tantum, ex quibus pœna mors est naturalis,
 non exilium. At frequentius etiam ea capitalia dicuntur, ex
 quibus pœna est exilium, id est, amissio civitatis, sive pere-
 grinitas, quæ contingit per aquæ, & ignis, & tecti interdi-
 ctionem, vel per deportationem in insulam cum publica-
 tione omnium bonorum, quæ media est capitis deminutio.
 Et multo magis capitalia dicuntur etiam ea, ex quibus pœ-
 na est maxima capitis deminutio, id est, amissio civitatis, &
 libertatis, quæ contingit per damnationem in metallum, C.
 veluti ex l. Jul. Majest. & l. Cornel. de sicar. Non capitalia
 autem sunt, ex quibus pœna est relegatio in insulam, quæ
 & exilium dicitur improprie: exilium scilicet, quod salva
 civitate contingit, ut ait l. 4. §. 1. si quis caution. ex qua nulla
 contingit capitis deminutio. Exemplo est crimen publi-
 cum ex leg. Julia de adult. cuius pœna, ut ex sententiis Pau-
 li noviter repertis didicimus, in adultera est relegatio in
 insulam, & ademptio dimidiæ partis dotis, & tertiæ partis
 bonorum, ita ut in diversis insulas relegarentur, quod nor-
 dum cuiquam competentur certo. Non capitalia etiam
 sunt, quibus pœna pecuniaria imponitur, vel coercitio corpo-
 ralis, veluti fustium admonitio, ut olim ex l. Fabia, & ex
 lege Visellia, de qua est titulus in C. ad legem Viselliam. Et
 hæc est divisio judiciorum publicorum, quæ proponitur in
 d. l. 2. Credibile autem est & hoc lib. 15. Paulum proposuisse
 alias judiciorum divisiones, & quidem plurimas, quæ præ-
 termissæ sunt à Triboniano, forte an quod in usu ea judi-
 ciorum genera esse desissent, ut & hoc lib. & seq. multa
 alia, quæ de iudiciis Paulus scripserat, id est, de ordine om-
 nium judiciorum, & modo exercendarum, & disceptanda-
 rum litium, de quo officio iudicis in cognoscendo, & de for-
 mulis, quod jam tum omnia judicia facta essent extraordi-
 naria, nec peragerentur ex legibus solemnibus, solemnibus
 ordine, ritu, l.ordo, de publ. jud. l. actio, de neg. gest. l. 2. ex
 quib. caus. majores, §. ult. Inst. de interd. Prætermissa esse
 etiam pleraque eadem ratione de veteribus edictis, aut le-
 gib. judiciariis, veluti Sempronia, Servilia, Cornelia, Pom-
 peja, Aurelia, quas fuisse judiciarias docet Philip. 1. M. Tul-
 lii, Ea, inquam, omnia, quod obsoleverunt, Tribonianus
 noluit his libris inserere, neque etiam ea forte, quæ de foro
 competentis, & de loco, quo judicia exerceri solent Pau-
 lus scripserat, quod eorum ratio immutata esset: nec de
 tempore finiendarum litium, quod à Justiniano mutatum
 erat in l. properandum, C. de iud. l. ult. C. ut intra certum temp.
 Ex his etiam, quæ hodie usui esse poterant, quæ Paulus his
 libris insererat, veluti de personis, quæ in iudicio consi-
 stere, & quæ iudicio præesse possunt, & de litigatoribus
 contumacibus, qui adesse jubentur, nec veniunt de frustra-
 toribus, potuit Tribonianus prætermisisse quædam, quod
 ex aliis auctoribus ea satis exposuisset in titulo de iudic. Hinc
 factum est, ut ex lib. seq. qui etiam erat de iudiciis omni-
 bus, duæ tantum superflint leges.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. VIII. de Petit. hered. *Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.*

IN hoc Libro duæ tantum sunt leges. Una est l. 8. de pet. heredit. quæ hoc tantum docet, eum, qui per errorem iudicio centumvirali ex testamento, quod iure non valet, hereditatem petiit, errore comperto non prohiberi postea emendato eodem iudicio, hereditatem petere ab intestato. Quod confirmat l. mater, de inoffic. testam. & l. illud dubitari, in fin. de acquir. hered. l. 2. C. de success. ed.

Ad L. CXXIV. de Regul. juris. *Ubi non voce, sed præsentia opus est, mutus si intellectum habet, potest videri respondere. Idem in surdo. Hic quidem & respondere potest.*

Ad §. Furiosus absens loco est. *Et ita Pomponius libro primo epistolarum scribit.*

ALtera est l. 124. de reg. jur. quæ lex quo pertineat, non animadvertunt: sane non pertinet etiam, nisi ad iudicia: ubi non voce, & c. Respondere quid est? Respondere litigator videtur, qui præsens iudicio adest, etiam si nihil ipse loquatur. Præsentia utriusque adversarii opus est, non etiam voce, præsentia pro voce est, ut respondere intelligantur, ut in l. & post edictum, de iud. l. 1. & 2. C. de hered. vend. Habent patronos, habent procuratores, sive cognitores, qui sunt procuratores præsentium, per quos intentionem suam iudici exponere possunt. Illorum non vox, sed præsentia tantum requiritur. Et ob id recte dicitur mutus in iudicio consistere posse, ut in l. si quis cum, §. ult. comm. divid. quia respondere videtur, si præsto sit, & intelligat quid agatur. Et multo magis surdus in iudicio consistere potest, & litigare, quia & hic ore suo respondere potest. Furiosus autem in iudicio consistere non potest, l. 49. de recept. qui arb. recep. l. furioso, de re iudic. quia et si corpore præsens sit, tamen absens loco semper habetur, quia caret intellectu, l. 2. §. pen. de iure codicill. l. sed si unius, §. filiosamil. de injur. Et sententia dici debet præsentibus ambobus, ut est in 12. tab. in omnibus iudiciis, l. de unoquoque, de re iud. l. 19. C. ad leg. Juliam de adult. Furiosus autem præsens esse nunquam intelligitur. Præsens est in iudiciis, qui intellectu præsens est, non qui corpore solo. Quo fit, ut etiam furiosus, si furor ejus sit intervallatus, iudex specialis dari possit, quia ejus, qui iudex datur, præsentia, vel scientia non exigitur: etiam absens recte iudex datur: ergo & furiosus, l. cum furiosus, de iudic. ut scilicet furore finito tantum iudicio operam det. Et tamen mutus iudex dari non potest, quia voce opus est, nec præsentia iudicis sufficit. Et similiter surdus iudex dari non potest, l. cum prætor, §. non autem, de iudic. quia & auditu opus est. Necesse scilicet est, ut iudex audiat litigatores, alioqui finire inter eos litem non posset.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XII. de iudic. *Cum prætor unum ex pluribus iudicare vetat, cæteris id committere videtur.*

Ad §. Iudicem dare possunt, quibus hoc lege, vel constitutione, vel

vel SC. conceditur. *Lege* sicut Proconsuli. Is quoque, cui A mandata est jurisdictio, iudicem dare potest: ut sunt legati proconsulum: item hi, quibus id more concessum est, propter vim imperii, sicut praefectus urbi, caeterique Romae magistratus.

Ad §. Non autem omnes iudices dari possunt ab his, qui iudicis dandi jus habent: quidam enim lege impediuntur, ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, & perpetuo furiosus, & impubes: quia iudicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus, foeminae, & servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.

Ad §. Qui possunt esse iudices, nihil interest, in potestate, an sui juris sint.

LIBER hic XVII. sicut etiam de iudiciis omnibus, B & convenienter ei initium dat etiam l. 1. de iudic. In unam rem sive litem à praetore non semper unus tantum datur iudex specialis, sed nonnunquam plures, ut l. proponatur, inf. h. s. l. duo, de re iudic. Et si quidem praetor plures dederit, ac deinde omnes eos iudicare vetet, iudicium solvitur, l. iudicium, inf. h. s. Sed si unum ex iis tantum iudicare vetet, iudicium non solvitur. Imo ut Paul. ait initio huius Lunum vetando iudicare, caeteris id injungere videtur, ut iudicent. Deinde explicat Paul. in hac l. qui iudices dare possint. Iudices litigatoribus dare in urbe potest, non tantum praetor more majorum propter vim imperii sui, ut ait, id est, suo jure, magistratus jure, etiam si id ei nulla lex specialiter permiserit, atque adeo mandata jurisdictione transfert etiam iudicis dandi licentiam, quia ei competit jure magistratus. At non tantum praetor C iudicem litigatoribus dare potest, sed etiam praefectus urbi, l. ult. de of. praef. urb. & consul, l. 1. §. 1. de appell. & praefectus praetorio, l. 1. quis, & à quo appell. & omnes magistratus urbani cujuscunque ordinis, l. ult. quis, & à quo appell. Et inde l. 3. de iuris. quam inscriptio docet esse de magistratibus urbanis, jurisdictionem consistere ait, simulatque imperium mixtum, quod scilicet jurisdictioni immixtum est, consiliter etiam ait in iudicis dandi licentia. Provinciales autem magistratus, non quidem more majorum, aut jure suo iudices dare possunt, sed alii ex lege speciali, quae hoc eis nominatim dedit, ut Proconsules, ut legati Proconsulum, post mandatam sibi jurisdictionem à proconsulibus, l. legatus, de off. procons. legati Proconsulum post mandatam sibi jurisdictionem à Proconsulibus iudices dare possunt, non ex mandata jurisdictione, sed ex lege speciali, quae hoc eis dedit, ut ubi eis mandata esset jurisdictione, & iudicis dandi jus habeant. Alii vero SC. aut constitutione aliqua, ut procuratores Caesaris, qui in causis fiscalibus iudices dare possunt, l. ex consensu, §. 1. de appell. Iudex etiam specialis datus à principe, non etiam à magistratu, datus in eam causam, in quam iudex datus à principe est, alium dare iudicem, id est, subdelegare, ut loquuntur, potest, l. 5. C. de iudic. l. ult. C. ubi, & apud quem cog. rest. Et ii sunt, qui iudices dare possunt. Alii more majorum, & suo jure, tacito jure, alii lege certa, aut SC. aut constitutione. Subjicit Paulus, qui iudices dari possint: & non possunt quidem omnes iudices dari, non sunt omnes idonei ad iudicandum: Nam alii lege impediuntur, ne iudicent, alii moribus, alii natura. Lege impediuntur senatores, qui senatu moti sunt, infamia notati ob crimen publicum: hi nempe iudices dari prohibentur, lege public. iudiciorum, qua damnati sunt, l. 2. de Senatorib. l. 1. ad leg. Juliam de vi pri. Moribus autem impediuntur foeminae, & servi, quia moribus receptum est, ut civilibus officiis non fungantur. Civilia officia sunt virilia, & liberalia officia, non servilia, non foeminea, l. 2. de reg. jur. Natura autem impediuntur surdus, & mutus, quia in cognoscendo, auditu, & voce opus est, maxime aurium sensu, quod sup. attigimus in l. 124. de reg. jur. Surdus, & mutus iudices esse prohibentur natura, id est, naturali ratione, & manifestissima, l. 1. §. furiosus, & l. 44. de oblig. & act. l. sicut, de usufr. natura etiam iudicare prohibentur perpetuo furiosus, & impubes, quia ut ait Paulus, iudicio carent. Argumentatur à nomine, iudicio carent, ergo iudices esse non possunt, ut in Instit. impuberes

testamentum facere non possunt, quia nullum animi iudicium habent, & testamentum ultimum iudicium est, l. mater, de inoffic. testam. Et recte ait, perpetuo furiosus: Nam is, cuius furor temporalis est, iudex fieri potest, etiam dum furore corripitur, ut ubi ille furor recesserit, tum iudicio operam det, l. cum furiosus, inf. hoc tit. Et quod ait, impubes, extendi velim ad eum, qui nondum attigit plenam pubertatem, id est, 18. annum ex l. quidam, de re iud. Postremo Paulus notat in hac l. 12. qui iudices dari possunt, eos, qui lege non impediuntur, vel moribus, vel natura, iudices dari posse, sive patresfam. sint, sive filiosfam. Nam iudicare publicum, & civile munus est, l. 78. inf. hoc tit. l. pen. de vacat. muner. l. 2. de reg. jur. Et in publicis causis non spectatur jus patriae potestatis, l. 14. in prim. ad Trebell. l. filiosfam. de his, qui sunt sui, vel alien. l. 6. quod cuiusque univers.

Ad L. III. de Interrog. in jur. fac. Quia plerumque difficilis probatio aditae hereditatis est.

Proposuit etiam hoc libro Paulus edictum de interrog. in iure fac. Ex hoc edicto de interrog. qui conveniuntur in iudiciis interrogati à praetore, vel ab adversario, ut l. 9. §. 1. de interrog. in jur. fac. respondere coguntur suo ore, & ex responso suo obligantur, sive verum confiteantur: interrogati scilicet in iure, vel in iudicio, non si extra iudicium, sive, inquam, verum confiteantur, sive mentiantur, ut si à creditore hereditario in iudicio interrogati, an heredes sint, & quota ex parte heredes sint, responderint, se heredes esse ex semisse, licet mentiantur, obligantur tamen pro semisse. Et has saepe interrogationes in iudicio fieri à praetore, vel adversario in iure apud praetorem necesse est, quoties difficile est auctori probare, heredem esse eum, cum quo agere constituit: quia ut ex hoc libro Pauli est proditum in l. 3. de interrog. in iure fac. difficilis est saepenumero probatio aditae hereditatis: maxime hodie sublatis cretionibus hereditatis, quae fiebant palam, & solemniter, adhibitis testibus quamplurimis. M. Tull. ad Atticum: Cretionem hereditatis Plinii fuisse factam testibus praesentibus 62. At hodie fit nemine adhibito, nuda voluntate aditio hereditatis. Idcirco difficilis ejus est probatio, & necesse est prius interrogari eum, cum quo acturus est creditor hereditarius, quasi eum herede, an heres sit, an adierit hereditatem, an pro herede se gesserit, Et secundum hæc eodem ipso libro Paulus.

Ad L. XII. de Interrog. in iure fac. Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in iure interrogatus responderit, se heredem esse, tenebitur. Nam ita respondendo pro herede gessisse videtur. Sin autem filius, qui se abstinuit, interrogatus tacuerit: succurrendum est ei, quia hunc qui abstinuit, praetor non habet heredis loco.

Ad §. Exceptionibus, quae instituitis in iudicio contra reos actionibus opponuntur, etiam is uti potest, qui ex sua responsione convenitur, veluti passus conventi, rei iudicatae, & caeteris.

Filius patri suus heres est ipso jure, & velit nolit: qui tamen beneficio praetoris se abstinuit hereditate paterna, si postea interrogatus apud praetorem, an heres sit defuncti, responderit, se heredem esse, ait, ex suo mendacio teneri in solidum, perinde ac si adisset, vel pro herede gessisset, non abstinisset se. Non hoc dicit l. 12. eum, qui abstinuit se, postea pro herede gerere posse: nam hæc variatio non admittitur, sed eum, qui post abstentionem respondit, se heredem esse, perinde teneri, ac si non abstinisset, sed se pro herede gessisset, teneri ex suo mendacio: mendacium est, quia etiam jure civili maneat heres, qui abstinuit se, l. cum quasi, §. sed etsi suus, de fideicommiss. libert. l. 6. §. si filius, de bon. libert. l. 2. §. sed si sint sui, ad Tertyll. tamen heres est sine re, & praetor eum non habuit heredis loco, cui permisit, ut se abstineret bonis: praetori non est heres. Cum igitur apud praetorem dixit se heredem esse, mentitus est, quia praetori non est heres: an ergo idem dicemus, puta teneri eum in solidum, si interrogatus apud praetorem, an heres esset, tacuerit, nihil responderit? Et videtur idem esse dicendum, ut in

ut in solidum teneatur, quia qui tacet apud prætorem, qui A
superbe se gerit apud prætorem, nec ei interroganti re-
spondet, in ea causa est, ut negasse videatur, l. 1. §. qui tacuit,
& §. nihil, sup. hoc tit. Cajus 2. Instir. apud Boetium in Top.
Cicer. *Cessio in jure*, inquit, fit hoc modo apud magistratum, is,
cui res in jure ceditur, rem tenens ita vindicat: hunc ego ho-
minem ex jure Quiritium meum esse ajo: deinde postquam hic
vindicare, prætor interrogat eum, qui cedit, an contra vin-
dices: quo negante, aut tacente, prætor addicit ei, qui vindica-
rit eum. Quo negante, & tacente, inquit. Ecce tacentem
comparat neganti. Et eodem modo filius, qui se abstinuit
hereditate paterna, si interrogatus apud prætorem, an heres
sit, tacuerit, negasse videtur se heredem esse, quod quia fal-
sum est, jure enim civili heres manet etiam qui abstinuit se,
ideo ex suo mendacio in solidum teneri videri. At contra
rectissime Paulus ait hoc loco, ei succurrendum esse ne teneatur B
: quia etsi ejus taciturnitas pro negatione habeatur, ve-
rum est eum apud prætorem heredem non esse, à prætore
eum non haberi heredis loco. Prætori itaque non menti-
tur, qui apud prætorem interrogatus, postquam se absti-
nuit, an heres sit, tacet, quod est, negat. At idem, qui se
abstinuit, quum apud prætorem affirmat, se heredem esse,
ut in priori specie, sane mentitur prætori. Et ideo hic in
solidum tenetur, ille non tenetur. Hæc est ratio hujus le-
gis. Addit Paulus in fine legis, eum, qui ex suo mendacio,
& ex sua responsione convenitur, puta quasi heres, qui se
heredem respondet, quamvis revera non sit, adversus acto-
rem tueri se posse exceptionibus, quæ vero heredi compe-
tunt ex persona defuncti, veluti exceptione pacti conven-
ti, vel rei jud. vel doli mali, vel jurisjurandi. Cur ita? quia
per omnia pro herede habetur, & pro se, & contra se, quod C
maxime notandum.

Ad L. IX. Depositi. In depositi actione, si ex factis defuncti
agatur adversus unum ex pluribus heredibus, pro parte he-
reditaria agere debeo. Si vero ex suo delicto, pro parte non
ago. Merito: quia affirmatio refertur ad dolum, quem in so-
lidum ipse heres admisit.

Hæc lex, quæ in Florentinis tribuitur lib. 17. proculdu-
bio rectius in aliis libris redditur lib. 31. ad edictum,
quia est de actione depositi tantum, non de judiciis omni-
bus. Sententia apertissima est: ut actione depositi ex dolo
defuncti, si plures sint heredes, singuli teneantur pro par-
te hereditaria, etiamsi nihil ad eos pervenerit. Unus he-
res, vel unicus tenetur in solidum, si sunt plures, singuli D
tenentur pro portione hereditaria, l. si hominem, §. 1. hoc tit.
Lex depositi, de oblig. & actio. l. ad ea, §. ult. de reg. jur. ex
dolo, inquam, defuncti; nam ex dolo proprio singuli te-
nentur in solidum. Coheredes autem non tenentur, qui
doli participes non sunt.

Ad L. III. de Re judicata. Qui damnare potest, is absolvendi
quoque potestatem habet.

R Estant ex lib. 17. de judiciis omnibus leges quinque;
ac primum quidem lex 3. de re judicata, cujus verba
hæc sunt: qui damnare potest, absolvendi quoque potestatem
habet. Licet in formulis actionum nulla fiat mentio absol-
vendi, sed condemnandi tantum his verbis: si paret eum da-
re oportere, condemnare eum iudex, ut sæpe apud Theop. ta-
men qui condemnare potest, ut ait hoc loco, etiam absol-
vendi potestatem habet. Et in l. 37. de reg. jur. Nemo, in-
quit, qui condemnare potest, absolvere non potest. Et retro,
qui absolvere potest, condemnare potest, aliud ex alio pen-
det. Tertullianus 4. adversus Marcionem, an ejus sit absol-
vere, inquit, cujus non sit etiam damnare? Et in l. cum Papi-
nianus, C. de sent. & interlocut. omn. judic. qui absolvere reum
potest, non reum tantum, sed & actorem condemnare potest.
Idem, qui non potest condemnare, nec absolvere, & con-
tra, l. 6. §. 1. de offic. procons. Quod tamen nonnunquam
vitiatur. Nam certæ sunt dignitates, quibus qui præditi
sunt, si rei postulentur à iudicibus, etiam iis, qui vice prin-
cipis judicant, absolvi quidem possunt, sed non etiam
damnari inconsulto principe, l. 3. §. adeo, C. ubi senat. vel
Tom. II. Post.

clariss. Quod Accurs. notat recte, & est relatum in Digestis
Alphonsti regis parte 7. tit. ult. l. 11.

Ad L. XXXVI. eod. Pomponius libro trigesimo septimo ad Edi-
ctum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa co-
gnoscenti, de re non liqueat, cæteri autem consentiant: si is
juraverit, sibi non liquere: eo quiescente, cæteros, qui con-
sentiant, sententiam proferre: quia, etsi dissentiret, plurimum
sententia obtineret.

Non dubito, quin hoc libro, & forte duobus superio-
ribus multa ingesserit Paulus de recuperatoriis, &
centumviralibus judiciis. Hæc sane l. 36. & 38. quæ est ex
eodem libro videtur ad ea judicia referri, si plures sint re-
cuperatores, qui cognoscant de liberali causa. Plures de ea
re judicare indicat satis lex divi, §. recte, & l. cum necessitas,
de lib. causa. Et eos fuisse recuperatores, & judicia liberalia
fuisse judicia recuperatoria indicat Sueton. in Vespas. c. 3. &
in Domit. c. 8. Ut autem ratum sit, quod de ea re decreve-
runt omnes judicare, qui sint in consilio, omnes sent. suam
promere oportet. Nam si vel unus desit, irrita est sent. nisi
quis eorum juret, sibi non liquere: nam si ex pluribus unus
vel duo jurent sibi non liquere, quod cæteri judicaverint,
ratum erit. Itemque si unus, vel duo à cæteris dissentiant,
quorum est major numerus, quod cæteri judicaverint pro
eo habetur, ac si ab omnibus judicatum esset, l. 39. hoc tit.
l. quod major pars, ad municip. l. scitui, de recep. l. 5. in fin. C. de
legationib. lib. 10. Jusjurandum illud non liquere, judicandi
necessitate absolvit, Gell. 14. c. 2. juravi, inquit, mihi non
liquere, atque ita iudicato illo solutus sum. Quod tamen ita
procedit si absolute jurarit, non liquere. At si juravit, non-
dum liquere, iudicato non absolvitur ille, qui juravit, sed
spatium ei datur ad deliberandum, l. 3. §. ult. de recep. Eaque
dilatio appellatur ampliatio in iisdem causis liberalibus.
Idem in l. 38. cujus verba hæc sunt.

Ad L. XXXVIII. eod. Inter pares numero iudices si dissonæ
sententiæ proferantur: in de liberalibus quidem causis (se-
cundum quod à Divo constitutum est) pro libertate sta-
tutum obtinet. In aliis causis pro reo. Quod & in ju-
diciis publicis obtinere oportet.

Ad §. Si diversis summis condemnent iudices: minimam spe-
ctandam esse, Julianus scribit.

Docet inter pares numero recuperatores, si dissonæ
sententiæ proferantur, puta si sint 20. recuperatores,
& 10. pro libertate judicent, 10. contra libertatem, eam sen-
tentiam præferri, quæ pro libertate facit: favere nos in du-
biis semper libertati, quod l. Junia cautum est, l. lege, de ma-
numissionib. & ut ait, hoc loco, constitutio Divi Pii. At
quid hac constitutione opus fuit, si hoc cautum jam fuit
ante lege Junia Petronia? Videntur non eadem omnino
de re fuisse l. Petronia, & constit. D. Pii. Lex Petronia fuit
de probandis manumissionum causis apud consilium præ-
toris, vel præsidis, qua de re sunt multæ leges in illo tit. de
manumiss. In illo consilio ex l. Petronia prævalet ea sent.
quæ manumissionis causam probat, atque adeo, quæ pro
libertate facit. Propensiores ex ea lege in libertatis partem
esse debemus. Constitutio D. Pii fuit de litibus, & de causis
liberalibus, in quibus desceptatur liber quis sit, an servus.
Neque vero obstat huic definitioni, ut in libertatis partem;
si utraque pars sit par, propensiores simus, l. duobus, de li-
ber. caus. Nam nos loquimur de uno iudicio, in quo dissonæ
sunt pares iudicum sententiæ. Ubi certum est, eam sen-
tentiam esse potiorum, quæ facit pro libertate. Lex duobus
non loquitur de uno iudicio, de una causa liberali, sed de
duobus separatis judiciis duorum, eundem hominem in
servitute petentium, quorum uno iudicio unus vicit,
homine servo pronuntiato: alter ab altero victus est, ho-
mine iudicato libero. Idcirco magna quæstio est in ea lege,
an ab eo, qui vicit, is homo duci, quasi servus possit: & in
eam rem proponuntur varæ opiniones in d. l. duobus, quæ
tamen interim nihil ad rem propositam faciunt, quoniam
non ibi fuit unum iudicium liberate, sed duo separata iudi-
cia.

cia. In aliis menta causis, quam liberalibus, sive publicæ, sive privatæ fuerint, prævaleat ea sententia, quæ pro reo facit: vulgo existimant prævalere eam sententiam, quæ pro reo facit in causis criminalibus, non in civilibus. In civilibus dicunt, si pares sint dissone sententiæ, alios esse adjungendos iudices, qui eam paritatem discriminent, dissepantque *quon appelle, despartissent*: in criminalibus autem dicunt, *le partage n'avoir lieu*, id est, eam partem esse sequendam, quæ pro reo facit. Verum hæc lex ostendit in omnibus judiciis sine distinctione, sive publicis, sive privatis, eam sententiam prævalere, quæ pro reo facit, quod ostendit *l. si pars, de inoff. testam.* Quæ, si agatur contra heredem querela inoff. testamen. quod est centumvirale iudicium, & pars iudicum pronuntiet contra testamentum, contra heredem, contra reum, pars pro testamento, pro herede, pro reo, eam sententiam ait esse sequendam, quæ pro testamento facit. Ergo quæ pro reo facit: & tamen causa est civilis, non criminalis. Rei ergo cujuscunque generis sint, paribus sententiis absolvuntur. Quod imputari publicæ misericordiam, & humanitati Quintil. ait *declam. 254.* Seneca 1. Epistol. in *fi. reum paribus sententiis absolvi, ac semper quidquid dubium est, humanitatem in melius inclinare.* Et similiter *d. l. si pars*, quæ pertinet ad centumviralia iudicia, nempe ad petitionem hereditatis *de inoff. testam.* humanius esse sequi ejus partis sententiam, quæ pro testamento facit, ergo pro herede, pro reo, qui convenitur de inoff. testamento. Pro reo facit, quæ pro testamento facit. Reus una sententia damnatur, id est, si vel una sententia superet pars, quæ condemnat: paritas absolvit, id est, si non plures pro actore, quam pro reo fuerint, pares sententiæ reo profunt, ut si sint iudices 20. sententiis 10. reus absolvitur, sententiis 11. condemnatur. Quod & in Areopago servatum fuisse perpetuo: & inde vulgo jactatum proverbium illud, *Minerva suffragium*, Minervæ sententia, quasi reo absoluto paribus sententiis, pro eo, Minerva suffragium suum superadjiciat, ut suo suffragio pars absolventium exsuperet partem condemnantium, alii prodiderunt, & obsev. 12. cap. 16. Quibus nunc suggero alium locum ex Electra Euripidis, ubi aperte ait, *ὁ δὲ νόμος, & ἡ πόσις ἔστιν ἄρα πάντα νικᾷ, & c. Vincere eum, qui pares tulit sententiis absolutorias.* Et observandum valde ex hac lege, quod jam attigi, id observari in omnibus judiciis publicis, & privatis, quia ait, quod & in publicis judiciis, & criminalibus obtinere oportet, quasi dicat, non in privatis tantum, sed & in publicis: quo sermone etiam indicat, in privatis facilius nos inclinare in partem, quæ pro reo facit, quam in publicis, & criminalibus, in quibus versatur ratio severitatis publicæ, cujus interest, ne crimina maneat impunita: sed tamen hoc in publicis judiciis ait *l. 38. obtinere.* Et placet valde in hanc rem, quod generaliter ait Paulus 4. *sent. tit. 12. inter pares sententias clementiorem severiori præferri, & certe, inquit, humanæ rationis est favere inferioribus, & prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possumus.* Verba digna, quæ memoriæ mandentur, hinc regula juris, favorabiliores esse reos, quam actores. Iis tantum, quæ retulimus ex hac *l. 38. obici potest l. 28. hoc tit.* quæ si duo iudices dati sint, qui diversas, & contrarias sententias dederint, non dicit absolutionem condemnationi præferri, non clementiorem severiori præferri, non eam, quæ absolvit, esse potiorem ea, quæ condemnat: sed dicit, utramque sententiam esse in pendenti, donec iudex competens unam earum confirmarit. Sed ut breve faciam, dico in hac re separanda esse iudicia recuperatoria, & iudicia centumviralia à judiciis pedaneis, judiciis inferioribus, quibus pedanei iudices adduntur. Nos legem *36. & 38. accipere de judiciis recuperatoriis, & de centumviralibus quoque, qui usque actor, aut præses præsidebat. Illi adfidebant: pedanei non adfidebant: recuperatoriis, inquam, & centumviralibus iudiciis Prætor, aut Præses præsidebat. Plinius 5. Epistol. & Theophilus in 5. eadem. hæc infra. qui, & d. quibus iudicium.* Et de centumviralibus, absque dubio est *d. l. si pars, de inoff. testam. & l. 37. hoc tit.* quæ est conjuncta cum *d. l. si pars*, utraque enim est ex Marcelli 3. Digestorum, & qui-

bus intermedia est, ideo *l. 36. & 38.* etiam de centumviralibus, aut recuperatoriis judiciis accipi debent. In iis absolutio condemnationi præponitur omnimodo, in iis prætor, qui eis præsidet, absolutionem præfert semper condemnationi. *Il conclura pour eux.* De iis judiciis non loquitur *l. 28.* quam objicimus, sed de inferioribus judiciis pedaneorum iudicum, qui duo si dati sint, qui sint dissone sententia, iudex competens, id est, prætor, qui eos dedit, confirmat utram mavult, exequiturque. Ad prætorem pertinet executio sententiæ iudicum à se datorum, *l. à divo Pio, hoc tit.* & confirmatio igitur, quia pedanei iudices jurisdictionem non habent: recuperatores, & centumviri jurisdictionem habent. Additur ex Juliano in fine hujus legis *38.* si recuperatores, vel centumviri reum diversis summis condemnent, quidam in 100. quidam in 80. quidam in 30. & sententiæ sint in æquo, in pari numero, minimam summam sequendam esse, quia in hanc scilicet omnes consenserunt, ut *l. diem, §. si plures, de recept.* Sed de his hætenus satis. Restant duæ leges.

Ad L. VI. de Vi & vi armata. In interdicto unde vi tanti condemnatio faciendæ est, quanti intersit possidere. Et hoc iure nos uti Pomponius scribit, id est, tanti rem videri, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam sapa actoris pluri interesse boninem retinere, quam quanti is est, veluti cum quæstionis habendæ, aut rei probandæ gratia, aut hereditatis adeundæ, intersit ejus, eum possideri.

Restant duæ leges, *lex 6. de vi, & vi armata. l. 35. de verb. sign.* quas omni adseveratione confirmo non recte tribui huic libro 17. quia non sunt de judiciis omnibus, de ratione exercendorum iudiciorum omnium, ut leges superiores: sed *l. 6. de vi, & vi armata*, est de interdicto unde vi, & rectius tribuitur *lib. 67.* in aliis codicibus, qui totus fuit de interdicitis, ut est intelligere ex Indice legum, quem ego edendum curavi. Et hoc vult *d. l. 6.* in interdicto unde vi, tanti damnari eum, qui actorem vi deiecerit de possessione prædii, quanti ea res est, id est, quanti ejus interest possidere, quanti ejus interest se vi dejectum non esse, *l. 1. §. non solum, eod. tit.* ut scilicet reus actori restituat, quod habiturus, vel adsecutus erat, si vi dejectus non fuisset, aut æstimationem litis. Qua de re tamen aliquando agi iudicio recuperatorio indicat oratio pro Cæcinnæ, quæ est de hoc interdicto, & habita est ad recuperatores. *Æstimationem*, autem ejus quod interest, Paulus in *d. l. 6.* varie fieri docet, modo plus, quam res sit, quæ amissa est, modo minoris, quam res sit. Quod etiam ostendit *l. 1. de act. empt. & l. 9. ad exhib.* Et exemplum ponit Paulus in *d. l. 6.* in homine, qui in eo prædio erat, unde actor dejectus est, quem quandoque habere pluri actoris interest, quam is homo est, veluti quum quæstionis habendæ causa interest ejus cum servum possidere, ut eruat veritatem rei, de qua quæritur: vel quum interest ejus eum heredem habere rei probandæ causa, quam ille optime callebat: vel etiam hereditatis adeundæ gratia, quæ ei delata erat jussu suo. Et hæc est sententia hujus legis.

Ad L. XXXV. de Verb. signif. Restituere autem is intelligitur, qui simul & causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est, & usucapionis causam, & fructuum.

Lex 35. de verb. signif. male etiam tribuitur huic lib. 17. quæ tribuenda est *26.* ut & ordo librorum ad edictum, qui in eo tit. servatur, evincit: & contextus ipse legis, qui plane respicit, non ad iudicia omnia, sed ad rei vindicationem tantum, & actionem ad exhib. quæ propter vindicationem instituitur, quæ actiones sunt arbitrarie: nimirum inest iis ea clausula, *nisi res arbitrio iudicis restituatur tempore litis contestatæ, quanti ea res erit, condemna eum iudex.* In his actionib. restituendi verbum latissime accipitur, ita ut non videatur restituisse, qui non restituit omnem principalem causam, quam actor habiturus erat, si arbitrio iudicis

cis res ei ab initio restituta fuisset. Ergo in has actiones, aut in condemnationem ultimam venire fructus, & partus, & usucapionis causam; ut si post litem contestatam rem possessor usuceperit (litis enim contestatione jam cepta usucapio non interrumpitur) nihilominus eam rem reddat, quasi non usucaptam, ut in *l. si post accep. l. præterea, l. Julianus, §. item Julian. l. qui restituere, de rei vindic. l. 9. §. quantum, ad exhibend.*



JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

DE judiciis fuerunt tres, aut quatuor libri superiores, hic autem præcipue est de jurejurando, quod & in judiciis omnibus adhiberi solet, re deducta in iudicium ante finem iudicii, demissa ad jusjurandum, *l. 3. §. quacunque, l. 34. in princ. de jurejur.* Et ideo incipiam à legibus, quæ sunt ex hoc libro Pauli de jurejurando.

Ad L. II. de Jurejur. Jusjurandum specie in transactionis consistet, majoremque habet auctoritatem, quam res iudicata.

PRima est lex 2. in qua Paulus ait, jusjurandum obtinere speciem transactionis: quod de eo jurejur. proprie dicitur, quod pars parti defert: id loco transactionis, vel pacti conventi cedit, *l. 31. & 35. §. 1. hoc tit. l. 21. de dolo.* Utroque remedio ex conventionione partium lites deciduntur. Nec tamen per omnia jusjurandum obtinet speciem transactionis, vel pacti conventi. Nam qui transigit, vel paciscitur de actione famosa, notatur infamia, non etiam, qui delato jurejurando jurat se non deliquisse: nam quodammodo jurejurando innocentiam suam approbavit, *l. 6. §. sed est jurejurando, de his, qui not. infam.* At qui paciscitur data pecunia, & se redimit ab actione famosa, ex diverso quodammodo confitetur, se reum delicti esse. Speciem etiam habet jusjurandum, aut vicem rei iudicatæ: quia qui defert jusjurandum adversario; eum quodammodo iudicem de sua causa facit, *l. 1. in prin. quar. rer. actio non det.* Imo, ut ait Paulus in hac *l. 2.* majorem auctoritatem habet jusjurandum, propterea scilicet, quod inferitur sacra testatio, propter religionem, quæ inferitur, & conventionem, quod duplex est vinculum. Majorem, inquam, auctoritatem habet, quam res iudicata, nimirum (ut exemplis aliquot id demonstrarem) quia à re iudicata appellari potest: Ab eo, quod jurejurando semel decisum fuit ex conventionione litigantium, appellari non potest: & retractari quoque facilius res iudicata potest, quam jusjurandum, *d. l. 31. hoc tit.* Et mulieri missæ in possessionem ventris nomine prodest jusjurandum, si juraverit se esse prægnantem, quamvis vere prægnans non fuerit, ne ex edicto prætoris, si mulier vent. nom. in poss. cal. caus. fuer. conveniatur quoque actione in factum, quasi calumniæ causa ventris nomine fuerit in possessione, *l. 3. §. pen. hoc tit. l. 1. in princ. si mulier vent. nomine calumnia, &c.* Et tamen ad excusandam calumpniam mulieris solum decretum prætoris, quo missa est in possessionem ventris nomine, ei non prodest. Plus ergo tribuitur jurijurando, quam rei iudicatæ. Neque tamen semper per omnia jusjurandum majorem, quam res iudicata auctoritatem habet. Si juravero me esse patronum Mævii, jusjurandum me patronum non fecit: res iudicata, id est, si iudicatum sit, me patronum Mævii esse, me per omnia patronum Mævii facit: non semper jusjurandum pro veritate habetur, semper res iudicata pro veritate habetur, *l. si juravero, de jure patron. & l. ingenuum, de stat. homin.*

Tom. II. Post.

Ad L. IV. eod. Vel filiorum tuorum.

HÆc lex ex eo pendet, quod est in *l. 3. §. ult.* jurare oportere arbitrio ejus, qui defert jusjurandum: jurari oportere ut delatum est. Præire verba jurisjurandi solet is, qui defert jusjurandum, ea subsequi omnimodo necesse est, ut ratum sit jusjurandum. Cæterum si ego detuli, ut per Deum jures, tu juraveris per caput tuum, vel, ut Paulus subiicit in *l. 4.* per caput filiorum tuorum, quod fiebat olim manu capiti imposita, devoto capite, quod atretractabat, quia non jurasti, ut tibi delatum est, ratum jusjurandum non est. Et maxime hodie hoc jusjurandum per caput tuum, vel caput liberorum tuorum, etiam si ita delatum sit, ratum habendum non est: Nam id nominatim dominus, & sospitator noster vetat in Evangelio. Cæterum frequens erat olim jurare per caput suum, aut liberorum suorum. Ovid. 5. Trist.

Per caput ipse suum solitus jurare, tuumque. Et Silius Italicus 8.

Juro caput Anna, tibi que, Germanæ que tuæ. Servius in illum locum Virgilii:

Per caput hoc juro, per quod pater ante solebas, scribit. Pontificibus non licuisse jurare per liberos, sed per deos: jurare per caput suum, per liberos suos, quod frequens est Demostheni in Aphobum, καὶ τὸ ἴδιον ἢ κατὰ πάλαιον ὁ μὲν ὕδατος.

Ad L. VI. eod. Remittit jusjurandum, qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi. Quod si non suscepit jusjurandum, licet postea parato jurare actor nolit deferre, non videtur remissum: nam quod susceptum est, remitti debet.

HÆc lex 6. huic libro recte tribuitur in Noricis, male in Florentinis 19. In quo de jurejurando nihil. Sed omnia Paulus in hunc de jurejurando cujuscunque generis contulerat. Et ait: Remissum jusjurandum pro præstito haberi, si modo susceptum fuerit: ut si mihi detulisti, ut jurarem, me tibi rem, quam petis dare non oportere, ego acceperim conditionem jurisjurandi, tu mihi parato jurare gratiam jurisjurandi feceris, pro præstito habetur, *l. 9. §. 1. hoc tit. Paulus 2. sent. tit. 1. Si reus cum jurare vellet, actor ei necessitatem jurisjurandi remisit, & hoc liquido appareat, actio in eum non datur: Sed si reus delatum sibi jusjurandum non suscepit, si non responderit, accipio conditionem, licet postea parato jurare, noluerit adversarius ut juraret, non videtur ei remisisse jusjurandum, quia id tantum remittitur, quod susceptum est semel. Quæ est sententia *l. 6.* & ea remissio pro datione, sive præstatione jurisjurandi habetur.*

Ad L. VIII. eod. Etiam si in rem successerint.

HÆc lex pertinet ad verba edicti de jurejurando, ut si reus conditione delata juraverit, se dare non oportere eam rem, qua de agitur, ejus rei, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, ulla detur actio. Ubæ his verbis, neque in eum, ad quem ea res pertinet, significatur non tantum successor juris, ut heres, aut bonorum possessor, sed & successor rei, ut is, qui ab eo, qui juravit, eam rem emit: nam & emptori actoris sui jusjurandum prodest, itemque donatario, & legatario. Itaque in hoc edicto ea verba, is, ad quem ea res pertinet, complectuntur omnem successorem, vel juris, vel corporis, *l. 24. §. adjicitur, de dam. infect. l. si tibi, §. pactum, de pact.* Jusjurandum; quod quis juravit, prodest successoribus ejus, sive in jus universum, sive in eam rem, qua de juravit, successerit. Nec obstat, quod est in *l. 2. hoc tit.* jusjurandum alterius alteri non prodesse, quia successor juris, vel rei, non intelligitur esse alter, sed quantum attinet ad eam rem, in quam succedit, idem videtur esse, qui fuit auctor ejus, eademve persona. Ut autem cuilibet successoribus jusjurandum auctoris sui prodest, ita & nocet. Eadem est ratio contrariorum: Nam exempli gratia: si in iudicio in rem, in rei vindicatione possessor deferente actor juraverit, rem suam esse,

2

hos

hoc jusjurandum nocet ei, qui detulit, atque etiam illi, qui in locum ejus succedit, non etiam extero, l. 9. §. ult. inf. hoc tit. quia ut subjicitur in l. 10. non debet alii nocere, quod inter alios actum est. Hoc nihil aliud est, quam quod dixit l. 3. sup. & l. 1. si mulier vent. nomine, &c. alterius jusjurandum alteri non nocere, id est, extero: & quod ait reg. juris: Non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri: Alteri scilicet, qui non in rem successerit, vel in jus universum.

Ad L. XVII. eod. Jusjurandum, quod ex conventionem extra judicium deferretur, referri non potest.

Ad §. Pupillus tutore auctore jusjurandum deferre debet. Quod sine tutore auctore detulerit: exceptio quidem obstat, sed replicabitur, quia rerum administrandarum jus ei non competit.

Ad §. Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosus, prodigive, jusjurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam & alienari res, & solvi eis potest: & agendo rem in judicium deducunt.

Ad §. Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est: scilicet: si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.

Sequitur in l. 17. Jusjurandum, quod ex conventionem, &c. In hoc libro 18. Paulus absque dubio proposuit varia jusjurandi genera, & non solum id, quod de re est, qua de agitur, veluti de pecunia credita, de ære alieno, cujus eleganter Lucilius dixit plerumque jusjurandum emplastrum esse, apud Gell. sed etiam id jusjurandum, quod est de calumnia, de quo multæ leges extant in hoc tit. proposuit item aliud esse jusjurandum voluntarium, quod scilicet ex conventionem partium extra judicium deferretur, quod pars, cui delatum est, referre & rejicere in eum, qui detulit, non potest, quin faciat contra id, quod semel placitum est. Jusjurandum igitur voluntarium referri non potest, quod proponitur initio hujus legis. Aliud autem esse jusjurandum judiciale, quod in dubiis causis iudex exigit ab uno ex litigatoribus in l. 13. inf. quod etiam non rejicitur in adversarium, quia neque deferretur, sed exigitur. Eoque jurejurando à iudice unus ex litigatoribus adigitur. (†) Aliud autem esse necessarium, quod scilicet (ut Græci rectius interpretantur, quam Latini) pars parti deferretur in judicio: quod & ex conventionem, nimirum ex placito litigantium quodammodo proficisci videtur, maxime si suscipiatur ab eo, cui deferretur, l. 25. & 26. §. ult. hoc tit. Et hoc quidem jusjurandum referri potest, ut is, quid id deferret, juret. Et de eo idem Paulus dicit in l. 38. hoc tit. manifestæ turpitudinis, & confessionis esse, nolle nec jurare, ut deferret adversarius, nec jusjurandum referre. Et hoc necessarium jusjurandum dicitur, quoniam prætor, ut edicto profiteatur, eum, cui pars detulit jusjurandum, aut solvere, aut jurare cogit, videlicet, si nolit referre, l. 34. §. ait prætor, hoc tit. Prætoris est cogere, vel non cogere. Unde pars illa edicti apud Gell. 10. cap. 15. Sacerdotem vestalem, & flaminem Diale in omni mea iurisdic. jurare non cogam. Quod & de flamine Diali refert Festus, & Livius 31. Et Plutarch. rationem reddit in problemat. Attamen flamines illos sub Tiberio & Cajo legimus apud Dionem 58. jurasse non quidem publice in curia, sed *ἰδίᾳ*, privatim. Et ideo videntur posse adungi iis, ad quos l. 15. hoc tit. ait, domum mitti oportere ad jurandum, nec in forum eos compelli debere jurandi causa. Invenio similiter clericis nostris omne jusjurandum remitti, l. cum clericis, C. de episcop. & cleric. etiam jusjurandum de calumnia, quod tamen ibi negat Accursius ex constitutione Henrici 2. Imperatoris, quæ & illius l. cum clericis mentionem facit, cap. 1. ext. de juramento calumnie.

Ad §. Pupillus. Sequitur in hac l. 17. pupillum tutore auctore adversario jusjurandum in judicio deferre posse, non etiam sine tutoris auctoritate, quia solus ipse rerum suarum administrandarum jus non habet, & delatio jusjurandi pertinet ad administrationem rerum, sive negotiorum

(†) Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 18.

suorum. Et ideo, si solo pupillo deferente, adversarius jurari se dare non oportere, & ab eo pecunia petatur pupilli nomine, si utatur exceptione jusjurandi, qua proculdubio uti potest, propter vim, & majestatem religionis, quæ interposita est huic negotio, eam exceptionem emendabit replicatio in factum, si non is detulit jusjurandum, qui jus deferendi non habuit. Hæc est formula replicationis. At si tutor ipse, vel, ut ostenditur hic, qui res pupilli administrat, quæ verba non sunt otiosa: Nam tutor honorarius, qui nihil administrat, idem non potest. Si tutor igitur, qui tutelam gerit, quæ dicit *πρὸς ἀντιδικαστῶν* honorarii tutoris, vel etiam si curator furiosus, aut prodigi, æque qui curam administrat, jusjurandum deferat, ratum habendum est, quia loco domini habetur. Nam & alienare res eorum mobiles potest, & rem in judicium deducere, id est, actiones, quæ eis competunt intendere, dictare: & solvi quoque ei potest, si id sit è re pupilli, furiosus, vel prodigi, ut l. 22. & 46. §. ult. & §. ult. de admin. tut. l. quod si forte, §. 1. quarum rerum actio non detur. Sed addit hæc verba in judicio, ratum scilicet esse jusjurandum, quod tutor detulit in judicio, in re pupillari, non quod detulit extra judicium, nisi si id maxime exigat (hoc enim est addendum) utilitas negotiorum pupilli, cum & ea exigente transigere tutor extra judicium, & pacisci possit, d. l. 46. §. ult. l. tut. de pact. In fine hujus l. additur, procuratorem omnium negotiorum jusjurandum deferre posse, procuratorem, qui generale mandatum habet, & liberam administrationem omnium bonorum sive negotiorum, non etiam procuratorem litium. Quoniam id ei tantum mandatum est, ut peteret, ut litem ageret, vel, ut litem defenderet, non etiam ut jusjurandum deferret. Qui datur procurator ad litigandum, plenam potestatem non habet. Et ideo jusjurandum deferre adversario non potest, à quo petit nomine alieno, nisi scilicet id ei specialiter mandatum sit, ut etiam possit rem jurejurando dirimendam permittere, vel nisi in rem suam factus sit procurator, quoniam hic loco domini habetur, l. 13. de pact. Sicut si de jussor in rem suam loco domini habetur, l. 24. de pact. Eademque omnino servantur in transactione, vel pactione, cuius etiam, ut initio diximus, jusjurandum speciem obtinet, l. 10. §. ult. adhibitis tribus, quæ sequuntur eod. tit. de pact.

Ad L. XX. eod. Servus quod detulit, vel juravit, servetur, si peculii administrationem habuit.

Ad L. XXII. eod. Quidam, & de peculio actionem dandam in dominum, si actori detulerit servus jusjurandum. Eadem de filiofamilias dicenda sunt.

Ad L. XXXV. eod. Tutor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est: quandoque enim pupillo denegabitur actio.

Ad §. Prodigus si deserat jusjurandum, audiendus non est. Idemque in cæteris similibus ei dicendum est. Nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive iudicio, hoc jusjurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc habiles sunt.

Ad §. Qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec jurare compellendi sunt: ut legati provinciales.

Sicut procurator, cui libera administratio omnium bonorum permilla est, jusjurandum deferre potest, ut dixit idem Paulus sup. l. 17. §. ult. Ita & nunc docet in l. 20. hoc tit. Servus, cui libera peculii administratio concessa est, in re aut causa peculiari, jusjurandum actori deferre, aut sibi delatum, jurare potest, & quod detulerit, quodve ipse juravit, servandum est. Nam, ut additur in l. 21. & debitor peculiari recte solvit servo, qui liberam habet peculii administrationem, ut in l. solutam, de solut. Et idem servus, qui habet liberam peculii administrationem, novare peculiarem obligationem potest, videlicet si quod quis ei debet, id novandi causa ab alio quodam locupletiore stipuletur, ut conditionem suam faciat meliorem, vel etiam si alium stipulari jubeat, quod sibi debetur, ei delegato debitore peculiari, modo id faciat non donandi animo, sed ut ille, cui delegat debitorem peculiarem, suum negotium, id est, peculii negotium gerat: alii debitorem peculiarem delegare do-

donandi animo non potest, quia etiamsi liberam habeat A
 peculii administrationem, donandi jus non habet, per dundi
 peculii jus non habet, donare est perdere, l. contra, §. ult. de
 pact. l. 1. §. 1. quæ res pig. oblig. Cæterum rei suæ gerendæ
 causa, si id exigat peculii utilitas, potest debitorem peculia-
 rem delegare alii, alium à debitore peculiari jubendo sti-
 pulari. Quæ est sententia legis ult. de novat. Et in eo quidem
 servo, qui liberam habet peculii administrationem, verum
 est, quod ait lex cui recte solvitur de novat. eum, cui solvitur
 recte, etiam novare posse, videlicet, si liberam habeat pecu-
 lii administrationem, & non donandi animo alium jubeat
 stipulari. Qui enim non habet liberam peculii administ-
 rationem, vel qui habet, sed donandi animo vult novare
 obligationem peculiarem, ad novationem faciendam non
 admittitur. Et ita est accipienda l. 16. & 25. de novat. l. si unus,
 in prin. de pact. l. fugitivus, de solut. Quod autem Paulus dixit B
 in l. 20. à servo habente liberam peculii administrationem,
 delatum jusjurandum auctori servandum esse, ratum ha-
 bendum esse, ex eo infert idem Paulus in l. 22. ex quorun-
 dam sententia, si eo servo deferente juraverit auctor sibi da-
 ri oportere, quasi ex contractu, & conventionem servi, in do-
 minum dandam esse ex jurejurando actionem in factum,
 de peculio videlicet, ut pro modo peculii præstet auctori,
 quod is deferente servo juravit sibi dari oportere. Idemque
 servari in filiofam. quod caret omni dubitatione. Verum
 l. 5. §. 1. de pecul. separat hac in re filiumfam. à servo, &
 ait, filiofam. deferente jusjurandum, si auctor juraverit sibi
 deberi, patrem teneri de peculio. Servo autem deferente,
 si auctor jurarit, dominum non teneri de peculio. Et tamen
 hæc lex 22. idem statuere videtur in utroque, ut & pater, &
 dominus de peculio teneantur, si servus, aut filiusfam. qui C
 habebat liberam peculii administrationem jurisjurandi con-
 ditionem auctori detulerit. Sed dici primum possit, à Pau-
 lo in l. 22. referri sententiam quorundam, qui Proculiani
 fuisse videntur, ut indicat, si attente legatur, l. 3. de pecul.
 à Paulo, inquam, in l. 22. his verbis, Item quidam, & de pec-
 ulio, referri quorundam sententiam, non etiam probari,
 nisi in filiofam. Cæterum in servo non probari, quod ex ea
 causa servus non obligetur naturaliter, sicut si judicio con-
 demnatus fuerit, cum constet cum servo nullum esse judi-
 cium, servum esse (ut loquuntur) ἀδικτω δικαστηρίῳ; ἢ
 ἀποδύσαντων. Sicut, inquam, si per errorem, aut per obreptionem
 servus judicio condemnatus sit, non obligatur natura-
 liter, nec dominus tenetur de peculio iudicati actione, l. 3. §.
 si servus, de pecul. Ita etiam, si servus in judicio detulerit jus-
 jurandum auctori, & auctor jurarit sibi deberi, servus non D
 obligatur naturaliter, nec dominus de peculio jure præto-
 rio, vel potius, quod verius esse videtur, quodque Græci
 sequuntur, & refert Acc. hic agitur de servo, qui liberam
 habet peculii administrationem, quod est certum hac l. 20.
 Quo quidem servo deferente, si auctor jurarit, dominus te-
 netur de peculio: sicut pater, si filiofam. deferente, qui libe-
 ram habet peculii administrationem, auctor juraverit, pater
 tenetur de peculio. At de eodem servo, qui habet liberam
 peculii administrationem, non agitur in d. l. 5. §. 1. quæ pug-
 nare videtur. Ideoque si servus in judicio, cum non ha-
 beret liberam peculii administrationem, jusjurandum detu-
 lerit auctori, nihil agit, quia nec servus ipse obligatur natu-
 raliter, nec dominus de peculio. Et longe alia est ratio fi-
 lii. quod paulo infra indicabo. Porro, quod idem Paulus
 dixit in l. 20. jusjurandum, quod servus juravit deferente E
 adversario, cum is servus haberet liberam peculii admini-
 strationem, esse servandum, id verum esse confirmat lex 23.
 h. t. quoniam ait, si servus deferente adversario juravit, do-
 minum dare non oportere, domino si conveniatur, prodest
 exceptio jurisjurandi à servo interpositi, domino prodest
 religio servi. Et similiter in l. 25. si jurarit servus domino
 dari oportere, domino acquirit actionem in factum ex ju-
 rejurando, vel si juravit rem domini esse, de qua agebatur,
 actionem domino acquirit rei persequendæ gratia, si rem
 non possideat, vel exceptionem, si possideat. Hæc est senten-
 tia legis 25. Et subjicit Paulus in l. 24. quæ est ex eodem li-
 bro, quæ lib. 18. vindicanda est, male Florentinis vindicatur
 28. qui error etiam est in inscriptione legis 35. ut ibi de-
 monstretur.

Ad L. XXIV. eod. *Multo magis proderit patri religio filii, cum
 quo etiam judicium consistere potest. Ipsi autem referen-
 tes conditionem eorum, quibus subiecti sunt, non faciunt
 deteriorem.*

SUBJICIT Paulus in l. 24. idem multo magis servari, si fi-
 lius deferente adversario juraverit, patrem dare non
 oportere, nempe patri acquiri exceptionem jurisjurandi,
 l. ult. de excep. l. ult. quarum rerum actio non detur. Cui au-
 tem ait, multo magis hoc servari in filiofam. quia, inquit,
 cum filiofam. judicium consistere potest. In judicio ergo
 recte desert jusjurandum, aut recte ei desertur jusjuran-
 dum. Cum servo autem judicium consistere non potest,
 quia nulla ejus persona esse intelligitur, l. 6. & 7. C. de judic.
 Ex quo intelligimus (quod maxime notandum est) supe-
 riores leges, videlicet l. 20. & seq. accipi etiam de jureju-
 rando, quod in judicio servus, aut filiusfam. detulit, quodve
 ei servo, aut filiofam. delatum est, quoniam ait, quæ dicta
 sunt, multo magis obtinere in filiofam. quia judicium cum
 eo consistere potest: difficilius obtinere in servo, cum quo
 judicium consistere non potest; Idemque mentio relati ju-
 risjurandi à servo, vel filiofam. indicat in hac ipsa l. 24. &
 in l. seq. nam id tantum jusjurandum referri potest, quod
 adversarius desert in judicio, ut habetur in principio legis
 17. sup. Dices, qui fieri potest igitur, ut hæc disputatio lo-
 cum habeat in servo? Dico ponendum esse judicium non
 cepisse à servo, sed à domino: ac deinde eo servo deferen-
 te jusjurandum, qui habuit liberam peculii administ-
 rationem, quum ea res, de qua judicium erat, peculiaris esset,
 adversarium jurasse sibi dari oportere: aut (quod tamen
 non est necesse: nam alia prior interpretatio vera est) ex-
 tra ordinem (ut quandoque fit ab initio) in ipsum servum
 institutum fuisse judicium, ut l. 7. de jurisdic. l. 4. §. pen-
 vi bon. rapt. l. 1. §. 1. de incend. ruina, & naufr. Additur in
 d. l. 24. in fin. Servum, aut filiumfam. cui in judicio delatum
 est jusjurandum, id referre, aut reddere delatori non posse.
 Cur ita? quia faceret, ut significat, domini, aut patris de-
 teriorem conditionem, quam jurisjurandi sibi delati con-
 ditionem accipiendo, & jurando potest facere melio-
 rem. Qui potest facere ejus, in cujus potestate est, melio-
 rem conditionem, sane deteriorem facere non potest,
 omissa quæ aufertur meliori conditione, l. melior, de reg.
 jur. l. 7. §. ult. de pact. dotal. l. 3. §. si filius, quod quisque
 juris. Referre igitur jusjurandum servus, aut filiusfam.
 non potest, & tamen id deferre potest, ut jam ante di-
 ctum est in l. 20. si modo liberam peculii administ-
 rationem habeat. Cur deferre potest, non referre? nimi-
 rum quia quum ipse desert jusjurandum in judicio, non-
 dum apparet quicquam, quo in ea re domini, aut pa-
 tris conditionem deteriorem facere possit, & possit justa
 causa intervenire deferendi jurisjurandi, quæ patri, vel do-
 mino non noceat, sicut & paciscendi de non petenda pec-
 unia, l. contra, in fine, de pactis. Referendi autem nulla po-
 test esse causa, nulla excusatio, quin domini deterior condi-
 tio fiat: quia cum conditione jurisjurandi sibi delata non
 utitur in rem domini, sed eam conditionem ad adversarium
 refert, ut pila, qui datatim ludunt, manifestum est, eum per-
 dere rem domini, & omnino eam relationem vergere in
 domini, vel patris detrimentum. Et observandum in d. l. 24.
 Florentinos, atque Noricos rectius habere: *Ipsi autem refe-
 rentes conditionem eorum, recte habere referentes.* Vulgares
 male, *deferentes*, quia pugnet l. 20. quæ *deferentes* admittit.

Ad L. XXVI. eod. *Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus
 ætatisve sit. Omni enim modo custodiri debet jusjuran-
 dum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit, quam-
 vis pupillus non videatur pejerare: quia sciens fallere non
 videatur.*

Ad §. Si pater filium dare non oportere juraverit: *Cassius re-
 spondit & patri, & filio dandam exceptionem jurisjurandi.
 Si pater juraverit, in peculio nihil esse; filius conveniri po-
 terit: sed & pater ita convenietur, ut post acquisit pecu-
 lii ratio habeatur.*

Ad

Ad §. Jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive: quia proficiscitur ex conventionione: quamvis habeat & instar iudicii.

IN hac lege hoc proponitur, quod mulier vel pupillus juravit deferente adversario, ratum habendum esse, quia id sibi adversarius imputare debet, qui mulieri, vel pupillo detulit jusjurandum, ut in l. 23. sup. l. 7. §. 1. sup. de instit. actione. Ergo ei, qui detulit jusjurandum mulieri, vel pupillo, si juratum sit, si mulier, vel pupillus juravit, jusjurandum nocet: quanquam pupillus videatur non posse jurare, aut pejerare, quia non nisi sciente animo suo, vel dejerat, vel pejerat: quia, inquit, pupillus sciens fallere non videtur: quæ verba jam pridem ostendi ex Polybio pertinere ad veterem illam formulam jurisjurandi: *si sciens fallo, tum me Deispiæ urbe salva, arceque bonis ejiciat, uti ego hunc lapidem*, apud Festum. Cujus etiam meminit Mar. Tullius 7. Epist. Cum cœpisset, inquit, jurare, vox defecit, quum dixit, *si sciens fallo*. Et in Academicis: *maiores nostri voluerunt quemque teneri jurejurando, si sciens fallere, quod infamia multa versaretur in vita*. Idemque Polybius lib. 3. Ad illam formulam respiciens, P. non videtur, inquit, pupillus dejerare, aut pejerare, quia nihil scire intelligitur, vel quia sciens fallere non videtur. Et tamen si quis stultus ei detulerit jusjurandum, non potest iis, qui detulit, ei jurando non stare. Est autem quod hic ait Paulus, intelligendum de jurejurando voluntario, quod adversarius extra iudicium detulit mulieri, vel pupillo, non de necessario, quod deferretur in iudicio: nam hoc pupillo deferretur inutiliter, d. l. 34. §. pupillo, inf. non etiam de iudiciali, non de jurejurando in litem, l. 3. in prin. tit. seq. Additur in hac lege 26. si pater juraverit filiumfam. dare non oportere, deferente adversario, utrique prodesse exceptionem jurisjurandi: patri si conveniatur de peculio, aut de in rem verso filii nomine: & filio, si conveniatur in solidum, quia tenetur in solidum ex suo contractu. Et tamen, si pater pactus sit de non petenda pecunia, quam filius debet, patri quidem prodest exceptio pacti, si & hoc agebatur, ut prodesset, filio tamen non prodest exceptio pacti, sed doli mali subsidiaria, l. & heredi, §. Julianus, de pact. Sed & in causa proposita tentari potest, filio non prodesse exceptionem jurisjurandi, nisi utilem & in factum, quia jusjurandum pacti non imitatur, aut certe, quod magis est directam exceptionem jurisjurandi prodesse filio, si pater de re ipsa, & de contractu juravit, puta solutam esse pecuniam, quam filius debet. ut in l. 28. §. 1. ubi id fusius explicabitur. Quod si pater hoc tantum juret, non filium dare non oportere, non se aut filium solvisse, sed juret tantum in peculio filii nihil esse, patris religio non prodest filio, quia non juravit filium non debere: filius igitur debitor manet in solidum. Non prodest etiam patri, quia etsi tunc nihil si in peculio, tamen poterit esse rei iudicatæ tempore, poterit scilicet interim filius acquirere peculium. Actio de peculio recte intenditur, etiam si nullum sit peculium, quia potest interim acquiri ante rem iudicatam, & agitur non de præsentis tantum peculio, sed de futuro, l. questum, de pecul. l. Fulcinius, §. si qui actione, quib. ex caus. in pos. eat. In extremo hujus legis ait Paulus: voluntarium jusjurandum aliquando cedere loco novationis, voluntariæ scilicet, aut loco delegationis, subdita ratione, quia ut novatio ex obligatione, & delegatio ex conventionione proficiscitur, ita & jusjurandum voluntarium. Et novationis quidem loco jusjurandum cedit, ut si quod mihi Titius debet, juravero, te mihi debere, aut loco delegationis, ut si quod Titio debes jurato te mihi debere, Addit & jusjurandum habere locum, & vicem, vel instar novationis necessariæ, id est, iudicii accepti, sive litis contestatæ. ut l. 35. §. 1. & §. ult. inf. Vis videre quam hoc sit verum? Litis contestatio perpetuat actionem temporariam, & jusjurandum similiter, l. 9. §. si is cui, sup. h. tit. Et similiter deferri ab eo potest jusjurandum, qui & rem in iudicium deducit, l. 17. §. 1. hoc tit. Denique jusjurandum est instar iudicii accepti, id est, litis contestatæ, sed ut Græci annotarunt recte, hæc est, *ἀποδοτική*, non *καυδόντις*. Est similitudo quædam, quæ omnis claudicare

dicitur, non est *καυδόντις* identitas; novatione enim pristina actio tollitur, jurejurando non tollitur, l. 30. in prin. hoc tit. Non est igitur jusjurandum per omnia novationi compar, nec item delegationi, aut iudicio. Idemque dici de solutione potest, cuius vicem etiam jusjurandum obtinere ait lex, quæ sequitur 27. & comprobatur l. 28. §. 1. & lex 35. §. 1. hoc tit. & lex 95. §. naturalis, de solut. Et quod etiam dicitur jusjurandum acceptilationi esse simile, l. 40. hoc tit. esse simile in quibusdam, *ἀποδοτική* esse hoc loco, non *καυδόντις*.

Ad L. XXVIII. eod. In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocet.

Ad §. Quod reus juravit, etiam fidejussori proficit. A fidejussore exactum jusjurandum, prodesse etiam reo, Cassius & Julianus ajunt: Nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendus est: si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu, & de re, non de persona jurantis ageretur.

Ad §. Si ei, qui debitorem meum in iudicium exhibere promissus, jusjurandum detulerim. isque juraverit, se omnino exhibitionem ejus non promississe, prodesse debitori meo id non debet: si vero juraverit, se nihil mihi præstare oportere: distinguendum sit, & replicatione emendandum, utrum ideo juraverit, an quia post promissionem exhibuerit, an vero quia solverit. Quod & in fidejussore debiti distinguendum est.

Ad §. Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniæ alter juravit: alteri quoque prodesse debet.

Reliqua legis descripta sunt singulis paragraphis.

INitio hujus legis proponitur, in duobus reis stipulandi, &c. Ergo ab uno ex duobus stipulatoribus ejusdem pecuniæ, vel rei communi debitore delatum in iudicio jusjurandum, si juraverit, se dare non oportere, etiam alteri stipulatori nocet. perinde atque si ab ipso delatum jusjurandum fuisset. Prodesse igitur debitori adversus utrumque. Idque indistincte, sive duo rei stipulandi socii fuerint, sive non fuerint. Male enim Accursius hoc admittit tantum in sociis, cum initio hujus legis, tum etiam in §. ex duobus, qui ob eam rem merito ab aliis interpretibus reprehenditur. Eodem vero modo acceptilatio facta ab uno stipulatore, debitori prodest etiam adversus alterum, qui acceptilationem non fecit, l. 13. §. ult. de acceptil. Itemque petitio unius stipulatoris, sive litis contestatio, l. 2. & l. 6. de duobus reis stipul. Itemque novatio ex sententia Venuleii, l. si rem, §. si duo, de novat. Quod latius exposui lib. 3. ad l. si unus, de pact. At videamus, cur sicut jusjurandum, & acceptilatio, & petitio, solutio, novatio, ita & pactum, quod debitor fecit cum uno ex stipulatoribus, & in rem concepit de non petenda pecunia, cur debitori non prodest etiam adversus alterum? Negatur prodesse in d. l. si unus. An major est vis jurisjurandi, quam pacti? Non utique major, quam cæterorum, puta acceptilationis, petitionis, novationis, solutionis, non etiam major, quam pacti. Sed animadvertendum est, uno stipulatore deferente jusjurandum debitori, debitorem jurare se solvisse, aut se nihil amplius debere, & ideo quasi solverit, vel quasi acceptilatione, vel novatione, quæ solutioni similis est, liberatus fuerit, tota solvitur obligatio. Pacto autem habito cum uno ex stipulatoribus de non petenda pecunia, debitor non dicit se solvisse, aut se non amplius debere, sed quod inter eum & stipulatorem deberi constat, id ei stipulator remittit, & condonat, quæ ejus liberalitas, alteri conreo stipulandi nocere non debet, de suo enim quemque largiri oportet, non de alieno, l. 6. §. ult. de leg. 3. Eademque ratione ut Paulus subjicit in §. 1. hujus legis.

Ad §. Quod reus. Sive debitor juraverit, se dare non oportere, jusjurandum, quod in locum solutionis succedit, fidejussori proficit, ut l. ult. in fib. l. 7. §. 1. de except. sive ex diverso fidejussor juraverit, se dare non oportere, non quia non fidejussit, sed quia solvit debitori principali jusjurandum ut liberetur, proficit per exceptionem jurisjurandi à fidejussore dati, perinde atque si fidejussor solvisset, ut d. l. ult.

ult. §. pen. inf. hoc tit. At, ut significat, accurate videndum est, utrum fidejussor, qui juravit se dare non oportere, de sua persona tantum senserit, puta se non fidejussisse, an de ipso contractu, de re ipsa, puta nullam subesse obligationem. Qua mente autem id juraverit, se dare non oportere, an quia non fidejussit, an quia sublata est obligatio solutione, vel alio modo? Id Græci hoc loco notant deprehendi, ἐκ τῶν πρὸ τῆς ἐπιφορᾶς φιλωνεικνδέντων. Ex iis, quæ ante delationem jurisjurandi in controversia erant, aut certe in obscuro semper videri fidejussorem jurasse de re ipsa, ut *l. ult. inf. hoc tit.* Et priore quidem casu jusjurandum fidejussoris reo non proficit, si ideo juravit, se non debere, quod non fidejussit. Posteriore casu, etsi sensit de contractu, & de re ipsa, jusjurandum fidejussoris reo principali prodest. Quod & argumento ducto à fidejussore iudicio fisci, ad fidejussorem pecuniæ debitæ comprobatur Paulus. Nam si is, qui promissit reum in iudicio exhibere, qui est fidejussor iudicio fisci, ut *l. 4. qui satisf. cog.* deferente actore juraverit, se non fidejussisse, id est, non promississe rei exhibitionem, tale jusjurandum non exonerat debitorem, non prodest debitori. Quod si juraverit fidejussor iudicio fisci, se nihil præstare oportere, rursus videndum est, utrum hoc juraverit, quia rem jam exhibuerat in iudicio, & promissioni satisfecerat. Et hoc quoque jusjurandum debitori non prodest, quia exceptioni jurisjurandi, si ea debitor utatur, obstat replicatio, si non de ea re juravit fidejussor, quæ in iudicio venit, vel quæ petitur, sed de facto suo tantum. Et eleganter ait, per replicationem emendari exceptionem jurisjurandi: exceptio enim emendatio est actionis: replicatio exceptionis: Multum, inquam, interest, utrum fidejussor juravit, se nihil præstare oportere, quia jam rem exhibuerat, quo casu jusjurandum reo non prodest: an vero, quia solverit, quanti ea res est: quod in satisfatione iudicio fisci, ad id quod revera interest, redigitur, *l. 3. §. ult. qui satisf. cog.* Et hoc sane jusjurandum, quod plane est de re ipsa, quæ in iudicium venit, debitori prodest, nec si utatur exceptione hujus jurisjurandi, per replicationem ullam repelli potest. Et inde infert Paulus, eandem distinctionem esse servandam in debiti fidejussore. Denique argumentatur à fidejussore iudicio fisci ad fidejussorem debiti, quod notandum. Eademque distinctione utitur infra in *§. pen.* Et hæc de jurejurando. Pactum autem fidejussoris, nunquam reo prodesse constat, *l. 23. de pact.* quia pactum donationis causa fit, nec solutioni ullo modo comparari potest, & ideo soli fidejussori prodest, reo non prodest, sed ex æquo & bono tamen plerumque ei accommodatur exceptio doli: atque ita prodest ei pactum fidejussoris, non quidem directo per exceptionem pacti, sed per exceptionem doli mali, si ea mens fuerit paciscendum, ut & fidejussor, & reus absolverentur, *l. 25. eod. tit. de pact.* Eadem vero inter pactum, & jusjurandum differentia servatur, si unus ex reis promittendi jurarit, se dare non oportere, vel si in rem, & generaliter pepigerit de non petenda pecunia. Jusjurandum enim alteri prodest omnimodo, sine ulla distinctione. Pactum non aliter prodest alteri, quam si ejusdem obligationis socii fuerint, vel ejusdem rei, *d. l. 25. l. 1. & 14. rem rat. hab. l. eandem, §. 1. de duob. reis, l. qui solutionem, §. ult. de solut.* Quod & futius explicatum fuit in *l. si unus, de pact.*

Ad *§.* Exceptio jurisjurandi non tantum, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet: sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur: forte si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, cæterasque similes jusjurandum exactum sit: deinde ex iisdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur.

Ad *§.* Si quis juraverit, se non rapuisse, non debet adjuvari hoc jurejurando in actione furti, aut conditione: quia aliud est furtivum fecisse, quod vel clam fieri potest.

IN hoc *§.* ostenditur, exceptionem jurisjurandi non tantum ei actioni obstat, cujus nomine delatum, vel exactum est jusjurandum, sed etiam alii cuicumque actioni,

eadem de re competenti. Et ut ait in *§. quæ juravit*, hoc omnino observandum est, licet per aliam actionem eadem quaestio moveatur, exceptionem jurisjurandi locum habere. Mutatio actionis nihil facit, si eadem res in iudicium deducatur, & eadem quaestio. Et ideo si egeris mandati actione tecum, & delato, vel exacto jurejurando juravero, nihil me dare oportere, non tantum si iterato agas mandati, sed & si negotiorum gestorum, vel certi conditione generali eadem de re, tibi obstat exceptio jurisjurandi. Quod & eodem modo servari in exceptione rei iudicatæ docet *l. 5. de excep. rei judic.* appposito eodem exemplo, quod & apponitur in *§. exceptio*, ut scilicet obstat exceptio rei iudicatæ, non tantum si iteres eandem actionem, sed etiam si alia actione agas, eadem de re tamen, de qua iudicatum est. Unde illa formularum verba, quæ refert M. Tullius 13. Epist. ad Servium Sulpitium, & *5. de finib. De eadem re agit alio modo*, & ideo repellitur, vel exceptione rei iudicatæ, vel exceptione jurisjurandi, quod vicem iudicati obtinet. Et ex hoc loco intelligimus cum actione mandati, vel negotiorum gestorum, vel etiam cum actione pro socio, cujus mentio fit in hoc *§.* vel cum actione pro socio concurrere certi conditionem generalem ex *l. certi conditio, de reb. cred.* Nam vel superioribus actionibus, quæ sunt bonæ fidei, mandati, negot. gestorum, pro socio, petitur quod ex bona fide mihi dari fieri oportet: non petitur ergo certa pecunia, sed incerta. Ideoque in oratione pro Roscio Comædo, actiones bonæ fidei dicuntur esse arbitrariæ, pecuniæ incertæ: Vel igitur agitur actione bonæ fidei incertæ pecuniæ, puta, quod dari oportet ex bona fide, vel etiam si malit hoc actor, agitur certi conditione de certa pecunia, puta de centum, quæ impendisse in negotia aliena se dicit. Et plerumque tutius est certum petere, quam actione bonæ fidei agere, quia periculosa sunt arbitria iudicum. Ex eadem quoque causa nonnunquam agi potest hypothecaria actione, si pignus inter venerit, vel actione ex stipulatu ad pœnam, quæ in stipulatum deducta est. Sed si una actione semel actum sit, eaque jurejurando consumpta sit, cæteræ quoque actiones, quæ sunt eadem de re, quotcumque fuerint, consumuntur, *l. 40. inf. hoc tit.* Et ut hoc cum Paulo planum faciam, & aliis exemplis, si prius egeris actione pro socio fundi cujusdam nomine, & ita te deferente reus juraverit, eum fundum non esse communem, sed suum esse in solidum, suum esse *μνομερῶς*: non tantum actio pro socio consumitur, sed & actio communi dividendo, quæ ejusdem rei nomine competit, & certi conditio ex eadem causa. Et similiter ut ostenditur in *§. colonus*.

Ad *§.* Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato; si juraverit se non succidisse: sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive e lege Aquilia damni injuria, sive interdito, quod vi, aut clam postea convenietur, per exceptionem jurisjurandi defendi poterit.

Ad *§.* Quæ juravit divortii causa rem se non amovisse, non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur. Et si contendat suam esse, alio jurejurando opus est. Contra si juraverit suam esse, debet in actione rerum amotarum defendi. Et omnino hoc observandum est, licet per aliam actionem eadem quaestio moveatur, ut exceptio jurisjurandi locum habeat.

Ad *§.* Igitur, si quis juravit, se non esse condemnatum, etiam si ex stipulatu iudicatum solvi, ob rem iudicatam conveniatur: defendetur per exceptionem. Contra, si cum ex stipulatu iudicatum solvi conveniretur, juravit se dare non oportere: agentis iudicati non utique obstat exceptio. Potest enim fieri, ut non sit commissæ stipulatio, licet res iudicata sit: nisi ideo jurasset, quod nec damnatum se esse diceret.

SI colonus succiderit arbores, quæ erant in fundo conducto, quo nomine tenetur pluribus actionibus, nimirum actione ex locato, & actione arborum furtim cæsarum ex 12. tab. & actione legis Aquiliæ de damno injuria dato, & interdito quod vi, aut clam, *l. cum ex uno, de oblig. & actio. l. 1. & 9. & l. pen. arbor. furt. cæsar. & conventus*

ventus eo nomine colonus actione ex locato juraverit deferente actore, se non succidisse arbores, & actio ex locato, & cæteræ omnes actiones consumuntur. Item, ut ostenditur in §. pen.

Ad §. pen. Si quis conventus iudicati actione juraverit, se non esse iudicatum, se non esse condemnatum, non tantum actio iudicati, sed & actio ex stipulatione iudicatum solvi consumitur, quia eadem de re est: actio, inquam, ex stipulatu, ex clausula de re iudicata, sive de iudicato solvendo. Nam stipulatio iudicatum solvi, tres habet clausulas, de iudicato solvendo: hæc perimitur, si juraverit se non esse iudicatum. Aliæ duæ clausulæ, quæ sunt de dolo malo, vel de re defendenda non perimuntur. Et ideo Paulus caute ait in §. pen. *Si ex stipulatu iudicatum solvi, ob rem iudicatam, superscribere, non etiam ob rem non defensam, vel ob dolum malum.* Breviter, si conventus iudicati juraverit se non fuisse iudicatum, nec conveniri potest ex stipulatione iudicatum solvi, ob rem iudicatam. At contra (quod notandum) non idem est ex diverso, si conventus primum ex stipulatione iudicatum solvi, juraverit, se dare non oportere. Nam distinguendum est. Aut ideo juravit se dare non oportere, quod condemnatus non esset, & tunc consumitur etiam actio iudicati per exceptionem jurisjurandi. Aut juravit, se dare non oportere ex stipulatione, quod non esset commissæ stipulatio iudicatum solvi, & hoc casu actioni iudicati non obstat exceptio jurisjurandi, quia est alia de re, & potest fieri, ut non sit commissæ stipulatio, licet res iudicata sit. Fac non fuisse interpositam stipulationem, aut non fuisse iure interpositam. Et potest addi aliud exemplum ex §. *quæ divorcii*, in hac ipsa lege. Si mulier divorcio facto à marito conveniatur actione in rem, & juraverit *rem suam esse*, nec de ea re postea conveniri potest actione rerum amotarum: quia obstat exceptio jurisjurandi, quia juravit *rem suam esse*, & nemo rem suam amovere, aut furari intelligitur. Quia igitur agit rerum amotarum, de eadem re agit, & ideo repellitur exceptione jurisjurandi. Non idem erit è contrario, si mulier conventa actione rerum amotarum juraverit, *se rem non amovisse*, quia non ideo minus conveniri potest actione in rem, neque ideo minus peti ab eo potest res eadem actione in rem, ut *l. si quis uxori, §. si quis juraverit, de furt.* quia etsi eadem res sit, non tamen eadem est quæstio, non eadem lis: non tantum eandem esse rem oportet, sed etiam eandem quæstionem. Non est eadem quæstio, quia quæstio, quæ per actionem in rem inducitur, est quæstio de proprietate, quæstio, quæ inducitur per actionem rerum amotarum, est quæstio de furto. In actione igitur in rem opus est novo iurejurando, quia alia quæstio in eam venit. Postremo, quod etiam Paulus ostendit in hac *l. in §. si quis juraverit*, si conventus vi bonorum raptorum juraverit, se non rapuisse, postea sine metu exceptionis jurisjurandi, recte conveniatur actione furti, vel conditione furtiva, & in ea opus est novo iurejurando, quasi superiore iurejurando non pertinente ad quæstionem, seu actionem furti: quia etsi omnis raptor sit fur, & quidem improbius, ut Julianus dicebat, & atrocior, *l. si cum exceptione 14. §. qui vim, de eo, quod met. cau. l. 2. §. etiam, vi bon. rapt. & l. 1. de effraCTORIB. & exp.* & si omnis rapina furtum sit, diversa tamen sunt genera furtorum, ut ostenditur in *d. §. si quis juraverit*. Unum sit vi aperta, alterum clam & obscure: unum est leonis: alterum vulpeculæ. Unde & *ἀλεπτης* nomen ἀπό τῆς καλύπτειν. Et ait *l. 1. furti* nomen à *surro*, id est, nigro, & Harpyarum una Celeno dicitur, quo verbo Fulgentius primo mythologiarum ait, nigrum significari. Possis etiam addere ex *l. si actor, inf. h. t.* si quis conventus actione de constituta pecunia juraverit, se non constituisse, ac deinde conveniatur actione personalis de credita pecunia, quia constitutum non novat principalem obligationem, *l. item Mela, §. ult. de constit. pec.* non potest se tueri exceptione jurisjurandi dati in iudicio de constituta pecunia, quoniam alia quæstio est, quæ vertitur in actione creditæ pecuniæ, alia vertitur in actionem de constituta pecunia. Et ideo ita concludamus, ut agenti

alia actione obstat exceptio jurisjurandi, quod etiam dici potest de exceptione rei iudicatæ, non tantum necesse est eadem de re alia actione agi, sed etiam eandem quæstionem, eandem controversiam, & litem in iudicium deduci.

Ad §. Item Pomponius ait, *eum, qui furtum sibi factum alicujus rei juravit, non statim etiam conditionis causam nancisci.*

Species hujus §. hæc est. Is, qui furtum fecisse dicebatur, iusjurandum in iudicio, vel extra iudicium, nihil refert, detulit actori, qui sibi ab eo alicujus rei furtum factum esse dicebat: Si is sua sponte oblatam conditionem jurisjurandi acceperit, & juraverit sibi ejus rei furtum factum esse, nanciscitur quidem statim actionem furti, vel actionem in factum ex iurejurando, utra maluerit experiri, ut demonstrabitur initio *l. 30. inf. sed* non etiam statim acquirit conditionem furtivam, nisi dominus sit rei furtivæ. Actio enim furti etiam non domino competit, cujus interfuit ex honesta causa rem non subripi: conditio autem furtiva soli domino competit, *l. 1. de condit. furt.* conditio, inquam, furtiva certi, qua actor intendit, sibi eam rem dari oportere. Nam conditio incerti furtiva, quæ intenditur ratione possessionis, qua scilicet intendit possessionem ejus rei sibi restitui oportere, si fur rem possideat, vel dolo malo desierit possidere, etiam non domino, cui res subrepta fuit, competit, si ea res in ejus potestatem non redierit, *l. 2. de condit. tritic. l. 25. de furt. l. 12. §. ult. de condit. furt.* Ergo ut ei, qui juravit, sibi furtum factum esse, competat etiam conditio furtiva, vel necesse est, ut probet se esse dominum, ut agat conditione certi furtiva, vel furem possidere eam rem, aut dolo malo desisse possidere, ut agat conditione incerti furtiva. At si in iudicio ei, qui furti agit, iusjurandum deferatur, jurare quidem sua sponte potest, ut posui initio, eum, quo cum agit, ejus rei furtum fecisse. Cæterum invitus jurare non cogitur, invitus oblatam jurisjurandi conditionem accipere non cogitur, *l. 12. rerum amot.* Cur ita? ne anceps perjurium subeat, qui certo nescit sciente animo suo, an is, cum quo agit furti, furtum fecerit, sed suspiciatur tantum: nemo cogitur anceps perjurium subire, quia scientem, non nisi sciente animo suo jurare oportet, vel jurare compellitur. Qua ratione nec si is, qui agit furti iusjurandum reo detulerit, id ei referri potest, *l. 11. §. ult. l. 13. eod. tit. rer. amot.* Ipse quoque, qui agit furti, si delatum ei sit iusjurandum, nec velit jurare, quia invitus non cogitur, ut dixi, non cogitur etiam id referre reo, & ejus religionem sequi, cui ut arguitur, non fuit religio furtummittere: & *l. 38. hoc tit. & l. 34. §. datur, eod.* & aliæ innumeræ, quæ dicunt eum, cui delatum est iusjurandum, aut solvere, aut jurare, aut referre iusjurandum debere ei, qui detulit. Hæc omnes leges de reo loquuntur, cui delatum est iusjurandum, non de actore, quia ait *l. 38. manifestæ turpitudinis, & confessionis est nolle, nec jurare, nec iusjurandum referre.* Ait igitur, eum manifesto confiteri. Reum igitur confiteri, à quo petitur, qui neque jurat, neque refert iusjurandum, ubi scilicet id referre potest. Nam ubi id referre non potest, veluti in iudiciis, quæ ex dolo malo, & facto rei proficiuntur, cujus facti actor plane certus non est, ubi, inquam, referre non potest, omnimodo cogitur, aut jurare, aut solvere, reus scilicet, cui delata est conditio jurisjurandi, aut sane pro confesso, & consequenter pro iudicato habetur. Et ita est explicanda *l. 38.*

Ad §. ultim. Item cum ex hac parte iusjurandum, & actionem, & exceptionem inducat: si forte reus extra iudicium actore inferente juraverit, se dare non oportere, & actore re deferente dari sibi oportere: vel contra: posterior causa jurisjurandi potior habebitur, nec tamen præiudicium perjurio alterius fiet: quia non quæretur, an dare eum oporteat, sed an actor juraverit.

Sequitur in §. ult. si reus extra iudicium actore iusjurandum deferente juraverit, se dare non oportere, deinde

de contraria conventionē actor reo deferente juraverit sibi A dari oportere: vel ex diverso, si prius actor juraverit, deinde reus extra iudicium, non abs re ait, posteriori iurijurando standum esse, quali posteriori conventioni, posteriori pacto, ut pactum prius per posterius elidatur, l. si unus, §. pactus, de pact. Ita scilicet etiam jusjurandum prius eliditur & dissolvitur per posterius. Actio in factum ex priori iurijurando, quod actor juravit, eliditur per exceptionem posterioris iurijurandi, quod reus juravit. Et ex diverso exceptio prioris iurijurandi, quod reus juravit, eliditur per replicationem posterioris iurijurandi, quod actor juravit. Certum est ex hac parte, ut ait in hoc §. ult. id est, hoc edicto, sicut initio l. 30. & actionem induci, & exceptionem, & replicationem iurijurandi, l. 9. §. 1. sup. Neque huic sententiæ quicquam obstat, si dicas, per minorem causam majori præjudicium fieri non oportere, l. per minorem, de iudic. B causam perjurii esse majorem, & tamen admissa causa posterioris iurijurandi, quæ minor est, præjudicium fieri perjurio, priori, id est, priorem quodammodo perjurum iudicari. Verum hoc nihil obstat docet Paulus, quia in exceptione, vel replicatione posterioris iurijurandi non quæritur, an prior pejeraverit, puta, an dari oporteat, vel non: sed hoc tantum quæritur, an & juratum sit, & quid juratum sit, ut l. 5. §. dato, & l. 9. §. 1. hoc tit. l. adversus, de except. Sicut in actione iudicati non quæritur, an debeatur quod iudicatum est, vel non debeatur, id est, res iudicata non retractatur, sed tantum quæritur, an iudicatum sit, l. si prætor, in princ. de iudic. l. 1. §. pari, de lib. exhib. alioqui nullus esset litium finis, eadem lis subinde retractaretur, lis litem gigneret, non interimeret. Denique non quæritur in exceptione, aut replicatione posterioris iurijurandi, uter pejeraverit, sed uter posterior juraverit: non quæritur de perjurio, vel ut veteres loquebantur de injurio: nam perjurium vocabant injurium, apud Festum: non quæritur de perjurio igitur, sed de iurijurando posteriore. Nec quod potior sit causa posterioris iurijurandi, ideo arguitur, prius fuisse perjurium, quia & forte in veritate posterius est perjurium, non prius: hæc Paulus scripsit in §. ult. de iurijurando voluntario, quod defertur extra iudicium: Nam in necessario, quod defertur in iudicio, hæc inconstantia, hæc variatio non admittitur, ut postquam actor juraverit, diversum juret reus, & contra: Nam etsi necessarium jusjurandum etiam ex conventionē veniat, tamen iudicii, in quo defertur, majestas non patitur variationem istam. Conventio, qua sola nititur voluntarium, facile eam admittit. Conventio conventionē eliditur, jusjurandum iurijurando, quod ex sola conventionē proficiscitur.

Quædam sunt actiones, quæ inficiatione rei, vel negatione rei crescunt in duplum, ut actio legis Aquiliæ de damno injuria dato, quæ adversus confitentem datur in simplum, adversus negantem in duplum, l. inde Nerviarius, §. pen. ad l. Aquil. l. 4. Cod. tit. At si quis agat actione legis Aquiliæ adversus inficiatorem, & exacto iurijurando juret sibi ex hac causa aliquid deberi, quæritur, utrum ex hoc edicto habeat actionem in factum ex iurijurando in simplum, an in duplum? Et ostendit Paulus initio huius legis, eum habiturum actionem ex hoc edicto, id est, actionem in factum ex iurijurando in simplum tantum, quia satis abundeque (est optima ratio) esse debet, quod simplum consequitur, nulla alia præstita probatione damni dati: abunde ei sufficere, quod exoneratur probandi necessitate, & tamen simplum consequitur actione in factum ex iurijurando. Itemque ei sufficere debet, quod si velit potest duplum persequi ex l. Aquilia, potest omiſsa actione in factum ex iurijurando agere actione legis Aquil. adversus inficiatorem in duplum. Et hoc est, quod ait, omiſsa hac parte edicti, id est, omiſsa actione in factum ex iurijurando, dupli actionem, id est, actionem leg. Aquil. integram, & incolumen manere, ut in specie legis si à domino, §. si poss. de petit. hered. omiſsa petitione hereditatis integram esse actionem leg. Aquiliæ, sed una actione actorem contentum esse debere. Ergo & in hac specie una contentus esse debet actor, vel actione in factum simplaria, vel actione legis Aquil. in duplum. Actio legis Aquil. est pœnalis in inficiatorem. Actio in factum ex iurijurando non est pœnalis, sed rei persecutoria, quia ut eleganter ait, in actione in factum ex iurijurando non exercetur sive agitur principalis quæstio damni injuria dati, sed jusjurandum tantum actoris conservatur, non quæritur, an damnum datum sit, sed an juraverit, & quid sibi deberi juraverit. Nihil præterea de quæstionis summa quæritur. Ideoque nec pœna in eam litem venit, quæ sequitur quæstionem summam de damno injuria dato. Et hoc notandum. Idem omnino dici potest de specie legis 28. §. idem Pomponius, si is, qui agit furti, juraverit reum sibi furtum fecisse, electionem scilicet eum habere (quod & attingi initio ejus §.) ut vel agat in factum ad simplum ex iurijurando, vel ad duplum actione furti, conditione furtiva, non temere, non passim. Et similiter si juraverit, sibi deberi ex actione aliqua famosa, electionem habet, ut vel actione in factum ex iurijurando, quæ actio non est famosa, vel agat famosa actione. Et is est sensus legis 9. §. si damnetur, sup. si quis damnetur, inquit, post jusjurandum, actoris scilicet quia juravit sibi dari oportere, si damnetur ex famoso iudicio, cujus nomine juravit actor, famosus efficitur: recte ex famoso iudicio: nam si damnetur actione in factum ex iurijurando, famosus non efficitur.

Ad Legem XXX. de Jurejur. Eum, qui juravit, ex ea actione, quæ inficiando crescit, aliquid sibi deberi: simpli, non dupli persecutionem sibi acquirere, Pedius ait: abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate: cum, omiſsa hac parte edicti, dupli actio integra maneat: & potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari.

Ad §. Si juravero te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura: nec æstimationem mihi præstare reus debet, nisi ex causa furtiva, vel propter moras. Tunc enim etiam post mortem servi æstimatio præstatur.

Ad §. Si mulier juraverit decem dotis sibi deberi: tota ea summa præstanda est: sed si juravit, decem se dedisse in dotem: hoc solum non erit quærendum, an data sint: sed, quasi data sint, quod ex eo reddi oportet.

Ad §. In popularibus actionibus jusjurandum exactum, ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam & si quis egerit, ita demum consumi publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Ad §. Si libertus deferente patrono juravit se libertum non esse, ratum habendum est jusjurandum, ut nec operarum petitio, nec bonorum possessio contra tabulas dari debeat.

Ad §. Si juravero usufructum mihi dari oportere: non aliter dari debet, quam si caveam boni viri arbitratu me usurum, & finito usufructu restitutum.

Tom. II. Post.

Ad §. Si juravero. Is, qui juravit, sibi Stichum deberi, qui tum forte non erat in rerum natura, quod nondum erat compertum litigatori, nec æstimationem Stichi præstare debet reus, quem ille juravit sibi Stichum debere, videlicet, si Stichus decesserit ante moram debitoris, l. venditor, de her. vend. l. cum res, §. ult. de leg. 1. Post moram obligatio perpetuatur, & mortuo Sticho æstimatio debetur, l. si servum, §. sequitur, de verb. obl. Et ideo, si Stichus debitus fuerit ex causa furtiva, æstimatio ejus præstanda est, quia fur semper moram facere intelligitur, l. ult. de cond. furti. Et ideo, qui in iudicio confitetur se hominem debere, si is homo tunc temporis in rerum natura non fuerit, non tenetur, ne in æstimationem quidem, nisi post moram decesserit, nisi quod moram fecerit, l. 5. §. ult. de confess. Additur in §. seq. multum interesse, utrum mulier juraverit sibi 10. deberi dotis nomine, an se dedisse 10. in dotem: in priore casu, si juraverit 10. sibi deberi dotis nomine, soluto matrimonio data 10. præstanda sunt, nec amplius quæritur, an debeantur, quia satis iurijurando approbatum est ea deberi, l. 5. §. datum, hoc tit. Posteriore casu si juraverit se decem dedisse in dotem, non tota decem præstanda sunt, nisi & tota debeantur: namque hoc iurijurandum remittitur tantum, aut finitur hæc quæstio, an 10. data sint, non etiam illa, an debeantur. Superest igitur illa inspectio, an debeantur, quæ dedit mulier:

P

forte

forte enim non tota 16. debentur; quæ dedit, propter retentiones, puta, quæ marito competunt ob impensas, vel ob liberos, vel ob mores, vel ob res amotas.

Ad §. In popularibus. Ostenditur eum, qui egit populari actione, & litem contestatus est, quia litem contestatione efficitur litem dominus recte deferre reo jusjurandum, si modo id bona fide faciat *ἀρτυραίως*, *citra collusionem*, ut Basilica habent, *citra collusionem*. At si reus convensus populari actione, veluti sep. viol. aut albi corrupti juraverit, se dare non oportere, cæteris de populo agere volentibus eadem de re obstat exceptio jurisjurandi, sicut & exceptio rei judicatz, si reus absolutus sit, l.3. de pop. action. l.6. de sepul. viol. Si modo, ut ait, is, qui occupavit agere, bona fide egerit, non lusorie, non perfunctorie, & dicis causa, ut l.3. §. si tamen postea, de lib. homine exhib. vel etiam si quis ex populo populari actione agere occupaverit, post litem contestatam, cæteri, qui agere volunt eadem de re, repelluntur exceptione doli mali, l.45. §. qui ita, de procurat. l.3. §. si is, cuius, de sepul. viol. Ne scilicet sæpius de ejusdem hominis admissio quærat, l. pen. §. ult. nam. caup. stabul.

Ad §. Si libertus. In hoc §. ostenditur, si in actione præjudiciali, qua quæritur, quis sit libertus, necne, vel an is, qui agit præjudicio, sit patronus, necne: si quis juraverit se libertum non esse, actori nullum jus patronatus debetur, neque operæ etiam officiales debentur, & defuncti non competit bonorum possessio contra tabulas, quamvis in eis silentio præteritus sit, ut l.8. §. patronum, de in jus voc. quæ est sententia aperta §. pen. Et tamen, quod est mirum, si Titius juraverit, se esse patronum, ei non competit bonorum possessio contra tabulas, l. si juravero, de jure patronat. Cur tam varie? Quia plus favemus ingenuitati, qua repleti civitatem publice interest, quam patronatui. Qui jurat se esse ingenuum, per omnia habetur pro ingenuo. Qui jurat se esse patronum, per omnia non habetur pro patrono.

Ad §. Vlt. Quod est in §. ult. est apertissimum. Si quis juraverit usumfructum illius fundi suum esse, forte in actione confessoria, sic interpretabimur, ejus usumfructum esse sicuti juravit, ut tamen præstet cautionem solitam, se boni viri arbitrato usurum fructurum, & finito usufructu restitutum, quod inde extabit. Hæc stipulatio fructuaria dicitur, l.4. §. ult. de verb. obl. usitata stipulatio, l. inter fructuarium, de dam. infec. de qua est titulus proprius, usufruct. quemadm. cav. Qui jurat igitur usumfruct. suum esse, subire debet onus cautionis, nec enim eo quod juraverit, exoneratur præstatione cautionis fructuarie.

Ad L. XXXV. eod. Tutor pupilli omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est: quandoque enim pupillo denegabitur actio.

Ad §. Prodigus si deferat jusjurandum, audiendus non est. Idemque in cæteris similibus ei dicendum est: Nam si pro pacto convento, si pro solutione, si pro judicio hoc jusjurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc habiles sunt.

Ad §. Qui non compelluntur Romæ judicium accipere, nec jurare compellendi sunt: ut legati provinciales.

Hic etiam lib.8. vindicanda est lex 35. h. t. non lib.28. ut habent Florent. rectius alii lib.18. Hoc autem initio hujus legis proponitur, ratum haberi debere jusjurandum quod tutor detulit, in causa pupillari videlicet: hoc enim supplendum est, si tutelam gerat, si tutelam administret ex l.17. §. si tutor, sup. b. t. non si sit honorarius tutor, qui & res pupilli, quas non administrat, alienare non potest, l.4. de aut. tut. Tutor, qui tutelam gerit, res pupilli mobiles alienare potest, d. §. si tutor. Ergo nec mirum, si & jusjurandum deferre possit de re pupillari. Neque vero utique passim, & temere tutor, qui tutelam gerit, jusjurandum deferre potest, sed ita demum, ut hæc lex significat, si omnes aliæ probationes deficient. Ac si quidem deferente tutore pupilli no-

Amine, reus, quo cum agitur, juraverit, se dare non oportere: cum tutori deficerent omnes probationes, postea quandoque agenti pupillo denegatur actio ex his verbis edicti. *actionem non dabo, l.7. & 9. supra, in prin. h. t.* Hoc sane casu, quum omnes probationes deficiunt, justa est tutori causa deferendi jurisjurandi, ut vel metu divini numinis extorqueat veritatem ab adversario, qui alioquin in eo est, ut absolvatur juxta id, quod dicitur: *actore non probante, reum absolvi*, etiam si nihil ipse reus præstet, nihil impleat, l.4. C. de edend. etiam si non probet exceptionem, quam contestatus est, l. si quidem, C. de excepti. Idemque licet hodie cuilibet agenti suo nomine, & defecto probationibus omnibus, puta, licet ei ad extremum adversario deferre jusjurandum, & postulare à judice, ne ante absolvatur, quam juraverit. Donatus in Hecyra: *ubi, inquit, argumenta, & testimonia deficiunt, ibi jurejurando opus est*. Itaque actor, qui præter opinionem deficitur omnibus probationibus, non ante finet reum absolvi, quam reus juraverit, se non debere, nisi scilicet in casu legis 22. in fine, de noxal. action. In cujus specie, ut mox ibi demonstrabitur, actor habuit optionem ex edicto prætoris, vel adversario deferendi jurisjurandi, vel agendi districto judicio. Et cum haberet hanc optionem, si agere præoptaverit, & in eo judicio probationibus omnibus lapsus fuerit, sive defectus: non potest postea redire ad conditionem jurisjurandi, quam contempsit semel ab initio, sed omnino causa cadit, quia non probat, nec auditur, si nunc velit reo deferre jusjurandum, quod in extremo dicitur l.22. etiam quodammodo Græci adnotarunt, *ἐκ τοῦ προϋρκασθαι*. Is videtur esse Harmenopolus. Cæterum non est audiendus tutor, qui in causa pupillari deserit jusjurandum, si non habeat justam causam deferendi, si non possit alia esse causa, quam defectus omnium probationum, ut hæc lex ostendit initio. De judice aliquid dicamus, an possit exigere jusjurandum ab uno ex litigatoribus, & quando iudex etiam in omnibus causis hoc observare debet, ne temere exigat jusjurandum, ne temere rem committat religioni cuiusquam litigatorum, sed causa cognita, ac neque deficientibus omnibus probationibus, sed ex inopia probationum tantum, ut ait d. l. 3. Aliud est inopia, aliud defectus probationum. Defectus est si nullæ suppetant probationes: & tum iudex reum protinus absolvere debet, non jusjurandum exigere. Inopia est, si quædam probationes suppetant, sicut inops est, non qui nihil habet, quo se alat, & tueatur, hic pauper dicitur, & egenus, inops qui habeat, quod sufficit victui, & indutui. Inopia igitur probationum est, si quædam probationes suppetant, sed ancipites, aut parum idoneæ, ac tum iudex jusjurandum exigere potest, in dubiis causis scilicet, ut ait lex 31. hoc ita. forte, quia argumentorum, vel testium, qui ex utraque parte producuntur, anceps, & dubia probatio est, aut certe ipse jurare potest sibi non liquere.

Ad §. Prodigus. Sequitur in §. i. prodigum, & cæteros similes, qui scilicet rerum suarum administrandarum jus non habent, veluti furiosum, aut mente captum, aut fatuum, aut pupillum per se jusjurandum deferentes non audiendi, quia si jusjurandum comparemus, quod fit nonnunquam, pacto, si pro solutione, si pro judicio, neque cum his personis judicium conlittit sine tutorum, aut curatorum auctoritate, neque cum his paciscimur recte, nec solvi iis potest, l. quod si forte, §. ult. & l. seq. de solut. Et quod ait jusjurandum iudicio posse comparari, id est, liti contestatæ, iudicio accepto, quod etiam dixit in l.26. §. ult. idem mox probat in hac ipsa lege in fine, eo quod ait legatos provinciales Romam missos publici negotii causa, vel quos alios, qui freti privilegio fori Romæ judicium accipere non coguntur, nec ibi jurare compelli se dare non oportere, à judice scilicet, vel ab adversario, quoties referri jusjurandum non potest. Cur ita? quia ut idem ait in l.28. §. ex quibus, de judic. jusjurandum in locum iudicii accepti succedit. Et hæc sunt omnia, quæ in titulo de jurejurando ex hoc libro decimo octavo habentur.

Ad L. XXII. de Noxal. action. Si servus depositus, vel

com-

commodatus sit, cum domino agi potest noxali actione: ei enim A
servire intelligitur: & quod ad hoc edictum attinet, in potesta-
te ejus est: maxime si copiam habeat recuperandi hominis.
Ad §. Is, qui pignori accepit, vel qui precario rogavit, non
tenetur noxali actione: licet enim juste possideant, non tamen
opinionem domini possident: sed hos quoque in potestate domi-
ni intelligi, si facultatem repetendi eos dominus habeat.
Ad §. Quid est habere facultatem repetendi? habeat pecu-
niam, ex qua liberari potest: nam non debet cogi vendere
res suas, ut solvat pecuniam, & repetat servum.
Ad §. Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur,
aut exhibere eum debet, aut absentem defendere: quod nisi
faciat, punitur, atque si presentem non noxæ dederit.
Ad §. Si negavit dominus in sua potestate esse servum, per-
mittit prætor auctori arbitrium, utrum jurejurando id decide-
re, an iudicium dicere sine noxæ deditioe velit, per quod B
vincet, si probaverit, eum in potestate esse, vel dolo ejus
factum, quo minus esset. Qui autem non probaverit in pote-
state adversarii esse servum, rem amittit.

IN titulo de noxalibus act. ex eodem libro sunt l. 22.
24. & 26. & pertinent ad causam jurisjurandi. Ex his
tribus nunc explicabo tantum 22. Edicti de jurejurando
sunt partes multæ, & variæ. Alia parte denegatur actio in
eum, qui delata conditione jurisjurandi juravit, se dare non
oportere, vel rem actoris non esse, l. 7. de jurejur. Alia parte
datur actio in factum, & exceptio de jurejurando, l. 28. §.
ult. l. 30. eod. in princ. Alia parte prætor pollicetur, se
coacturum jurare, vel solvere eum, cui jusjurandum de-
latum est, si id non referat, l. 34. §. aut prætor, eod. Alia parte
is, qui jusjurandum defert, jubetur prius jurare de calum-
nia, d. leg. 34. §. qui jusjurandum. Alia parte quibusdam ca-
sibus non permittit prætor delatum jusjurandum referri,
l. 11. §. ult. & l. 13. ver. annot. Alia vero parte, quæ præcipue
pertinet ad titulum de noxalibus actionibus, domino, qui
servi nomine noxali judicio convenitur, negante se eum
servum habere in potestate, prætor auctori permittit arbit-
rium, sive optionem, id est, electionem, utrum velit domi-
num dejerare servum in sua potestate non esse, aut se dolo
malo non fecisse, quo minus esset, an statim in eum agere
in solidum detracta noxæ deditioe, l. 21. §. prætor, de noxal.
actionib. Quam edicti sententiam Paulus proposuit in hac
l. 22. §. ult. Et docet, omisa conditione jurisjurandi eligen-
tem actionem detracta noxæ deditioe, id est, in solidum
vincere, & dominum condemnare in solidum, si probave-
rit servum, quem dominus negat in sua potestate esse, ne
conveniat noxali actione, si probaverit, inquam, in do-
mini potestate esse, aut dolo malo ejus in potestate esse de-
fuisse, aut si id non probaverit, causa cadere, nec scilicet pos-
se regredi ad jurisjurandi conditionem semel omisam, qua-
si ex inopia probationis aut penuria. Simul & hoc docet
Paulus in hac l. 22. quid in edicti parte sit servum habere in
potestate, nec enim est dominium servi habere, quoniam
hoc non est satis, ut dominus teneatur in solidum suo no-
mine ex servi noxa, vel ut teneatur noxali actione, sed ha-
bere servum in potestate, est copiam, & facultatem habere
exhibendi ejus, ut l. 21. §. in potestate, h. t. l. potestatis, de verb.
signif. Et servum à domino depositum apud alium, vel alii
commodatum, dominum habere in potestate, si habet copiam,
& facultatem recuperandi ejus actione depositi, vel
commodati: habere eum in potestate, non quia dominus
ejus est, non quia eum possidere intelligitur per deposita-
rium, aut commodatarium, ut l. 8. commod. l. licet, de pos.
quod hæc lex significat, quum ait, servum depositum, vel
commodatum domino servire, quamvis apud dominum
non sit, quia eum possidere intelligitur per depositarium,
aut commodatarium, qui eum non sibi habet, sed deposi-
tori, vel commodatori, id est, domino. Non igitur, quia do-
minus est, non quia eum possidet, aut possidere intelli-
gitur, sed quia copiam habet quandoque recuperandi ejus.
Et ideo cum eo agi potest nox. actione, vel si falso negave-
rit, se eum habere in potestate, nec id actor ejus jurejuran-
do decidi velit, sed probet eum falso negasse servum esse in
sua potestate, agi cum eo potest in solidum sine noxæ dedi-
Tom. II. Post.

tionem propter mendacium, id est, ulciscendi mendacii gra-
tia. Eademque est ratio, ut subjicit, ejus, qui servum suum
pignori dedit creditori suo, aut qui servum suum precario
concessit, si modo facultatem habeat eum repetendi quan-
docunque voluerit ab eo, qui precario rogavit, qui scilicet
non latitat, quique eum servum non abalienavit, et si fa-
cultatem habeat repetendi servi pignorati, id est, ut subti-
liter interpretatur, si habeat paratam pecuniam, qua reluat
pignus, id est, servum pignorum: nam si pecuniam non
habeat in manu, tamen si res habeat, ex quarum venditione
pecuniam conficere possit, non intelligitur habere faculta-
tem repetendi servi pignorati, ne cogatur ob noxam servi
res suas vendere, quod perdurum esset. Alias tamen, quis
tantum pecuniæ habere videtur, quantum ex venditione
rerum suarum redigere potest, l. 88. de verb. sign. Is autem,
qui pignori servum accepit, vel qui precario servum roga-
vit, non tenetur noxali actione, quia et si servum juste possi-
det, puta jure pignoris, aut jure precarii, non tamen possi-
deat animo domini: & actio noxalis cum effectu datur tan-
tum in dominum, vel in eum, qui servum possidet animo
& opinione domini, id est, qui credit se esse dominum ser-
vi, quem possidet, quæ possessio civilis dicitur. Et ita quo-
que semper definitur à Theophilo, & omnibus Græcis in-
terpretibus, ut sit possessio, quæ possidet animo domini,
opinionem domini, ut ait hic Paulus, cogitationem domini, ut
ait l. pen. C. de furti. ψυχή δεσπόζοντος. Creditor autem pigno-
rarius, & is, qui precario rogavit servum utendum, juste
possidet, quia voluntate domini possidet, sed possidet na-
turaliter, l. 3. §. ult. ad exhib. l. debitor, §. ult. de pign. act.
non civiliter, quia non eo animo, ut credat se esse domi-
num, l. quæcumque, §. 1. de Public. in rem act. & ideo non
tenetur noxali actione, quia nec noxæ dedendo, quod ta-
men desideratur, faceret hominem accipientis, l. 27. inf. Sed
tamen creditor, quive precario rogavit, aut eum servum
defendere debet, aut amittet jus, quod in eo habet, amit-
tet jus pignoris, cessante in dominum noxali actione, &
ab eo servus avocabitur, & ducetur ab illo, cui servus no-
xam nocuit, à quo, si postea dominus vindicet servum,
repellitur exceptione doli, quod ad eum servus pervenerit
ex causa noxali, d. l. 27. in summa, ut Paulus definit in
§. pen. hujus l. 22.

AD §. Pen. Dominus, qui servum confitetur esse in sua
potestate, sive vero, sive falso, aut exhibere eum debet,
ut ducatur in noxam, aut ut supplicium de eo sumatur, aut
absentem defendere, nisi paratus sit cavere, se cum primum
poterit eum exhibiturum, quod si non fecerit, id est, neque
exhibuerit, neque absentem defenderit, neque eaverit, ut
dixi, damnatur in solidum sine noxæ deditioe, ut l. 2. §. 1.
si ex noxali caus. agat. Damnatur, ut Basilica habent, quod
idem est, εἰς τὰ διαπέρον, in id omne quod interest. Ergo in
solidum. Qui autem negat, se servum in sua potestate habe-
re, si delato jurejur. nolit jurare, æque damnatur in solidum,
quasi contumax, l. prox. §. quod si reus, sup. Idemque erit, si
non delato jurejurando probetur, servum habere in potesta-
te, vel dolo malo fecisse, quo minus haberet. Sed si hoc non
probetur cum omisa conditione deferendi jurisjurandi,
actor eligit potius districto judicio agere in dominum, si
non probetur servum in potestate habere, quem negavit
se habere, immunis est, & liber ab omni actione, & noxali
& pura, id est, in solidum: ut puta, si servus sit in fuga sine
mandato ejus, licet eum possideat (quod notandum) nam
servum, qui est in fuga, dominus possidet, quandiu non
apprehenditur ab alio, vel quamdiu non gerit se pro libero.
His duobus casibus exceptis, servum, qui est in fuga, sane
dominus possidet, sed ut in eum competat actio noxalis,
vel pura in solidum: non est satis, si servum possideat, sed
necesse est, ut eum habeat in potestate, id est, exhibendi
ejus copiam l. 5. §. ult. ad exhib. l. 1. §. per servum, de acquir.
poss. l. servi, §. ult. de furtis. Non quidquid possidemus, etiam
id habemus in potestate, in mundo, ut veteres loqueban-
tur, in manu, in promptu, quia possessio retinetur solo ani-
mo. Immunis etiam erit dominus, & liber ab omni actio-
ne, si electo ab auctore jurejurando, dominoque delato ju-
P 2

raverit servum non esse in potestate sua, neque se dolo malo fecisse, quo minus esset.

Ad L. XXIV. de Noxal. act. De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo facit, quo minus in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo ejus acciderit, ut cesset noxalis actio: forte si servo suo fugam mandavit: an & si possit, nihilominus cum alio agi, quod accidit cum alienatus manumissusve est. Quod est verius: in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Julianus autem ait de eo, qui manumissus, si paratus sit defendere se manumissum, exceptionem dandam ei, qui manumissus. Hoc & Labeo.

Domino negante se servum habere in potestate, de quo noxalis actio est, prætoris edicto duplex electio defertur, & jungitur actori. Primum, ut vel domino inferat jururandum, quo si dejeret, se servum non habere in potestate, nec dolo malo fecisse, quo minus haberet, vel omiſſa conditione jurisjurandi, quasi in mentientem dominum agat in solidum, detracta noxæ deditio: deinde, ut si rem jurejurando domini decidi nolit, vel agat in dominum, ut dixi, in solidum detracta noxæ deditio, qui dolo malo fecit, quo minus servum haberet in potestate, ne secum ageretur noxali actione, vel adversus alium quemcumque cui dominus dolo malo cum servum alienavit, puta vendidit, aut donavit, vel in servum ipsum, si à domino manumissus sit. Hæc est altera electio, quæ datur actori, ut vel agat in dominum, qui dolo malo desit servum possidere, detracta noxæ deditio, vel agat in eum, cui dominus servum alienavit, aut in servum ipsum, si à domino manumissus sit. Cæterum exceptio doli danda est domino, qui servum alienavit, vel manumissus, si novus dominus, vel novus homo, id est, manumissus paratus sit iudicium pati, & rei defensionem suscipere: novus dominus noxale iudicium, novus homo iudicium in solidum, in quo veniat integra æstimatio litis, sive noxæ, quam fecit servus, cum esset in servitute, quæ proculdubio manumissum sequitur, juxta id, quod dicitur, *noxam caput sequitur*. Ergo si novus dominus, sive manumissus paratus sit iudicium excipere, & defensionem rei, qua de agitur, dominus non tenetur, quamvis dolo desierit servum possidere, id est, quamvis cum dolo malo alienaverit, vel manumiserit, sed se tueri potest exceptione doli mali, quod dolo malo faciat, qui parato, & existente idoneo defensore rei, secum experiatur, qui desit servum possidere, & ut videtur, absque dolo malo: quia defensor servi certus, & idoneus existit, non videtur dominus dolo malo alienasse servum, si in suum locum, quasi substituerit idoneum defensorem, qui sit paratus servum defendere, aut suscipere defensionem rei. Et hoc est, quod proponitur ex Paulo in hac l. 24. sed in initio legis id corrupte proponitur de actione noxali, cum quaestio sit de actione, qua dominum teneri constat, qui dolo malo fecit, quo minus servus in ejus potestate esset, quæ actio est in solidum sine noxæ deditio, non noxalis, l. si heres, h. tit. l. 2. §. 1. si ex noxali causa, l. si servus non sit, de interrog. in jur. fac. Et præterea non est hæc actio, quæ in dominum datur in solidum, qui servum desit dolo possidere, de quo noxalis actio erat, non est, inquam, actio civilis, & directa, ut actio noxalis, sed prætoriam, l. 26. §. item si ex pluribus, & l. 39. hoc tit. Et prætoriam quoque hæc actio aperte separatur à noxali in d. §. item si ex plur. & §. si is, quem, & d. l. 39. Ac præterea, ut hoc sit manifestius noxalis actio datur heredi, & in heredem, l. pen. §. pen. inf. hoc tit. l. 1. §. ult. si quadrupes, & c. non etiam illa actio prætoriam, quæ nec heredi, neque in heredem datur, d. l. 26. §. neque, & profecto manifestum est etiam in hac l. 24. ut scripta est inepte, quaeri, an adversus eum tantum actio noxalis locum habeat, cujus dolo accidit, ut cesset actio noxalis: Nam si cesset actio noxalis, frustra quaeritur an locum habeat actio noxalis. Itaque ut & lib. 6. meminimus me docere in hac l. 24. ita legendum est: De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus servum in potestate haberet: actio locum habeat, circumscripto illo verbo, quod subjicitur, noxalis. Et actio ibi accipienda est pro actione prætoriam, quæ in dominum, vel in possessorem datur in solidum, qui dolo malo

fecit, quo minus servum haberet in potestate, ut l. 12. & 21. sup. h. t. Et hoc quaeritur, an adversus eum tantum detur hæc actio prætoriam, an etiam adversus alium, an ex noxa servi alia actio competat? Et quidem, ut respondet, si dominus servo mandavit fugam, ipse solus actione prætoriam tenetur in solidum, quia non est alius, qui conveniri possit: sed si servum dolo malo alienaverit, ut cessaret actio noxalis in se, vel si servum manumissus, electio est actoris, cum quo velit agere, cum novo domino, vel cum manumisso, an cum veteri domino, qui servum dolo malo alienavit, aut manumissus: sed si, ut ait, novus dominus, vel si manumissus ultro se offerat defensionem litis, dominus opposita exceptione doli mali absolvitur, quia, ut jam attigi, & Græci adnotant subtiliter hoc loco, quum rei, sive litis defensor aliquis idoneus existit, dominus, qui desit servum possidere, dolo carere præsumitur, si modo sit defensor idoneus. Hoc enim exigit *lex si plurimum*, §. ult. inf. Puta ut sit defensor cum satisfactione iudicatum solvi. Et hoc quoque servatur eodem modo in omnibus actionibus in rem, sive sint speciales, sive universales, puta de hereditate, nempe, ut quamvis regulariter, qui dolo desit possidere, pro possessore habeatur, & possit conveniri actione in rem, quamvis regulariter dolus sit pro possessione, tamen non teneatur dominus actione in rem, qui dolo desit possidere, si alius idoneus defensor, & locuples paratus sit iudicium pati, quia tunc nihil dominus videtur fecisse dolo malo, cum servo non desit defensor iustus, & idoneus, ut etiam ostenditur in l. 13. §. pen. de petit. hered.

Ad L. XXVI. eod. *Electio vero alterum liberabit: id enim prætor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret: ideoque exceptione à sequenti summovebitur.*

Ad §. His consequens est, ut si plures dolo fecerint, quo minus in potestate haberent, eligere debeat actor, quem velit convenire.

Ad §. Item si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere: electio erit actoris, utrum directio velit agere cum eo, qui possidet, an prætoriam cum eo, qui desit possidere.

Ad §. Si servum alienum alius in jure suum esse responderis: altero solvente alter liberatur.

Ad §. Si is, quem desieris dolo possidere, decesserit prius, quam hac actione convenieris, liberaris: quia hæc actio in locum directæ actionis succedit. Diversum dicemus, si novam feceris in iudicio accipiendo.

D Ad §. Neque heredi, neque in heredem, quod defunctus mentitus est, actio danda est, nec in ipsum quolibet tempore: Nam liberum esse debet defendenti absentem servum, hujus edicti pœnam evitare: id est, ut sine noxæ deditio conveniatur: & ideo si negaveris servum in tua potestate esse, postea fateri poteris: nisi jam lis adversus te contestata est: nam tunc audiri non debebis, ut Labeo ait. Octavianus, ex causa etiam lite contestata tibi succurrendum: utique si atas tua ea sit, ut ignosci tibi debeat.

Ad §. Si absente domino ductus sit servus, vel etiam præsentem, & in eadem causa sit, ut in integrum restitui possit, defensio permittitur ejus nomine, qui ductus est: postulantis enim exhiberi eum ad defendendum, indulgere prætor debes. Idem concedendum est fructuario, vel cui pignoris nomine obligatus est, si præsens dominus defendere noluerit: ne alterius dolus, aut desidia illis noceat. Idem præstandum est in servo communi, quem alter ex dominis præsens noluit defendere. Sed & actori his casibus succurrendum est: quia placet dominii acquisitione extinguere actionem: Iussu enim prætoris ductus, in bonis fiet ejus, qui duxit.

P Præterea, ut idem Paulus ostendit in l. 26. etiam si ultro novus dominus, vel manumissus se non offerat defensionem litis, si eligatur, & conveniatur ab actore, omisso veteri domino, qui dolo desit possidere, si eligatur, inquam, & conveniatur ab actore, & exigatur litis æstimatio, id est, & actor ab eo exigat æstimationem litis, quod necesse est, ut inf. dicetur, & in hac ipsa l. indicat verbum *solvente*. Igitur si actor elegerit novum dominum, vel manumissum, eique novus dominus, aut manumissus solverit,

æsti-

æstimationem litis, dominus, qui alienavit, vel manumissum servum, opposita exceptione doli mali liberatur. Et contra electo veteri domino, beneficio ejusdem exceptionis, vel etiam, quod notandum, ipso jure in actione furti, quasi decifum, & transactum sit cum novo domino, vel manumisso, ut ait *l. si servus navem, in fin. de furt.* quia decifione, vel pacto actione furti etiam noxalis ipso jure tollitur, *l. si cum pro jure, de cond. furt. l. 13. C. de furt.* Electo igitur veteri domino beneficio exceptionis doli, vel etiam ipso jure in actione furti, quæ decifione ipso jure perimitur, & electo domino veteri, decifum videtur cum novo, vel cum manumisso, ne cum eo ageretur ex causa noxali, tum novus dominus, aut manumissus liberatur. Denique uno electo, & solvente alter liberatur: electio enim, ut ait, à prætoribus datur, ne eludatur actor, non ut lucrum faciat, bis agendo de ejusdem servi admissio, de ejusdem servi delicto. Eluderetur actor si haberet tantum actionem in veterem dominum & non esset solvendo, vel si haberet actionem in novum dominum, aut in manumissum, & non esset solvendo. Itaque datur ei optio, vel ut agat in hunc, vel in eum, quem tenferit esse locupletiores: in veterem dominum, qui dolo desit possidere, in novum dominum, vel in manumissum. Valde notanda est hæc ratio, quæ proponitur initio hujus *l.* quia electionem prætoris introduxit, ne eludatur actor, non ut etiam lucrum faceret, id est, non ut utrumque conveniret, & exigeret, quæ ratio cessat in specie *l. 13. §. pen. in fi. de petit. heredit. & l. Stichum, §. dolo, de solut.* ubi dicitur, non liberari novum possessorem hereditatis, si vetus possessor, qui dolo malo hereditatis possessionem in eum transtulit, ipse desit possidere, prius conventus, & exactus fuerit. Utrumque ergo teneri, & novum possessorem hereditatis, petitione hereditatis, & veterem, qui dolo desit possidere: quia scilicet prætor in ea specie non injunxit actori electionem. Idcirco utrumque convenire potest, veterem dominum ex prætorio dolo: novum dominum, ex præsentis possessione: & vel prius veterem dominum sive possessorem, deinde novum: aut ex diverso prius novum possessorem, deinde veterem, nisi ab initio novus possessor paratus sit judicium pati, judicium excipere: quia tunc, cum se offert liti, vetus possessor, ut modo dictum, dolo carere præsumitur. Et ideo non tenetur, sed solus is tenetur, qui nunc possidet, & se liti statim offert. Hoc est summe notandum. Eadem vero ratio electionis hoc edicto introducta facit, ut quod proponit Paulus in *§. 1. & l. si plurium, hoc tit.* si plures sint domini, qui dolo malo deserint servum possidere, uno electo, & solvente, ceteri liberantur. Item si ex duobus dominis, vel pluribus, alius partem suam dolo malo deserint possidere, ne secum ageretur noxali judicio, alius vero partem suam possideat, ut electio sit actoris, utrum cum eo, qui possidet, agat directa actione, id est, civili, quæ est noxalis furti, vel damni injuria dati, & est actio directa civilis, quæ proficiscitur ex *l. 12. tab.* vel ex *l. Aquilia*, an vero agat cum eo, qui dolo desit possidere prætoriam actionem in solidum suo nomine ex hoc edicto, ut & altero solvente litis æstimationem, qui prior conventus fuerit, alter etiam liberatur, quia electio datur actori, ergo non permittitur ut utrumque conveniat. Et, similiter, ut si unus sit dominus servi, qui noxam nocuit, alter in jure interrogatus mentiatur se esse dominum servi, uterque conveniri potest noxali actione, sed uno electo, uno convento, & solvente, ut ait in *§. si servum*, alter liberatur. Quod etiam ostendit lex 8. & 21. *de interrog. in jure fac.*

AD *§. si is, quem.* His additur in *§. si is, quem*, eum, qui dolo malo desit servum possidere, ne secum ageretur noxali actione, non teneri ex hoc edicto prætoriam actionem in solidum, si ante litem contestatam servus vita decesserit, & antequam dominus, qui desit possidere, in judicio accipiendo fecisset moram. Cur vero hoc casu dominus, qui dolo desit possidere, non tenetur actione prætoriam in solidum? Cur liberatur morte servi, quæ contingit ante moram, & ante litem contestatam? quia, inquit, hæc actio, prætoriam scilicet, succedit in locum directæ, id est, in locum noxalis, quæ civilis est actio, non prætoriam, eamque imitatur *d. l. si plurium, inf.*

A Mortuo autem servo, qui noxam nocuit, ante moram domini, & ante litem contestatam, noxalis actio perimitur, quia non est propter quem intelligi possit, dominum dare oportere, quod exprimebatur in formula actionis noxalis: *Ajo te mihi propter servum illum tuum dare oportere, damnum præstare, quod ille mihi dedit, l. pen. §. 1. hoc tit. l. 1. §. plano si ante, si quadrupes paup. sec. dic.* mortuo, inquam, servo, qui noxam admisit, ante moram, ante litem contestatam, perimitur actio noxalis, ergo & prætoriam, quæ in ejus locum succedit, *d. l. si plurium in fi.* At post moram mortuo servo, neutra actio perimitur, *l. si heres, sup. hoc tit.*

AD *§. neque.* Sequitur in hoc *§.* neque hanc actionem prætoriam heredi dari, neque in heredem, de qua multa diximus, aut certe præcipua, quæ sine noxæ deditioe nihilominus in dominum datur, qui mentitus est servum, pro quo noxalis actio alicui competeat, non esse in sua potestate, aut dolo malo fecit, quo minus esset, ait, *neque heredi ejus, cui servus noxam nocuit, neque in heredem domini dari*, quod quidem ait ad discretionem civilis actionis, id est, noxalis actionis, quæ & heredi, & in heredem datur, *l. pen. §. ult. hoc tit.* Illa autem actio prætoriam heredi non datur, quia dominus mentitus est defuncto, non heredi, & mendacium sit in personam, non in rem: in heredem vero non datur, quia pœnalis actio est, ut paulo infra hæc verba significant, *hujus edicti pœna*, ea est mendacii pœna. Est & alia differentia inter actionem civilem, id est, noxalem, & prætoriam, sive honorariam, quia noxalis actio in dominum datur perpetuo, quandiu servi noxæ dedendi facultatem habet, & copiam, *d. l. pen. §. ult.* Prætoriam autem actio in eum perpetuo non datur, ut ostendit in eod. *§. neque heredi.* Si enim dominus, posteaquam mentitus est, servum non esse in sua potestate, aut posteaquam dolo malo fecit, quo minus esset in sua potestate, si fateatur mutato consilio, servum esse in sua potestate, & paratus sit iudicio noxali absentem servum defendere, hujus edicti pœna, id est, actione prætoriam liberatur: actione prætoriam non tenetur, sed noxali tantum, cui se offert subeundæ, fatendo verum. Namque licet ei pœnitere, & mendacium suum emendare atque corrigere re integra, id est, ante litem contestatam, ex causa mendacii, ex causa prætoriam actionis, quod facile videtur excusato. Quid enim si iusto errore ductus mendacium dixerit? *l. de ætate, §. pen. & ult. de interrog. in jur. fac. l. is, qui se obtulit, de rei vindic.* Cur non liceat ei re integra, nec dum læso actore ulla in re, errorem suum, & mendacium corrigere? Post litem contestatam ei non licet, quin lædatur actor, qui jam in litem impensas fecit: Denique post litem contestatam ei non licet pœnitere, nisi ex justa causa: veluti si minor sit 25. annis, cui ignosci æquum sit, quocumque tempore data restitutione in integrum. Et in hoc *§.* minorem tantum ætatem excipit, sexum non excipit, minoribus succurritur, mulieribus autem non succurritur, ne facilius calumniatur spe restitutionis in integrum, *l. 10. §. ult. de reg. jur.* Calumniantur autem mulieres, quæ mentiuntur servum non esse in sua potestate, ne actione noxali conveniantur. Excepto igitur minore 25. annis, cui ex causa subveniri potest, qui quæve post litem contestatam ex actione prætoriam hujus edicti verum fatetur, puta servum esse in sua potestate, venia dignus non est, quia (qua ratione Græci utuntur) non videtur conscientia bona id facere, sed metu iudicii pœnalis, quod accepit: metu pœnæ & damnationis imminentis. Et hoc est, quod habetur in *§. neque.*

AD *§. ult.* In *§. ult.* docet quod & docuit lib. 6. in *l. 2. §. ult. si ex nox. causa ag. si servus*, de quo noxalis actio erat, cum nemo cum defenderet, & dominus peregre abesset, iussu prætoris ductus sit, ut sit, ab eo, cui furtum fecerat, noxamve nocuerat, servum ejus fieri, qui duxit, quod est certissimum, in dominium transire ejus, qui duxit, & consequenter dominii acquisitione perimi actionem noxalem, quia nemo secum agere potest. Actio locum non habet inter unum, sed inter duos: sed neque cum servo suo agere potest. Denique servi proprii nomine nulla est actio noxalis. At postquam

ita

ita ductus est servus, & transit in dominium actoris, cui furtum fecerat, aut damnum dederat, atque adeo perempta est actio noxalis, domino reverso causa cognita, restituitur defensio servi si bona fide abfuerit, ne ei noceat absentia sua, aut peregrinatio iusta ratione suscepta, nimirum servo exhibito ad defensionem: & vicissim quoque actori, qui servum duxit, restituitur actio noxalis, quæ perempta fuerat acquisitione dominii. Omnis restitutio in integrum debet esse reciproca, debet fieri ex utraque parte, *l. quod si minor, §. restitutio, de minorib. l. 1. & 2. C. si advers. transact.* Idemque dicendum est, si præsentem domino (dixi jam de absente) servum noxium non defendente, servus iussu prætoris ductus sit, & subsit causa magna domino, quamvis præsens fuerit ductionis tempore, restituendæ defensionis: ut puta, si propter inopiam antea implere defensionem non potuit, *l. 2. de cust. reor.* nam & hoc casu domino restituta defensione, & ei, qui duxit servum, etiam restituitur noxalis actio. Rursus idem dicemus, si præsentem domino, nec servum defendente, absente autem, vel ignorante fructuario, qui in eo servo usumfructum habet, vel in creditore, cui is servus pignorat, sit, servus ductus sit iussu prætoris, & postea reversus fructuarius, vel creditor, velit servum defendere, eumque ad defendendum exhiberi postulat: est enim audiendus, ne ei dolus, culpa, vel negligentia domini noceat, qui servum duci passus est, & indefensum reliquit: non debet alterius dolus, vel desidia alteri nocere. Et hoc quoque casu ei, qui duxit servum, restituenda est actio noxalis adversus fructuarium, vel creditorem, *l. 27. l. 30. hoc tit.* Ac postremo idem dicemus in servo communi duorum, quorum unus absens fuit, alter præsens, si præsentem non defendente servum iussu prætoris servus ductus sit; namque reverso absenti domino restituenda est defensio servi, si hoc desideret, & vicissim ei, qui servum duxit, actio noxalis: quæ est sententia *§. ult.* Ex quo intelligitur omnem restitutionem in integrum fieri ex utroque latere, & vicissim commeari.

Ad L. CXXXVI. de Reg. jur. *Bona fides tantundem possidenti præstat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.*

Porro ad hanc quæstionem noxalis actionis etiam putato esse referendam, *l. 1. §. 36. de regulis jur.* quæ huic libro 18. fertur accepta: *bona fides, inquit, tantundem possidenti præstat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.* Is, cui servus noxæ deditus est à non domino, qui eum possidebat, puta à bonæ vel malæ possessori, ut *l. bona fide, & l. non solum, sup. de noxal. act.* Is, cui ab eo noxæ deditus est, non est quidem dominus, quia nemo potest plus juris in alium transferre, quam ipse habet. Non est igitur dominus, sed est bonæ fidei possessor, eumque servum usucapere potest. Ideoque amissa possessione servi, etiam adversus dominum, si servi possessionem nactus sit habet actionem in rem Publicianam. Cui si dominus opponat exceptionem iusti dominii, quæ causa cognita sæpe admittitur in actione Publiciana, *l. pen. de publ. in rem actione*, ea exceptio iusti dominii emendabitur per replicationem doli mali, nisi dominus ei paratus sit præstare æstimationem litis, id est, æstimationem noxæ, *l. & generaliter, de noxal. actio.* Bona fides tantundem possidenti præstat, quantum veritas, id est, iustum dominium. Domino datur rei vindicatio, & bonæ fidei possessori quoque, nempe Publiciana, quæ est species rei vindicationis, in his scilicet rebus, quæ usucapi, & alienari possunt. In his autem rebus, quæ usucapi, vel longo tempore adquiri, vel alienari non possunt, Publiciana locum non habet, ut in rebus furtivis, quia lex 12. tabularum impedimento est, quæ vetat usucapi res furtivas, *l. sive autem, §. pen. l. cum sponsus, §. si res, de Publ. in rem act.* Et ideo huic regulæ adicitur hic modus, *quotiens lex impedimento non est*, quia neminem prætor tuetur contra leges, ut ait *d. §. si res.*

Ad L. VII. de Aqua, & aq. pl. *Is, cum quo aquæ pluriæ arceda agitur, quod opus fecit, licet cedere loco paratus sit,*

cogetur accipere iudicium, quoniam & suo nomine convenitur, ut opus tollat.

Ad §. Aliud est; in bonæ fidei emptore: hic enim tantum patientiam præstat. Igitur si & fundo cedat, audiendus est: Plus enim præstat.

Et hinc rapta occasione, puto Paulum iis applicuisse alia quædam, quæ sunt communia domino, & bonæ fidei possessori, & non communia tantum, sed etiam discrepantia, in quibus scilicet distat dominus à bonæ fidei possessore. Ut quod ex hoc libro proponitur *l. 7. de aqua, & aqua pl.* multum interesse docet, utrum cum domino agatur aquæ pluriæ arceda, quæ actio est ex 12. tab. de eo opere, quod in suo fundo habet, quo aqua pluvia vicino nocet, an cum bonæ fidei possessore. Nam hac actione omnimodo dominus tenetur, etiam si fundo, vel loco, in quo opus fecit, vicinus cedere paratus sit, omnimodo tenetur, videlicet, ut opus, quod fecit suis sumptibus, restituat, tollat. Bonæ fidei possessor, si fundo cedere paratus sit, & patiat, ab actore opus tolli, quod non ipse fecit, sed dominus, absolvitur. Bonæ fidei possessor patientiam tantum operis tollendi præstare debet, sive restituendi, & utique hoc præstat. Imo & plus, qui fundo etiam, in quo opus factum est, actori cedere paratus est. Igitur absolvendus est. Et hæc differentia inter dominum, & bonæ fidei possessorem proponitur in *d. l. 7.*

Ad L. XIV. Rerum amotarum. *Non magis, quam si quis ei qui furii agat, iusjurandum deferat, an ipse fur sit.*

Ab hoc vero quasi diverticulo Paulus mox redit ad quæstionem iusjurandi, de qua hoc libro tractare potissimum instituerat, docens in *l. 14. rer. amot.* & in iudicio rerum amotarum rem decidi posse in iudicio delato iurejurando, videlicet si vir, aut uxor, qui quæve agit in conjugem ob res, quas dicit eum amovisse divortii causa, iusjurandum ei deferat, quo delato sane compellitur jurare, nihil se divortii causa amovisse, aut solvere, quia referre hoc casu iusjurandum non potest, *l. 11. §. ult. eod. tit.* vel jurare debet se eam rem non amovisse, de qua iusjurandum defertur; nam & de una re tantum iusjurandum deferri potest, non de cæteris, *l. 7. de iurejur.* Quo loco ait verba huius edicti, *eius rei, de qua iusjurandum delatum est, sic esse accipiendam, sive de tota re, sive de parte juratum sit:* & similiter sane de omnibus rebus, quæ in iudicium sunt deductæ, sive de quibusdam. Potest enim actor de quibusdam rebus probare, eas conjugem amovisse: de quibusdam vero si in eis rebus omnes ei probationes deficient, iusjurandum deferre. Quidni? Et hoc est, quod ait *l. 12.* posse actorem de quibusdam probare, de quibusdam iusjurandum deferre, quod & fit hodie: similiter scribit Paulus in *l. 5. de exception.*

Ad L. V. de Exception. *Is, qui dicit se jurasse, potest & aliis exceptionibus uti cum exceptione iusjurandi, vel aliis solis: Pluribus enim defensionibus uti permittitur.*

Eum, qui habet exceptionem iusjurandi, posse etiam si: mul aliis exceptionibus uti, si & alias habeat, veluti pacti conventi, vel rei iudicatæ, vel doli mali. Exceptio est defensio rei, *l. sufficit, de cond. indeb. l. 17. §. error, ad munic.* Et reus non prohibetur plures defensiones conjungere etiam diversas: non prohibetur pluribus defensionibus uti, quamvis diversæ sint, *l. plura, de oblig. & act. l. 8. h. t.* Plus tribuitur reo, quam actori: nam pluribus actionibus ejusdem rei nomine uti non licet, maxime si diversæ sint, *l. plura, de oblig. & actio.* Uno tantum telo petendus est reus. Omnis sagitta, etiam multiplex, utilis reo est, neque coarctandus est reus ad certum defensionis genus, si ei suppetant plures: actio est telum, exceptio clypeus. Potest etiam reus, si velit omittere exceptionem iusjurandi, quam habet, & aliis exceptionibus uti. Quo tamen casu electis aliis exceptionibus omisa exceptio iusjurandi, postea non potest reverti ad exceptionem iusjurandi semel omisam, *l. sed est, de iudic. & argum. l. 22. in fi. de nox. act. & l. 12. C. de reb. cred.*

Ad

Ad L. XX. Depositi. Si sine dolo malo rem depositam tibi amiseris, nec depositi teneris, nec cavere debes, si deprehenderit, eam reddi. Si tamen ad te iterum pervenerit, depositi teneris.

L Ex 20. depositi, in Florentinis tribuitur huic libro. In aliis lib. 31. quod verius esse videtur, quia quod in ea proponitur nihil pertinet ad quaestionem jurisjurandi, ad quam omnes hujus libri superiores leges respiciunt, aut facile revocari possunt: qua ratione etiam aliarum duarum legum, quae restant, inscriptio mihi suspecta est. Lex autem 20. depositi non est profecto cujusvis hominis, nec tam facilis, quam esse videtur. Depositario sine dolo malo amittente rem apud se depositam, etiam si qua culpa ejus argui possit, ait non teneri actione depositi, nimirum, quia dolus solus in depositum venit, non culpa, l. 5. nunc videndum, commod. Et multo ergo minus teneri depositi, si sine dolo, & culpa sua rem apud se depositam amiserit, ut si servus depositus, qui vinciri, qui diligentius custodiri non solebat, se in fugam dederit, fuga enim servorum, qui custodiri non solent casui fortuito, non culpae adnumeratur, l. 21. de rei vindic. l. in rebus, commod. l. contractus, de reg. jur. Adeo autem depositi non tenetur depositarius, qui sine dolo malo rem sibi depositam amittit, ut nec cavere debeat de reddenda ea re, si eam postea nactus fuerit, & multo minus de ea re postea persequenda: quia nullam actionem habet, qua eam rem persequatur: sed si ad eum res iterum pervenerit, tum depositi tenetur. Cur cavere non debeat eam reddi, si eam postea deprehenderit, si quaeratur, ne dicas: quia cautionis praestatio est molesta, & onerosa, bene merenti depositario non debet esse oneri beneficium, quod deponenti benefacit, rem ejus servandam suscipiendo. Ne hoc dicas: nam hoc genus cautionis rem reddi, vel restitui, si eam deprehenderit, nuda repromissio est, non cautio cum fidejussore, id est, satisfactio, l. si pecuniam, si item si quis, de cond. ob caus. Cautio cum fidejussore est oneri, & molestiae ei, qui eam praestare debet, quia fidejussores inventu difficiles sunt, l. 6. si cui plus, quam per leg. Falciat. l. omnes, si praeterea, C. de episc. & cler. Nuda autem repromissio non est oneri. Verum dicas, hanc esse rationem non praestandae cautionis, id est, repromissionis de restitutione rei depositae, si ad depositarium iterum pervenerit, quia ea cautio supervacue praestaretur: non solent inungi supervacuae cautiones, neque debent. Ea, inquam, cautio a depositario supervacue praestaretur: cum si res iterum ad eum quacunque ex causa pervenerit, promptum, & proclive sit in eum agere actione depositi, ut Paulus ait hoc loco. Et hoc sane est speciale, & singulare, ut & multa alia in causa depositi, videlicet, ut etiam deposita re amissa, deinde recuperata, denuo ejusdem rei repetitum, aut reintegratum depositum non sit, ex pristina causa agatur, quasi per se tacito intellectu renovato deposito, quod finierat amissione depositi: nam ex caeteris causis, quam depositi, re semel amissa sine dolo, & culpa rei ante litem contestatam, non potest denuo in eundem agi ex pristina causa, quae jam finita, & extincta est, quamvis eadem res ad eundem redierit. Ideoque cautione opus est de restitutione rei: exempli gratia, mandavi tibi ut mihi servum emeris, emisti, deinde priusquam eum mihi restitueres, & traderes, servus fugit sine dolo, & culpa tua: non teneris mihi mandati, nisi in hoc tantum, ut caveas te mihi servum restitutum, si quandoque in tuam potestatem pervenerit: cautionem hanc interponi necesse est: quia etsi servum postea deprehenderit, ex pristina causa actio mandati non est, l. si procuratorem, §. ult. mand. Idemque dicendum est, si tibi decem dederim, ut Stichum emeris, & manumitteres, qui contractus est do ut facias, cui nomen proprium non est: si Stichum emeris, nec dum manumiseris, & is fugerit sine dolo, & culpa tua, cum jam amplius nollem eum manumitti, non teneris mihi conditione ob rem datam re non secuta, nisi in hoc tantum, ut caveas 10. restitui, si servus in tuam potestatem redierit. Cautione opus est, quia agi non potest ex pristina causa, quae semel finita est servi potestate amissa sine dolo, & culpa tua, l. si pecunia, si item

A si quis, de cond. ob surp. caus. Quod ergo ait in hac l. 20. ex pristina causa agi posse depositi, si depositarius rem amissam reciperaverit, speciale est in causa depositi. Et maxime observandum hoc loco, quasi conjuncta scriptura, ex eodem auctore duo proponi, quae sunt specialia in deposito: unum in l. seq. ut quamvis servus ex caeteris contractibus non obligetur civiliter, nec possit conveniri post manumissionem, l. 14. de obl. & act. l. tutorem, qui tutelam, de admin. tut. l. si pure, de fideicommiss. libertat. l. 1. & 2. C. an servus ex suo facto, ut tamen possit etiam post manumissionem depositi conveniri, si rem teneat, quae apud eum cum servitute serviret deposita fuit, & ut possit ipse conveniri solus, non etiam dominus ejus, actione de peculio intra annum: nam haec actio annalis de peculio in dominum ex edicto praetoris non datur, nisi quum in manumissum agi non potest ex ante gesto. Et hoc esse speciale in deposito satis aperte demonstrat lex 21. dum ait, licet in caeteris causis servus post manumissionem non teneatur. Alterum quod in deposito speciale est, haec lex 20. proponit, atque etiam unum speciale conjungitur alteri fere uno contextu ex eodem auctore. Alterum quod proponitur in hac l. 20. hoc est, ut depositi teneatur, qui rem depositam sine dolo malo amittit, si eam postea aliqua ex causa, nihil refert qua ex causa, reciperavit, atque igitur interim cesset obligatio depositi potius, quam extincta sit, ut loquitur lex qui res, §. aream, de solut. Quod tamen non est omitendum ita procedere, si rem depositarius amiserit ante litem contestatam, id est, antequam cum eo depositi ageretur: Nam si post litem contestatam eam amiserit, etiam sine dolo malo, proculdubio omne periculum ad eum pertinet, l. 12. §. ult. hoc tit. Excepto duntaxat naturali interitu, naturali morte servi depositi, vel animalis, quum ea res erat interitura, etiam statim restituta fuisse actori, l. 14. §. ult. hoc tit. Et hac in re juvat considerare, quam dicitur actio depositi ab actione in rem ex l. 21. §. 1. de rei vindic. Si post litem contestatam iudicio in rem, servus, de quo actum est cum bonae fidei possessore, auferat sine dolo, aut culpa possessoris, bonae fidei possessorem non tenetur actori, nisi ad hoc solum, ut caveat de eo homine restituendo, si eum forte deprehenderit: Nec enim praestat omne periculum propter bonam fidem. At depositarius post litem contestatam omne periculum praestat propter malam fidem, quia iudicii accipiendi tempore non reddidit, quod reddere potuit. Quod si bonae fidei possessor ante litem contestatam rem amisset sine dolo, aut culpa sua, proculdubio non esset in eum actio in rem, quia actio in rem ex praesenti possessione est, l. non alias, §. ult. de jud. Et illam rem non possidet, neque dolo desit possidere. Caeterum in cum esse poterit actio in rem ex nova possessione, sicut & actio noxalis, l. 23. de noxal. act. l. si rem, & l. seq. de excep. rei jud. Quod exemplo actionis in rem locum habet etiam in actione ad exhibendum, quae propter actionem in rem inducta est, ut ait lex 1. ad exhib. Quia scilicet non nisi si post litem contestatam is, cum quo actum est ad exhib. sine dolo, & culpa exhibendae, & restituendae rei facultatem habere desierit, ad hoc tenetur, ut caveat, se eam rem exhibiturum, si rursus in suam potestatem venerit, non etiam, si ante litem contestatam eam rem amiserit, quam scilicet possidebat bona fide. Caeterum ex nova causa, id est, si postea res ad eum redierit, agi cum eo potest ad exhibendum. Et ita est accipienda lex Celsus, §. ult. ad exhib. Et breviter inter actionem in rem, & actionem depositi est differentia, re amissa post litem contestatam: re autem amissa, ante litem contestatam, idem juris est in actione depositi & actione in rem, & actione noxali, & actione ad exhibendum: quia scilicet statim, ut res amissa est, agi non potest: postea ex nova possessione, novae rei restituendae facultate agi potest.

Ad L. LXXVI. de Verb. oblig. Si stipulatus fuerim illud, aut illud, quod ego volnero: haec electio personalis est: & ideo servo, vel filio talis electio cohaeret. In heredes tamen transit obligatio, & ante electionem mortuo stipulatore.

Ad §.

Ad §. Cum stipulamur, quidquid te dare facere oportet: id A
quod præsenti die duntaxat debetur, in stipulationem deducitur, non ut in judiciis, etiam futurum: & ideo in stipulatione adjicitur verbum oportebit: vel ita, præsens, in diemve. Hoc ideo fit, quia qui stipulatur, quidquid te dare oportet, demonstrat eam pecuniam, quæ jam debetur. Quod si totam demonstrare vult: dicit, oportebitve: ita, præsens, in diemve.

INitio hujus legis proponitur, si stipuler illud, aut illud dari, utrum ego voluero, reservata mihi electione, electionem mihi, heredive meo esse petendi, utrum maluero, vel utrum heres meus maluero. Quod etiam aperte est proditum in *l. si sit legatum, §. ult. de leg. 1.* Sed si cum essem filiusfam. aut servus idem stipuler, puta, illud, aut illud dari, utrum ego voluero, aut quod ego voluero, electio mihi soli permittitur, non etiam patri, vel domino meo, quia personæ meæ cohæret, quatenus facti est, non juris. Quæ juris sunt, ad patrem, vel dominum transeunt. Quæ facti me vivo, non item, *l. quod dicitur patrem, l. ult. inf. hoc tit.* Et transit tamen, ut ante dictum est, electio, quæ facti est, ad heredem, sed non directo (quod notandum) sed per consequentiam, quia obligatio in heredem transit. Et illa obligatio, sive stipulatio, illud, aut illud, quod ego voluero, est pura: ut recte Albericus notat, cujus scilicet dies statim cedit, sed moram recipit ex destinatione, vel optione stipulatoris, aut heredis ejus. Hæc sententia est verissima, quam etiam confirmabo fortiter ex *l. illud, de opt. leg.* ut satisfaciam ingeniosis quibusdam, qui dicunt obligationem quidem hanc, illud, aut illud, quod ego voluero, in heredem transire, cæterum electionem non transire, & qui aliud plane demonstrant, verba cavillantur hujus *l. & leg. si sit legatum, §. ult.* Quod tamen genus calumniæ non admittet unquam *lex illud, aut illud, de opt. leg.* in qua proponitur testator Titio legasse, illud, aut illud, quod legatarius elegerit, & post diem legati cedentem, id est, post mortem testatoris, legatarium vita decessisse, nulla re electa: & ait legatum ad heredem transmitti: ergo & electionem necessario, quam nullam legatarius defunctus fecit ante, & transmitti in heredem, quia non est legatum optionis, quod olim sane non transmittebatur in heredem: si legatum esset hoc modo, *optato servum ex servis meis, quem volueris, sed duæ res certæ legatæ sunt sub alternatione.* Ex quo intelligitur, & obligationem, & electionem transire in heredem, nec posse etiam unum transire absque altero. Qui dicunt obligationem transire, electionem non transire, dividunt quæ sunt individua: & contra verba legum comminiscuntur obligationem ita demum transire in heredem si vivus stipulator qualem qualem electionem fecerit. Sequitur in hac *l. 76.* differentia una inter formulas stipulationum conventionalium, & formulas actionum, sive judiciorum, quæ à prætore dantur. In formulis actionum: *Quod te mihi dare facere oportet:* hæc verba trahuntur etiam ad futurum tempus, id est, ad id, quod jam debetur judicii accipiendi tempore, quodve post debebitur ante rem judicatam, vel actionis jure, vel officio judicis. Et ut judicia, ita etiam stipulationes prætoricæ, quia actionum instar obtinent, veluti stipulatio legatorum, vel damni infecti, eandem interpretationem, vel ampliationem recipiunt, *l. 1. §. bellissime, ut legat. nom. cav.* In formulis autem stipulationum conventionalium hæc verba: *quod te mihi dare facere oportet,* strictius accipiuntur, ita ut, si quis velit, non tantum præsens, sed & futurum tempus complecti, ita debeat stipulari, *quidquid te mihi dare facere oportet, oportebitve.* Nam verbum, *oportet,* si solum appositum sit, non porrigitur ad futurum tempus, sed ad suum tempus tantum, & suo solo tempore coercetur, & continetur: vel etiam ita debet stipulari, *præsens, in diemve,* ut *l. 89. & 125. inf. hoc tit.* vel ita, *oportet, oportebitve præsens in diemve,* ut in stipulatione Aquiliana, *l. & uno, de accept.* Et ratio differentiarum inter has stipulationes, & actiones, sive judicia, hæc est, quia judicium habet tractum temporis antequam peractum sit, nec enim peragitur momento: & merito totus ille tractus comprehenditur in formula judiciorum. Stipulatio momento perficitur. Id ergo momentum solum in

ea inspicitur, nempe, quod jam eo momento stipulatori debetur, non quod postea eidem debitum iri certum est, vel incertum, nisi quoque id nominatim expressum sit.

Ad L. XXIX. de Fidejussoribus. Si sub impossibili conditione stipulatus sum, fidejussor adhiberi non potest.

IN hac l. hoc tantum ostenditur, stipulationi factæ sub conditione impossibili, frustra fidejussorem adhiberi; quia scilicet ex ea stipulatione ne naturalis quidem obligatio nascitur: natura enim ei repugnat: si vel naturalis tantum obligatio ex ea nasceretur, recte fidejussor ei adhiberetur: at neque civilis, neque naturalis ex ea nascitur. Hic est finis libri 18.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. de Public. in rem actione. Vel mortis causa donationes factæ: nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

Ad LL. IV. VI. & X. eod.

MAGNA pars legum, quæ huic libro in Pandectis Florentinis adscribuntur, sunt de actione Public. in rem. Quæ tamen leges omnes in aliis exemplaribus lib. 21. adscriptæ leguntur, quod rectius esse videtur. Nam totus liber 21. est de actionibus in rem tam utilibus, quam directis, quibus singulæ res petuntur. Liber scilicet 20. est de actionibus in rem, quas de universitate proposuit prætor: & liber 21. de action. in rem, quibus singulæ res vindicantur. Liber autem decimus nonus est de quibusdam action. noxalibus, veluti servi corrupti, & de dejectis, & de effusis, quarum de genere jam ante libro superiore Pandectas Florentinas, & prius expediamus omnes leges, quæ sunt de actione Publiciana. Quid est actio Publiciana? Rei vindicatio utilis, quæ amissa possessione, tanquam domino datur ei, qui rem alienam nactus ex justa causa acquirendi domini ab eo, qui ejus rei dominus non erat, eam rem bona fide possedit, nec dum usucepit adversus novum possessorem extraneum, & quandoque etiam causa cognita adversus verum dominum, sic appellata, ut est in *Instit. à Publicio auctore ejus actionis, à Quinto Publicio scilicet, qui prætor fuit cum M. Junio.* ut est in *Cluentiana M. Tullii.* Dixi esse utilem rei vindicationem ex *l. nec utilem, ex quibus caus. major.* Et quia jure prætorio Publiciana actio introducta est ad instar, & exemplum directæ, & civilis actionis, sive vindicationis, quæ competit ei, qui usucepit, quive alio justo, & legitimo modo dominium adquisivit, *l. in honorariis, de obl. & action.* Et ut eleganter ait *lex 7. §. Publiciana, de Public. in rem act.* Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. Publiciana autem actio, ut dixi; est utilis actio in rem. Omnis autem actio utilis respicit ad exemplum, & instar cujusdam alterius actionis, & Publiciana actio respicit ad instar proprietatis, id est, ad instar actionis in rem civilis, qua de proprietate, id est, de dominio agitur: non ad instar possessionis, id est, non ad instar actionis in rem, quæ nudam possessionem avocatur, non proprietatem, quo ex genere est actio in rem prætoriam, quæ hypothecaria dicitur, vel utilis Serviana, *l. si cum vendit. de evictionib. l. si quis servum, de noxal. act.* Igitur actio Publiciana habet instar actionis in rem civilis, & directæ, per quam introducitur lis domini, & proprietatis, ut ait *Levictis, de usur.* Nam in actione Publiciana etiam de proprietate, & dominio agitur, non autem habet instar actionis in rem prætoricæ, quæ hypothecaria dicitur; & nudam

nudam possessionem avocatur: Denique actio Publiciana A continet non nudæ possessionis, sed proprietatis causam. Et is igitur, qui agit publiciana, non persequitur possessionem nudam, sed proprietatem, quandoquidem prætor eum tuetur vice domini, ad quem bona fide à non domino res transit ex justa causa acquirendi domini. Et valde placet, quod ab Harmenopulo 2. ἐπιτομήs, non longe à fine tituli. 1. additur in d. §. Publiciana, verbum, nudæ, hoc sensu, Publiciana, μιμησιον, sive instar habere proprietatis, ἢ ὡς ψιλῆς κτήσεως, & non possessionis nudæ: nam revocat quidem actio Publiciana possessionem, ut non male ab Harmenopulo eodem definiatur paucis, esse actio, qua bonæ fidei possessor nondum usucapione dominus effectus amissam possessionem revocat: sed non revocat possessionem solam, possessionem nudam, quandoquidem in eo iudicio, non tantum jubet arbiter possessionem actori restitui, sed etiam pronuntiat, rem actoris propriam esse videri: nempe, quia prætor, qui eam actionem dat, fingit eum, qui nondum est dominus, esse dominum: eum, qui nondum usucepit, usucepisse, id est, usucapionem implevisse. Et pro formula quoque datæ actionis, actor dicit, se eam rem usucepisse, §. namque si cui, Instit. de actionibus. Denique Publiciana actio, fictitia est actio. Et sicut actio, quæ datur bonorum possessori, vel in bonorum possessionem, in qua heres esse fingitur, dicitur esse fictitia actio ab Ulpiano lib. sing. regul. tit. de bon. poss. Ita recte dicimus actionem Publicianam, quam bonæ fidei possessori, qui rem à non domino accepit ex justa causa acquirendi domini, amissa possessione, prætor accommodat, in qua rei, qua de agitur, fingitur esse dominus, licet eam nondum usuceperit, recte, inquam, dicemus eam actionem esse fictitiam. Et ut Theop. scribit in d. §. namque si cui, actorem πλάττειν, id est, fingere se usucepisse, quod nondum usucepit. Atque ita per hanc actionem rem suam esse petere, nec de possessione tantum certare, quæ migravit ad alium, sed etiam de proprietate, instar directæ, & civilis actionis in rem. Justa autem causa (id est, iustus titulus acquirendi domini) qua exigimus, ut res pervenerit ad eum, qui agit Publiciana, est veluti traditio facta ex justa causa, non traditio nuda, l. nunquam, de adq. rer. dom. Item justa est causa acquirendi domini, & citra traditionem legatum, ut ait l. 1. in fi. hoc tit. Nam ex legati causa ipso jure dominium adquiritur sine traditione, maxime si legatum fuerit relictum per vindicationem. Et hodie ex constituto Iulianiani, quoquo modo fuerit relictum legatum, dominum rei legatæ adquiritur ipso jure, sine facto, sine traditione, sine prælatione heredis, à quo legatum testator reliquit, l. quotiens, §. ult. de pecul. l. 3. §. si rem, de leg. 3. Et ideo si res aliena legata fuerit, & legatarius eam forte nanciscatur sine facto heredis, amissa possessione ante impletam usucapionem, quia non acquisivit dominium rei legatæ, & necessaria igitur ei est usucapio, ut dominus fiat: Amissa, inquam, possessione ante impletam usucapionem hæc actio ei competit ex legato. Ex hoc Pauli libro additur in l. 2. hoc tit. donatio causa mortis, quia scilicet & hoc genere dominium adquiritur ipso jure sine traditione, etiam si donator rem nondum tradiderit. Et est profecto in hanc rem lex 2. valde singularis, quia, inquit, donationes causa mortis ad exemplum legatorum capiuntur, id est, adquiruntur. Et quod satis constat, in omnibus fere aliis causis, donationes causa mortis exemplum legatorum sequuntur. Et ad has quoque causas acquirendi domini dicimus actionem Publicianam pertinere. Prætor quidem in edicto fecit tantum mentionem traditionis factæ à non domino ex causa emptionis, quæ una est species acquirendi domini, si fiat à domino ex iuxta causa: hoc indicat aperte lex 3. & 7. §. prætor, & lex 8. hoc tit. Verum tamen non ex hac tantum causa, id est, ex causa emptionis venditionis per traditionem dominium adquiritur, sed ex pluribus aliis causis, ut si res tradatur ex causa dotis, vel causa iudicati, vel ex causa donationis, vel ex causa permutationis, vel ex causa solutionis, l. 3. & 4. quæ est ex eo lib. Pauli, & l. 7. §. sed & si quis, & §. sed etsi permutatio, h. t. Et ad has omnes causas pertinet actio Publiciana, si ex his causis traditio facta sit, non quidem à domino, sed à non

Tom. II. Post.

domino: nec dum ab eo, qui rem accepit, res usucapta sit, quoniam si usucapta sit, supervacua est Publiciana actio: cum suppetat civilis, & directæ vindicatio, dominio acquirendo jure civili per usucapionem. Solutio, de qua proprie Paulus agit in l. 4. est justa causa acquirendi domini. Dominium enim rei traditæ solutionis causa adquiritur creditori, si dominus eam tradiderit: si non dominus, creditori bona fide accipienti præbetur occasio eam rem usucapiendi, & amissa possessio hæc actio ei accommodatur. Denique justus possessor, & petitor est, qui ex solutionis causa rem bona fide accepit. Sed, ut dixi, & citra traditionem plerisque aliis modis à domino dominium ipso jure ad alium transferri potest, & transire, & consequenter à non domino occasio usucapiendi alii præberi, puta legato, aut donatione causa mortis, adde & hereditate, aut hereditatis additione, l. si ager, sup. tit. prox. Et ex jure veteri, mancipatione, & cessione in jure: quæ domini acquirendi rationes traditionem corporalem non deficiabant. Itemque restitutione fideicommissi, quæ non corpore, sed nudo verbo fiebat. Restitutio quæcumque recte fit nudo verbo, nuda oratione. Itemque si servus ex causa noxali, quia non defendebatur, jussu prætoris ductus sit, ubi alius traditio intervenit, & tamen ei, qui duxit servum jussu prætoris, dominium ipso jure adquiritur, si domino servum abduxerit, vel si non domino, eum usucapere, & nondum impleta usucapione, si ejus possessionem amiserit, eum actione Publiciana persequi poterit, l. 2. in fine, si ex nox. causa agat. l. electio, §. ult. adhibitis duabus sequentibus, de noxal. act. Quod & ex hoc libro Pauli proponitur in l. 6. hoc tit. Et similiter ex eodem de restitutione fideicommissi, quod dixi ante in l. 12. §. 1. hoc tit. Itaque ad omnes istas causas citra traditionem acquirendi domini hoc edictum porrigitur, & generaliter, ut ait l. 13. in prin. hoc tit. quæ utique sunt justæ causæ acquirendarum rerum, si ex eis causis facti res, bona fide scilicet, nec dum domini effecti amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia hæc actio. Denique hoc edictum pertinet ad traditionem, quacumque ex justa causa factam à non domino, & ad omnem aliam speciem legitimam citra traditionem acquirendi domini, quod summe notandum. Et ad hæc notandum, amissa possessione mihi actionem Publicianam dari, non tantum, si quid ego emero à non domino bona fide, & traditum accepero, nec dum usucepero, sed etsi servus meus, l. 7. §. si ego non emero, hoc tit. Quod & in servo municipii, in servo civitatis obtinere ostendit l. 9. §. ult. hoc tit. & confirmat lex tigni, §. item municipes, ad exhib. & l. 1. §. ult. de acquir. possess. nempe ut municipes per servum publicum possideant, & usucapiant, & habeant actionem Public. si servo eorum res à non domino usucapta, & tradita sit bona fide accipienti, & nondum usucapta: & nihil interest, ut in l. 10. h. t. subjicitur ex eo lib. Pauli, Peculiari nomine, suo nomine, idem est, an nomine ejus, cui serviebat servus rem emerit, & acceperit: quia quodcumque servus quocumque nomine bona fide possidet, & dominus à que possidere intelligitur. Ergo & usucapere, & amissa possessione, de ejus rei quasi proprietate agere hac actione Publiciana. Retro quoque, quod servi non possunt possidere, nec dominus per eos possidere potest. Item ex diverso, quod domini possidere, & usucapere suo nomine non possunt, nec per servum quidem possunt, l. 3. de usurp. & usuc. Quæ tamen in re separanda est causa peculiaris à non peculiaris: nam ex re peculiari, ex causa peculiari, quæ est in peculio, veluti in patrimonio servi, servus ejus, qui captus est ab hostibus, nec dum rediit postliminio, possidere, & usucapere potest. Hoc enim receptum jure singulari, & reversus dominus per eum possedisse intelligitur, & usucepisse, eique reverso, si nondum sit à servo impleta usucapio, amissa possessione Publiciana competit, d. l. 8. l. si is, qui, pro emp. l. iusto, §. ult. de usucap. Ex causa autem non peculiaris, neque servus, neque per servum dominus, qui est apud hostes possidere, & usucapere potest, l. 11. eod. tit. quæ est etiam ex hoc libro Pauli. Et ita omnino est accommodanda ad actionem Public. ut neque servus, neque per servum dominus, qui est apud hostes, ullam rem possidere, & usucapere

Q

pere possit. Et consequenter, ut dominus reversus possit in initio, si alius ejus rei possessionem apprehenderit, quam servus, post captivitatem domini, extra causam peculiarem emerat, & acceperat, non possit eam persequi actione Publ. quia nunquam intelligitur eam possedisse. Recte autem addit Accursius in d. l. 10. *sive peculiari nomine servus emerit, sive non*. Recte ait, *dummodo nomine municipum, id est, dominorum*, quia de servo municipum loquitur, in quo tamen idem servatur, quod in servo privatorum, quatenus & hodie municipia loco privatorum habentur, *l. eum, qui, de verbor. signif.* Recte, inquam, Accursius, *dummodo nomine dominorum*, quia si servus, neque suo nomine, id est, peculiari nomine, neque domini nomine rem emerit, & acceperit, sed nomine alieno, puta Titii, possessio Titio acquiritur, non domino. Ac proinde dominus eam rem actione Public. persequi non potest. Actio Publ. non datur nisi ei, qui eam rem quandoque possederit, qui que usucapere eam potuit, & vero coepit, sed perficere usucapionem non potuit.

Ad L. XII. eod. *Cum sponsus sponsae servum donasset, eumque in dotem accepisset ante usucapionem: rescriptum est à Divo Pio, divortio facto restituendum esse servum: nam valuisse donationem inter sponsum, & sponsam. Dabitur ergo & possidenti exceptio: & amissa possessione, Publiciana: sive extraneus, sive donator possideat.*

Ad §. Is, cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.

Ad §. In vectigalibus, & in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.

Ad §. Idem est, & si superficiariam insulam à non domino bona fide emerit.

Ad §. Si res talis sit, ut eam lex, aut constitutio alienari prohibeat: eo casu Publiciana non competit: quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.

Ad §. Publiciana actio etiam de infante servo nondum anniculo uti possimus.

Ad §. Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actio uti potest.

Ad §. Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur.

Qui ex causa donationis bona fide accepit rem à non domino, nec dum usucepit, amissa possessione habet actionem Publicianam, non tantum adversus extraneum possessorem, sed etiam adversus donatorem ipsum, si ad eum casu quodam ejus rei possessio redierit. Hoc ostenditur initio h. legis 12. & in l. 7. *s. sed & si quis, hoc tit.* Et ita procedit, si donatio utilis, & legitima fuerit. Nam donatio inutilis, vel illicita, non est justa causa acquirendi domini. Unde si maritus rem alienam, quam possidebat, uxori donavit, quae donatio non valet, si ob id pauperior maritus effectus sit, ut puta, si rem, quam emerat à non domino, donaverit, quia pretium ei abest, & quatenus emit, eatenus pauperior factus videtur, ea re uxori donata. quamvis res aliena fuerit. Et ideo donatio non valet, quod pronum est colligere ex *l. sed & si constante, de donat. inter vir. & uxor.* & *l. si vir uxori, pro don.* Ideo amissa possessione ejus rei ante usucapionem, uxori non dabitur actio Publ. quod etiam hac lex innuit, quum loquitur de donatione facta inter sponfos, quasi aliud sit in donatione facta inter maritos, hac enim est inutilis, illa utilis. Et hac est species, quae proponitur initio hujus legis. Sponsus servum alienum, quem forte bona fide possidebat, sponsae donavit bona fide accipienti: donatio valet, & justa est causa acquirendi domini, justa causa alienationis. Mox vero eundem servum sponsa sponso dedit in dotem, antequam eum usucepisset, atque adeo antequam ejus servi dominium adquisivisset, servum, inquam, alienum sibi à sponso donatum, sponsa ante usucapionem redegit in dotem, & convertit, quod saepe fieri ait *l. generalem, §. hoc observari, C. de secund. nupt.* ut scil. mulieres, quae sibi sponsi in sponsalibus ante nuptias contractas donaverint, post

marito dent in dotem, quod jure fit. In hac autem specie Paulus ait, secutus nuptias, ac deinde divortio facto, ex rescripto Divi Pii, mulierem eum servum repetere posse, quasi dotalem, actione de dote. scilicet, ut ait *l. 1. C. de donat. ante nup.* Certe si servum alienum, quem mulier nacta fuerat justa ex causa ab alio, quam à marito, marito dederit in dotem, sciens vel ignorans esse alienum, nihil refert, divortio facto eum repetere potest, quasi rem suam, quasi rem uxoriam, quasi rem dotalem actione de dote, *l. si alienam, sol. matrim.* Sed etsi eum à marito bona fide acceperit ante nuptias ex donationis causa, ut hic proponitur, & mox ei dederit in dotem, divortio facto eum repetere potest actione de dote ex supradicto rescripto, etiamsi ante usucapionem eum dederit in dotem, quia justa est causa ad acquirendum dominium causa donationis factae inter sponsum, & sponsam: & ideo quasi rem suam eum hominem soluto matrimonio repetere potest actione de dote, in qua fingit, eum hominem fuisse suum: actione de dote, inquam, non ut Accursius, actione Publiciana: quia actio Publiciana datur ei, qui casu aliquo sine facto suo possessionem amisit, non ei, qui facto suo possessionem amisit, non ei, cujus facto possessio in alium translata est, ut si ego tibi rem, quam possidebam, tradidero, certe non agam Publ. adversus te. Et ita, si mulier servum, quem ei sponsus donaverat, eidem dederit in dotem, soluto matrimonio, eum non petit actione Publiciana, sed repetit actione de dote. Et ex his infert Paulus hoc loco, si post donationem à se factam maritus ejusdem hominis possessionem nactus sit sine facto mulieris, antequam usucapionem mulier impleisset, tunc eum hominem, mulierem constantem, vel soluto matrimonio petere posse actione Publiciana instituta adversus maritum, eundemque donatorem, ut initio dixi. Idemque erit, si possessio ejus hominis, quae sponsus sponsae donaverat ad extraneum pervenerit sine facto mulieris. Nam in extraneum mulieri competit actio Publiciana, quia eum hominem nacta est ex justa causa alienationis, id est, quia valet donatio facta inter sponfos: vel si ejus hominis possessionem mulier non amisit, si adhuc mulier eum hominem possideat, alio agente, quam vero domino; sive marito, sive extraneo, & eum hominem vindicante, potest se mulier tueri exceptione donati hominis, vel exceptione doli mali, vel in factum, quia in pari causa melior est conditio possessoris. Quod & ex hoc lib. Pauli est relatum in *l. 128. de regul. jur. in pari causa potior rem esse possessorem*: à possessore exceptione excludi actorem, cujus jus amplius non est, sive pinguius: cujus causa omnino par est. Idque potest omnino accommodari ad hanc speciem, & illum locum, quo ait, *mulieri dari possidenti exceptionem*, quia scilicet in pari causa potior est possessor: puta cum non agit dominus: nam dominus potior esset possessore, sed quum extraneus agit, qui non plus juris habet quam possessor: in pari causa, judicatur pro possessore. Itaque regula illa commodè potest accommodari ad hunc locum, & ad *l. 9. §. si duob. b. 1.* Quod additur in *d. l. 128. de regul. jur. eos, qui in universum jus succedunt, heredis loco haberi*, accommodandum est ad id, quod sequitur in *§. 1. hujus legis, fideicommissarium, cui ex Senatusconsulto Trebell. restituta est hereditas*, etiamsi non fuerit nactus possessionem (ut quia verbo restituta sit hereditas, non re ipsa, herede dicente in jure, vel in judicio, *restitu tibi hereditatem*) eum, inquam, uti posse Publiciana adversus possessorem ex persona defuncti, quasi heredem scilicet, quia & actio hac heredi competit, *l. 7. §. hac actio, hoc tit.* Et fideicommissarius Trebellianus, qui in universum jus succedit, loco heredis habetur, *l. postulante, §. ult. l. servo invito, ad Trebell.* Ponendum tamen est in *§. 1. hujus legis*, hanc actionem defuncto competiisse, defunctum scilicet amisisse possessionem, & à defuncto hanc actionem transire, non tantum ad heredem, sed & ad fideicommissarium Trebellianum, quia heredis loco est. Et interea nota, restitutionem fideicommissi verbo tenus recte fieri, nec necesse esse, ut fiat re ipsa, ut *l. restituta, l. postulante, §. sed & in hujusmodi, l. facta, in prin. ad Trebell. l. suores, §. heres, de admin. sui.* Imo vero, & restitutio omnis cujuscunque rei potest fieri

feri verbo solo . Quidni? Sed non semper sufficit eam verbo fieri , quamvis possit verbo fieri : quoniam & sæpe rem tradi oportet , id est , non restitui tantum , quod & verbo fit , sed & tradi , ut in l.8. & ult. mand.

AD §. in vectigalibus . Sequitur in §. in vectigalibus , etiam in prædiis vectigalibus , quæ usucapi non possunt , Publicianam actionem locum habere , si quis ea sibi tradita ex iusta causa acquirendi domini bona fide acceperit , & postea eorum possessionem amiserit sine facto suo . Vectigalia prædia , sunt prædia civitatis data in ἐμφορεύειν , in in-
Bfusionem , quod vel sequens titulus demonstrat , qui ita concipitur , si uger vectigalis , id est , emphyteuticarius petatur . Prædia igitur vectigalia sunt , quæ civitates dant possidenda , & fruenda privatis in perpetuum , vel in longum tempus , ut ea meliora faciant diligentia sua , atque cultura , in-
Cstitutionibus , implantationibus , & alio quocunque genere culturæ , constituto certo vectigali annuo , qui & canon dicitur , quod civitatibus dependatur . Hæc prædia usucapi non possunt , quia prædia sunt civitatum , sed data in ἐμφορεύειν , quæ datio non mutat dominium , quia prædia sunt civitatum , ideo usucapi non possunt , l.9. de usurp. & usuc. Et tamen ad ea pertinet actio Publiciana . Sunt & alia prædia , ut ait , quæ usucapi non possunt , ad quæ etiam pertinet actio Publiciana , prædia scilicet stipendiaria , & tributaria , quæ sunt in provinciis : hæc non possunt usucapi , vel alio quocunque legitimo modo , vel nexu , & mancipio acquiri ex jure Quiritium . Provincialibus , inquam , legitimo jure nullo prædia , quæ possident , quæ omnia sunt in provinciis , vel stipendiaria , vel tributaria , nullo , inquam , legitimo modo eis acquiri possunt . Ergo nec usucapi , quia prædia sti-
Dpendiaria sunt populi Rom. tributaria autem sunt principis . Quod optime Theop. tradit in §. per traditionem , de rerum divis. Aggenus Urbicus 2. de limitibus agrorum : provinciales prædiorum possessores sunt , sub onere præstandi stipendii populo Romano , vel sub onere præstandi tributi Imperatori : domini autem suorum prædiorum non sunt , nec fieri possunt . Sola Italia hoc privilegium habuit ante Justinianum , ut in ea , qui possiderent prædia , ea libera , & optimo jure possiderent , & ut eorum domini essent ex jure Quiritium . Hoc est certissimum . Eiusdem vero generis prædia superficiaria sunt , quia & hæc ut superficiaria usucapi non possunt , quandoquidem qui ea possident ut superficiaria , non ignorant dominium superficii ad illum pertinere , cuius est solum , quoniam & naturæ , & juris civilis regula est , superficiem solo cedere , cui imposta est , quo nomine
Eetiam superficarii dependunt domino vectigal , quod dicitur solarium , quod pro solo pendatur , cui imposta est superficies , Letiam , qui potior . in pign. hab. Atque ita superficies , sive jus superficii est velut servitus quædam in ædificatum habendi in alieno fundo , seu solo , l. si tibi , §. ult. de leg. 1. Servitutes autem non possunt usucapi , l.4. §. ult. de usurp. & usucap. & tamen ad superficiaria prædia actio Publiciana pertinet , ut Paulus ait hoc loco , & ad omnes quoque servitutes prædiorum , l. 11. §. 1. hoc tit. Hæc vero est sententia §. 1. Cui mirum in modum obstare videtur edictum illud prætoris , quo actio Publiciana proponitur , & nominatim datur de ea re , quæ nondum usucapta est , usucapi tamen potuit , non de ea re , quæ usucapi non potuit . Et in ea actione fingitur res nondum usucapta , quod stulte fingeretur , si non posset usucapi , neque fictio juris debet ab-
Fhorrere à natura , ita scilicet , ut quæ res non potuit usucapi , fingatur usucapta . Et aperte quoque proditur in l. 9. §. hæc actio , hoc tit. in his rebus , quæ usucapi non possunt , Publicianam locum non habere . Quid dicemus ? Nihil est , quod tam facile expediri possit . Dicemus Publicianam actionem habere locum in iis , quæ usucapi quidem non possunt ; sed longo tamen tempore , puta 10. annis inter præsentis , & 20. inter absentes acquiri possunt . Usucapio anno comprehenditur in rebus mobilibus , & biennio in rebus immobilibus secundum jus , quod semper obtinuit ante transformatam usucapionem : ante transformationem usucapionis , ut ipse Justinian. loquitur , usucapio non comprehendebatur longo tempore , sed anno tantum , vel ad

Tom. II. Post.

fulmum biennio . Et res quidem , quæ usucapi non possunt , longo tamen tempore acquiri possunt , ut prædia vectigalia , l. si finita , §. si de vectig. de dam. infec. & cætera prædia , quæ ante retuli , stipendiaria , & tributaria , & superficiaria : itemque servitutes prædiorum , licet non possint usucapi , acquiri tamen possunt longo tempore . Idque sufficit , ut de iis actio Publ. competat , si longo tempore acquiri possunt . Præscriptio longi temporis finitima est usucapioni . Idcirco , & ad eam quoque hoc edictum porrigitur , licet de usucapione tantum loquatur . Ad eas vero res , quæ neque usucapi , neque longo tempore acquiri possunt , quales sunt res , quæ exprimuntur discrete in l. 9. §. hæc actio , b. t. nempe res furtivæ , & servi fugitivi , id est , qui sui furtum fecisse intelliguntur , neque usucapi , neque longo tempore acquiri possunt , l. 1. C. de servis fugit. Ad eas , inquam , res actio Publ. non pertinet . Et hanc rerum distinctionem confirmat , quod sequitur in hac lege in §. si res .

AD §. Si res . Si modo in eo uti oportet , utque exigit l. 28. de verb. signif. alienationis verbo comprehendatur etiam usucapio , & præscriptio longi temporis : si res , inquit , talis sit , ut eam lex , aut constitutio alienari prohibeat , &c. Quæso , cur his casibus neminem prætor tuetur? nempe quia defuit iusta causa alienationis , quæ omnino exigitur , ut actio Publ. locus sit . Igitur (hoc enim exemplis demonstrandum est) si maritus fundum dotalem alienaverit , cuius alienatio prohibetur l. Julia , & consequenter etiam usucapio , & præscriptio longi temporis , l. si fundum , de sum. dot. vel si quis post contractum crimen perduellionis fundum suum alienaverit , quæ alienatio prohibetur constitutione Severi , l. ex iudiciorum , de accus. adde vel etiam , si is , cui prætor interdixit bonis , eique vetuit alienare , ea alienaverit , l. 11. de usurp. quia tantum potest prohibitio prætoris , quantum legis , vel constitutionis . Iis , inquam , casibus non habet locum actio Publ. quia & usucapio , & longi temporis præscriptio prohibita intelligitur , & omnino deficit iusta causa acquirendi domini . Iis casibus , inquit , ut sup. in l. 11. §. 4. ex omnibus casibus Publicianam habebit , id est , ex omnibus causis iustis , ut est expressum in edicto , non iniustis , aut jure prohibitis . Ad hæc subjungit Paulus , etiam de infante servo , necdum anniculo Publicianam actionem competere in §. pen. Nondum anniculo , id est , nondum usucapto . Nam usucapio rerum mobilium annua erat . Et est profecto evidentissimum istud vectigium juris antiqui : ex constitutione Justiniani res mobiles usucapiuntur triennio : ex jure , quod ante Justinianum semper obtinuit , anno . Et ita respiciens ad hoc jus ait , & de infante nondum anniculo , id est , nondum usucapto Publicianam actionem competere . De usucapto competere directam , & civilem , quum major est anniculo . Causam autem dubitandi hoc loco manare ex edicto ipso necesse est , quod videtur fecisse mentionem hominis traditi bonæ fidei emptori , necdum usucapto . Unde exiltebat dubitatio eadem , quæ incidit in legem Corneliam de fidei j. l. pen. C. ad leg. Corn. de fidei j. an hominis appellatione contineretur infans ? Et conti neri ait etiam nondum usucapto . Et postremo notat Paulus in hac lege , etiam partem rei Publiciana act. peti posse , ut de civili actione dictum est in l. que de tota , sup. de rei vind. Et in summa , quæ in rei vind. dicta sunt titulo superiore , recte ait lex 7. §. in Publ. hoc tit. omnia eadem esse servanda in actione Publiciana . Item ait Paulus , Publicianam dari etiam ei , qui vel momento tantum possedit , non ei , qui nunquam possedit : datur ei , qui vel momento possedit , quod Græcis est ἐν στιγμῇ , vel ἐν ἀτόμῳ , qui puncto , vel puncticulo rem possedit , ipse , vel is , cui in universum jus succedit . Et inde momenti actio in libris nostris , quæ est de restit. possessionis , quia vel ei datur , qui vel momento possedit , vel quia momento , sine ulla cunctatione possessio actori restituenda est . Ita quoties dicitur , heredem teneri in id , quod ad eum pervenit , satis est , si vel momento pervenerit , l. videamus , quod mes. cau. l. cum prætor , de reg. jur.

Ad Leg. XVIII. de Pignor. Si ab eo , qui Publiciana usi

Q 2

po

potuit; quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

DE actione Publiciana ex hoc lib. est etiam lex. 18. de pignor. quæ hoc tantum vult, prætorem non tantum tueri eum, qui ex justa causa bona fide rem accepit, necdum usufructu amissa possessione, data ei actione Publiciana, sed etiam creditorem ejus, cui is eam rem pignori dedit, ut scilicet creditor amissam possessionem persequatur utili Serviana, id est, hypothecaria, quia & in hoc iudicio prætor fingit debitorem usufructu accepisse. Alioquin jure summo non consistit pignus ejus rei, quæ non fuit in dominio debitoris, sed fingitur fuisse, & bona fides debitoris, justaque causa, ex qua rem nactus est, creditori ejus prodest ad persequendam rem jure pignoris, quasi fuerit usufructu a debitore, quæ tamen non fuit usufructu. Eadem fictio tuetur debitorem, & creditorem.

Ad L. IV. de His, qui dejecerunt, vel effuder. Perceptione, non litis contestatione præstaturi partem damni societatis iudicio, vel utili actione ei, qui solvit.

HÆ leges omnes sunt de actione in factum propositæ edicto de ejectis, & effusis. Hæc actio datur in duplum quanti damnum datum est, adversus eum, cujus ex cœnaculo, live habitatione quid dejectum, vel effusum est supra eum locum, qua vulgo iter fit, vel in quo consistitur, ita ut alteri damnum dederit feceritve, tametsi habitator ipse non dejecerit, vel effuderit, sed hospes, vel quis alius, quem in cœnaculum suum receperat, quia aliquatenus culpæ reus est, qui tales receperit. Et omnino, ut ait Paulus noster in l. 6. §. pen. hoc tit. habitator suam, suorumque culpam præstare debet, vel si servus ejus insciente eo dejecerit, aut effuderit, & alii nocuerit, in eum ex hoc edicto servi nomine competit actio noxalis. Unde queritur, si plures in eodem cœnaculo non hospitentur, sed plane inhabitent, vel jure conductionis, vel jure commodati, vel jure domini, vel superficiæ, & ex eo cœnaculo dejectum aliquid, vel effusum sit, quod iter facienti nocuerit, nec sciat quis eorum dejecerit, vel effuderit, quia si hoc certo sciat, ipse solus tenetur, si nesciatur, queritur, an singuli habitatores ejusdem membri ædium, ejusdem cœnaculi, hac actione teneantur? Et lex 1. §. ult. conjuncta l. 2. & 3. hoc tit. ostendit, singulos in solidum teneri. Sed si cum uno actum fuerit, cæteros liberari, electionem dari ei, cui damnum datum est, ut cum quo volet hoc edicto experiatur, cæterum electo uno alios liberari. Quod ita accipiendum esse Paulus ait in l. 4. hoc tit. non si simpliciter actum cum uno fuerit, sed si peractum, secuta illius condemnatione, & secuta præstatione dupli. Neque enim nuda electione unius cæteri statim liberantur: sed exactiōne demum, & perceptione ab uno facta. Et ideo si nihil, aut minus ab eo servatum est, quem elegit actor, ei in reliquos in id, quod deest, competit actio ex hoc edicto, ut & in specie legis 7. §. ult. & l. seq. quod fals. tut. & l. si cum exceptione, §. ult. & l. seq. quod met. caus. Nec obstat, quod actio legis Aquil. quæ etiam est de damno dato, in singulos datur in solidum, qui damnum dederunt, ita ut nec unius solutio relevet alios, l. item Mela, §. sed etsi plures, & §. si plures, ad leg. Aquil. quod & ibi, & in l. ita vulneratus, §. rursus, hoc tit. veterum prudentium auctoritate confirmatur. Cur idem non dicimus in specie damni dati, de qua agitur in hoc tit. in actione hujus edicti? cur idem non dicimus, quod in actione legis Aquil. Utraque actio est mixta, id est, & rem, & pœnam persequitur utraque, & in duplo, in quod hæc actio datur, inest simplex, id est, res duplatur, scilicet id quod damni datum est. Ergo mixta est actio. Denique & actio legis Aquil. & actio hujus edicti mixta est actio. Imo hæc gravior est, quam illa, quæ in hac id, quod damni datum est, duplatur, sive reus confiteatur, sive inficietur, in illa non aliter, quam si reus neget, l. 1. §. hæc actio in factum, hoc tit. Sed hæc mixta, & ita

est respondendum ad illam objectionem, quod in hac actione, de unius hominis admisso queratur, quum unus tantum effudit, vel dejecit, & de unius hominis admisso sæpius queri non est æquum, l. pen. §. ult. nau. camp. stabul. Imo præda est, ob unius factum bis idem exigere ab eodem, vel ab alio, atque alio, l. 25. de admin. tut. l. si rem, §. ult. de novat. Et ideo in specie hujus edicti, perceptione facta ab uno ex habitatoribus, cæteri, qui in eodem cœnaculo habitabant, aut membro, unde quid dejectum, vel effusum est, liberantur. In actione autem legis Aquil. queritur de facto plurium in d. l. item Mela, ut si plures servum percusserint, vulneraverint, si plures trabem dejecerint, quæ vix ab uno deici potest, & hominem oppreserit, & ideo in solidum singuli tenentur, adeo ut non sufficiat unum eorum pœnam luere, quia omnes deliquerunt. Et hæc est ratio differentie. Cæterum si ex hoc edicto cum uno ex habitatoribus actum sit, illo solvente cæteri liberantur quidem ab actore, quia ab eo conveniri non possunt: at non liberantur ab eo, qui solvit, quia ut Paulus ait in hac lege 4. præstare ei debent pro rata partem damni, τὸ ἀνάλογον ἀνταρῶν, ut est in Basilicis, actione pro socio, si socii fuerunt, vel si non fuerunt socii, actione utili, ut ait, id est, in factum, ut in l. 10. tit. seq. quoniam is eos ab actore liberavit, & actione in factum generali, quæ dicitur sæpe admitti ex multis, & variis, & innumeris juris articulis. l. sancimus, C. de sacrosanct. eccles. Et ita in l. 5. §. cum autem, hoc tit. dicitur habitatori, qui hac actione conventus duplum præstitit, dari actionem in factum, generalem scilicet, non ex hoc edicto in eum, qui dejecit, vel effudit, cujus factum ipse præstitit. Et recte ibi Accursius, in factum generalem, inquit. Ad hæc sciendum est in alia parte hujus edicti dari actionem in factum decem aureorum adversus eum, qui supra eum locum, qua vulgo iter fit, vel in quo consistitur, aliquid in aliqua parte ædium, quas inhabitat, vel in quibus quid positum habet, vel suspensum, cujus casus alii nocere possit, tametsi nondum ceciderit, nondum nocuerit. Quæ actio est popularis, & in dominum servi noxalis, si servus posuerit, aut suspenderit, positum suspensumve habuerit, nesciente domino, l. 5. §. prætor quis, & seq. hoc tit. Non possum mihi temperare, ostendam in §. si id, quod, trajecta esse verba ejus, reponenda, si id, quod positum erat, deciderit, & non in eum competit actio, qui habitaverit, non in eum, sicut, quasi hæc actio non sufficiat, &c. Et species hæc unus inhabitabat ædes, ex quibus quid suspensum est, in quibus quid positum est, quod transeunti forte nocere possit, unus, inquam, eas ædes inhabitat, alter cum non inhabitaret eas ædes, id posuit, sive suspendit, idque decidit, & nocuit transeunti: in quem dabitur actio? in eum, qui inhabitat, an in eum, qui posuit? Et ait, in eum dandam esse actionem, qui inhabitat, ex priori parte edicti, quia quod decidit, pro dejecto habetur, ut l. 1. §. quod cum, hoc tit. In eum autem, qui posuit, non esse actionem, ex posteriori parte hujus edicti, ex qua is tantum tenetur, qui positum habet, non qui posuit. Denique, qui posuit, non videtur positum habere, nisi sit dominus ædium, vel inhabitator, id est, inquilinus sive conductor ædium, in quibus quidam alius quid posuit, quod alteri nocuerit. Sane tenetur ex posteriori parte, ut ante hunc §. dixi cocereri eum, qui positum habuit, sive nocuerit id, quod positum erat, sive non nocuerit. At qui non inhabitat ædes, si modo eas conduxerit: finge conduxisse non habitandi causa, sed ut ibi aliquid expositum haberet, ut ibi merces suas asservaret, finge horreum conduxisse, non habitationem, sive id, quod ibi positum suspensumve est, nocuerit, sive non nocuerit, tenetur ex posteriori parte hujus edicti, §. ait prætor, illo loco, sive inhabitent domini, vel inquilini, sive non, habent tamen aliquid expositum iis locis. Unde recte in hoc §. si id, quod, inhabitatorum, Basilica exponunt ἐνοίκιον, id est, inquilinum, conductorem ædium, ut sæpe in titulo locati, dicitur habitator, id est, inquilinus, etiam si non habitet, sed conduxerit non habitandi causa, sed ut conducto utatur in alium usum, quam habitandi causa. Et ita est explicandus ille §. si id, quod.

Ad

Ad L.VI.eod. Hoc edictum non tantum ad civitates, & vicos, sed & ad vias, per quas vulgo iter fit, pertinet.

Ad §.Labeo ait, locum habere hoc edictum, si interdiu dejectum sit, non nocte: sed quibusdam locis & nocte iter fit.

Ad §.Habitator suam, suorumque culpam præstare debet.

Ad §.Si de nave dejectum sit, dabitur actio utilis in eum, qui navi præpositus sit.

Praterea notandum est ex eodem Paulo in l.6. hoc tit. hoc edictum, id est, omnes partes hujus edicti, non tantum ad civitates, & vicos pertinere, sed etiam ad vias quascunque, quibus vulgo iter fit, quibus populus commeari solet, videlicet, si quid in eas vias forte ex villa, aut prætorio dejectum, vel effusum sit, quod iter facienti nocuerit, vel si supra eas vias quid positum, vel suspensum sit, quod iter facienti nocere possit. *Vicos* vocat, non suburbia, ut Glossa ait: non villas, quæ sunt singularia ædificia, sed quos idiotismus noster vocat *Bourgs*, ut in *l. si heres missus* 73. *Subl. de leg. 1.* non tantum civitates, sed & vicos legata capere posse. Et *l. qui ex vico, ad municip. eum*, qui ex vico quodam ortus est, eam civitatem patriam habere videri, cui ille vicus respondet, ubi glossa exemplum ponit in Virgilio, qui Mantuanus dicitur, etsi ortus fuerit ex vico, Mantuæ respondente tamen, nempe Plestonzæ, ut ait, cujus vici nulla extat memoria. Et verius Donatus ex vico Andes, qui Mantuæ respondet. Unde Andinus vates à Silio Italico, id est, Virgilius. Sequitur in hac l.6. ex Labeone, locum esse priori parti hujus edicti, si quid interdiu dejectum sit, vel effusum, quod alii nocuerit, non si noctu. Quod maxime notandum est: quod scilicet noctu in civitatibus, aut vicis homines commeari non solebant, hoc erat proprium, non honestorum hominum, sed furum, & expilatorum, ut ait *l. 1. in pr. de furt.* Unde noctem furibus amicam Homerus dixit, *καὶ νύκτι δ' ἔρε θυγατρὸς ἀμείβω*, 3. *Iliad.* Inimicam esse noctem pastoribus, amicam furibus. Unde *nocturni* pro furibus, qui avertunt pallia, apud Petronium in Satyrico. Verum ad Labeonem Paulus addit, & quibusdam locis iter noctu fieri, puta extra civitatem, aut vicos, viis publicis, aut privatis, quibus vulgo iter fit. Et consequenter in his, si quid noctu dejectum sit, id ad hoc edictum pertinere. Et postremo ait in hac lege 6. si de navi dejectum sit, vel effusum in aliam forte navem, vel in locum littori proximum, quo navis appulsa est, unde damni quid alii datum, factumve sit, ex hoc edicto dari non directam, sed utilem actionem in eum, qui navi præpositus fuerat, dari utilem non directam, quia edictum de ædibus, sive habitatione loquitur, unde quid dejectum, vel effusum est, quo ex genere non est navis.

Ad L.II. de Servo corrup. *Vel luxuriosum, vel contumacem fecit: quæve ut stuprum pateretur, persuadet.*

Ad L.IV. eod. *Sed commodius est, utili lege Aquilia eum teneri.*

Ad L.VI. eod. *Præterita enim utilitatis æstimatione in hoc iudicium versatur.*

Ad L.VIII. eod. *Sed & heres ejus, cujus servus corruptus est, habet hanc actionem non solum si manserit in hereditate servus: sed & si exierit, forte legatus.*

Hæc actio, quæ dicitur servi corrupti, vel recepti, datur in duplum, quanti ea res est adversus eum, qui servum alienum, servamve alienam dolo malo recepit abscondendi causa, quive quid ei dolo malo persuasit, ut animum ejus, & mores corrumpere, ac proinde cum viliozem, & deteriozem faceret, puta, qui bonæ frugis servum perpulit ad fugiendum à domino, vel ad furtum faciendum, vel ad peculium intricandum, qui monuit, & præmonstravit rationem delinquendi, vel etiam, qui malum servum deteriozem fecit, vel qui servum comparantem se ad furtum faciendum collaudavit. Nam ut eleganter ait *l. 1. b. s.* non oportet laudando alterius augere malitiam; vel, ut ex Paulo additur in hac *l. 2.* qui servum luxuriosum fecit, id est, helluonem, ganeonem, damnosum, Basilica recte *ἀσέβων*, vel qui contumacem fecit, id est, qui

A & persuasit, ut dominum contemneret, *l. 15. inf. h. t.* Contumax enim dicitur à contemnendo, ut Velius Longus ait, & confirmat *l. contumacia, §. 1. de re jud.* Addit Paulus in hac *l. 2.* qui & persuasit, ut stuprum pateretur: persuasione animus corrumpitur: stupro corpus ipsum. Non debuit autem, neque hoc loco, neque in *l. 1. §. remonet, de postul.* Tribonianus, si Romanorum famæ consulere voluit, hujusce flagitii relinquere memoriam. Quod si quid horum alius servus, alieno servo suaserit dolo malo insciente domino, in dominum est hæc actio, quæ est noxalis, *l. 5. §. si servus, & l. 14. §. item si servus, hoc tit.* Cæterum si quid quis alieno servo suaserit, quo non animum, sed corpus tantum ejus deterius faceret, ut in exemplo legis 3. si ei persuaserit, ut in tectum, aut arborem præaltam ascenderet, vel in puteum, aut in cloacam descenderet, vel ut in *l. pen. de act. emp.* quæ sunt ejus legis verba, ut per *καταδρόμο* descenderet, vel decurreret, id est, per funem extentum à fummo theatri ad imum, qua re nihil est periculiosius, & ille id fecerit, & crus sibi fregerit, vel omnino perierit, hoc casu melius, & commodius est in eum, qui id persuasit, agere utili actione legis Aquiliæ, quam servi corrupti ex hoc edicto, quia non animum, sed corpus deterius factum est, corpus læsum, animum illæsum mansit, mores mansere incorrupti. Et ita ex eodem libro Pauli proponitur in *l. 4. eod. tit.* Ubi *utili lege Aquilia*, ponitur, pro utili actione legis Aquiliæ. Utili, inquam, nam directæ non datur, nisi in eum, qui corpore suo damnum dedit corpori servili: hic corpore suo damnum servo non dedit, sed fallaci oratione, fallaci persuasione. Actio legis Aquiliæ est de corpore vitiato, & corrupto, & non de dolo tantum, sed & de culpa etiam levissima. Actio servi corrupti est de animo vitiato, depravatisque moribus, & dolum tantum coercet, non culpam. Ac præterea actio legis Aquiliæ datur in duplum adversus inficiantem tantum: actio servi corrupti datur in duplum, etiam adversus confitentem, *l. 5. §. hæc actio, hoc t.* Utraque actio mixta est, sed diversa ratione. Actio legis Aquiliæ mixta est, quia in ea ex primo quidem capite versatur æstimatione retroacti anni, si quo tempore scilicet servus, cui nocitum est, pluris fuerit intra eum annum; Vel ex 3. capite legis Aquiliæ versatur æstimatione retroacti mensis, sive retroactorum 30. dierum proximorum, si quo die intra eum mensem is servus fuerit pluris, vel quæ res alia, quæ rupta, usta, vel fracta sit, quæ repetitio temporis pœnæ loco succedit in actione legis Aquiliæ. In actione autem servi corrupti duplatur id, quod damni datum est, *l. 14. §. in hac actione, hoc t.* id est, id, in quo depretiatus, ut & nostri auctores loquuntur, sive vilior factus est servus, æstimatione scilicet relata ad præteritum tempus, quo primum servus dolo corruptus est, ut ejus pretium duplum actori præstetur, non ad præsens tempus, quo minoris est servus, id est, non ad tempus, quo agitur hac actione. Et hoc est, quod Paulus ait in *l. 6. b. s.* præteritæ utilitatis æstimationem in hoc iudicio versari. Utilitas, & id quod interest, semper idem est in jure; Hoc, inquam, est æstimari, quanti interfuerit actoris in præteritum, quum servus corruptus est, non quanti nunc sit, qui utique vilioris est, sed quanti fuerit, antequam corrumpere, non etiam ut in *l. Aquilia*, retroacto anno, vel mense: alioqui duplex esset hujus actionis pœna, una ex duplo, altera ex repetitione temporis, quod esse non debet: unius delicti non possunt esse duæ pœnæ, *ἕν ὄντος ἑνός*, inquit Aristoteles, unius delicti una pœna. Et hac ratione in *l. 8. idem* Paulus ostendit, heredem ejus, vel quemcumque alium successorem ejus, cujus servus corruptus est, habere hanc actionem, non tantum si servus manserit in hereditate, sed etsi exierit hereditate, ut si legatus fuerit, legati enim genere dominium ejus servi mutatur, *l. 1. in fi. de Pub. in rem act.* Et hæc actio igitur competit non novo domino, puta legatario, sed veteri, aut heredi ejus, quia in hac actione æstimatione ejus, quod interest refertur ad præteritum tempus: atque ideo ei non competit, cujus nunc interest, sed ei, cujus interfuit olim, vel heredi ejus. Et simili ratione servo (quod notandum) alieno vulnerato, vivo domino, eodemque testatore, heredi actio *l. Aquiliæ* com-

competit, non legatario, *lob id, quod*, in illo loco, *nam. A* isto modo, ad *l. Aquiliam*, quia licet actio legis Aquil. soli domino detur, quod est certissimum, & heres tempore damni dati ejus servi dominus non fuerit, tamen fingitur fuisse, nimirum quia fingitur eadem fuisse persona cum defuncto. Et ideo actio legis Aquilæ, quæ cœpit à testatore, ad heredem commeat, non ad legatarium, quia & in actione legis Aquilæ æstimatio refertur ad tempus præteritum, id est, ad tempus damni dati: alioqui si referretur ad præsens tempus, relevaretur reus, qui damnum dedit injuria. Servo quoque vulnerato, non vivo testatore, ut posui ante, sed post mortem testatoris ante aditam hereditatem, heredi postea facto aditione, actio *l. Aquilæ* competit, sed hoc casu cedenda est legatario hæc actio, si agnoverit legatum, *l. huic scripturæ*, §. 1. *ad leg. Aquil.* quia agnitio legati retrotrahitur ad tempus mortis testatoris, ut aditio hereditatis, *l. heres quandoque*, de *adq. hered.* *l. si ex re*, §. ult. *de stip. serv.* Contra, servo occiso similiter post mortem testatoris ante aditionem, quia extinctum est legatum morte servi, quæ contigit sine culpa heredis, soli heredi competit actio leg. Aquilæ, *d. l. huic scripturæ*. At servo vulnerato, vel occiso post aditam hereditatem, qui est alius casus, legatario actio competit, si non post mortem servi agnovit legatum, ut ait *l. liber*, in *fi. eod. tit.* id est, si vivo servo agnovit legatum: nam si non agnovit, vel repudiavit, soli heredi competit actio legis Aquilæ, *d. l. liber*, in *fin. l. nam sicut*, *eod. tit.* Recte autem in hac *l. 8.* Accurs. ait, *aliud servari in actione furti.* Quomodo? nempe hoc modo, quia si post mortem testatoris, & aditam hereditatem legata res sit adhuc penes furem, quæ est subrepta vivo testatore, legatario soli competit actio furti, non heredi, *l. si dominium*, *l. si is, qui rem*, §. 1. *de furt.* Cur ita? Quia in actione furti, contra quam fiat in actione servi corrupti, vel legis Aquilæ, in actione, inquam, furti, æstimatio refertur non tantum ad tempus præteritum, quo scilicet furtum factum est, sed etiam ad præsens tempus, quo scilicet furti agitur, & maxime, si hodie res furtiva pluris sit, quia assidua contrectatione, sive continuatione furti, etiam hodie furtum ejus rei fieri intelligitur, *l. in furti actione*, *l. insciando*, §. *insans*, *de furt.*

Ad *L. X. eodem*. In hoc iudicium etiam rerum æstimatio venit, quas secum servus abstulit: quia omne damnum duplatur: neque intererit, ad eum perlata fuerint res, an ad alium: sive etiam consumptæ sunt: etenim iustius est, eum teneri, qui princeps fuerit delicti, quam eum queri, ad quem res perlata sunt.

Ad dicitur ex eodem Paulo in *l. 10.* in hanc actionem servi corrupti, vel recepti, vel cælati, non tantum æstimari quantum servus ob id, quod corruptus est, vilior effectus sit, sed etiam quanti sint res, quas secum abstulit, idque totum duplari, etiam si res illæ non sint perlatae ad eum, qui servum corruptit, sed ad alium, vel si ab ipso servo consumptæ sint: quia corruptor, sollicitator, impulsor, princeps est delicti, & æquius est, earum rerum nomine eum teneri, qui princeps est delicti, qui origo malorum, quam eum queri, ad quem res perlatae sunt, qui nihil deliquerit. Quod & Neratium sensisse, *l. 11.* ostendit, in principio. Concurrit etiam in hac specie cum actione servi corrupti, earum rerum nomine, quas servus abstulit, actio hæc, cujus hæc est formula, ope, consilio tuo furtum factum esse ajo, de qua sæpe in jure, *l. si servus servum*, *ad leg. Aquil.* & in *l. sæpe*, de *verb. signif.* Et apud Ciceronem de *finib. bon. & mal.* Concurrit, inquam, cum actione servi corrupti earum rerum nomine, quas furatus est, ope, consilio tuo furtum factum esse ajo: quæ est species actionis furti etiam in duplum, *l. is, qui, de furt.* *Luls. Cod. de nox. action.* Idque duplum totum poena est, id est, non est mixta ea actio, sed meram poenam persequitur: extra rem furto subtractam, quæ propria actione petitur, id est, conditione furtiva. Concurrunt igitur tres actiones in hac specie, servi corrupti, & furti, quod ope, & con-

filio tuo factum esse ajo; & conditio furtiva, nec altera alteram consumit, aut minuit, quia non eadem res in omnibus versatur, non idem omnibus intenditur. Sed conditione furtiva rem persequimur: Actione furti, quod ope, consilio tuo furtum factum sit, persequimur meram poenam dupli. Et hoc amplius actione servi corrupti persequimur duplum quanti interest, *l. 11. §. ult. hoc tit.* nempe quia diversa sunt maleficia furis, qui scilicet furem consilio adjuvit, & corruptoris, sollicitatorisve, & utrumque maleficia vindicari iustum est. Et ut ex Paulo additur in *l. 12. h. s.* etiam rebus furtivis redditis, conditione furtiva scilicet reus obligatus manet duplici nomine, in poenæ causam quasi fur scilicet, & quasi consiliator, sive sollicitator. Invenio etiam ex eodem libro Pauli in *l. 26. de injur.* nonnunquam concurrere actionem servi corrupti cum actione injuriarum, nec altera alteram minui, ut puta si quis servum meum, aut filium ludibrio habuerit, licet consentientem, eo animo, ut mihi faceret injuriam, ut si eum duxerit in popinam, si cum eo alea luserit: recte conjuncte aleæ popinam: namque in ea alea plerumque ludi solet, Martialis:

*Arcana modo raptus e popina
Ædilem rogat udus aleator.*

Ex hoc autem facto ille, qui servum, aut filium meum ludibrio habuerit, ut mihi faceret injuriam; nam illi non facit injuriam, si consentit, mihi tenetur duabus actionibus, injuriarum, & servi corrupti. Hæc pertinet ad damnum, illa ad injuriam mihi illatam. Sed hoc ita procedit, si ille animum habuerit mihi faciendi injuriam, injuria ex affectu fit, *l. qui servum*, de *oblig. & act.* Nam si animus abfuerit mihi faciendæ injuriæ, ut si ignoraverit me dominum, aut patrem ejus, quem ludibrio habebat, mihi tamen competit actio servi corrupti. Et hoc est, quod Paulus ait in *d. l. 26.* Sed hoc, utcumque tunc locum habere potest, quotiens ille, qui suadet animum faciendæ injuriæ habet, quæ verba Græci interpretantur, vel potius, ita legunt: sed hoc non utcumque, sed tunc locum habere potest: quotiens ille, qui suadet animum injuriæ faciendæ habet, quod perspicuum est. Et rectius utcumque, pro quocumque, quocumque tempore, vel quocumque loco, ut in *l. quum proponebatur*, de *leg. 2.* Utcumque, id est, quocumque, & ubicumque. Et apud Horatium, & Plautum sæpissime. Imo & apud Terentium, sed nostrum est, inquit, utcumque, & ubicumque opus sit obsequi. Et nihil est præterea. Relat ex hoc edicto *l. 14.*

Ad *L. XIV. de Servo corrupto*. Ut tantum venias in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem.

Ad §. De filio, filiarumque familia corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset: & pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate, & fama domus integra manente: sed utilis competit, officio judicis æstimanda: quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi.

Ad §. Si servus communis, meus, & tuus, proprium meum servum corruerit: Sabinus, non posse agi cum socio, perinde atque si proprius meus servus corruisset conseruum. Item, si servus communis extraneum corruerit: videndum est, utrum cum duobus agi debeat, an & cum singulis exemplo ceterarum noxarum: & magis est, ut unusquisque in solidum teneatur: altero autem solvente, alterum liberari.

Ad §. Si is, in quo usum fructum habeo, servum meum corruerit, erit mihi actio cum domino proprietatis.

Ad §. Pignoris dati nomine debitor habet hanc actionem.

Ad §. In hac actione non extra rem duplum est: id enim, quod damni datum est, duplatur.

Ad §. His consequenter & illud probatur: ut, si servo meo persuaseris, ut Titio furtum faciat: non solum in id teneris, quo deterior servus effectus est, sed & in id, quod Titio præstaturus sim.

Ad §. Item non solum, si mihi damnum dederit consilio tuo, sed etiam si extraneo; eo quoque nomine mihi teneris, quod ego lege Aquilia obnoxius sim, aut si ex conducto teneor alicui, quod ei servum locavi, & propter te deterior factus sit: tene-

teneberis, & hoc nomine, si qua talia sint.

Ad §. Estimatio autem habetur in hac actione, quanti servus vilior factus sit, quod officio iudicis expediatur.

Ad §. interdum tamen, & inutilis sit, ut non expediat talem servum habere. Utrum ergo & pretium cogitur dare sollicitator, & servum dominus lucrifaciat? an vero cogi debet dominus restituere servum, & pretium servi accipere? & verius est, electionem domino dari: sive servum detinere cupit, & damnum, quanti deterior servus factus est, in duplum accipere: vel servo restituito, si copiam huius rei habeat, pretium consequi. Quod si non habeat, pretium quidem simili modo accipere debet: cedere autem sollicitatori periculo ejus, de dominio servi actionibus: quod tamen de restitutione hominis dicitur, tunc locum habet, cum de homine vivo agitur. Quid autem si manumisso eo agatur? non facile apud iudicem audietur, dicendo, ideo se manumisisse, quoniam habere noluerat domi: ut, & pretium habeat, & libertum.

Repetendum est ex l. 3. quæ præcedit, non eum tantum hac actione teneri, qui servum corruptit vivo domino, sed & qui mortuo ante aditam hereditatem, id est, qui servum hereditarium corruptit. Hic enim semper in jure dicitur servus hereditarius, qui relictus est in hereditate, quam nondum quisquam adiit, qui hereditatis jacentis, necdum aditæ portio est, servus sine domino, nisi quatenus hereditas ipsa, quæ jacet & vacat, fingitur esse domina, l. 1. §. 1. de rer. divis. l. liber homo, §. pen. ad leg. Aquil. l. denique, §. quæsitum, quod vi, aut clam. Et ita proculdubio etiam servus hereditarius accipiendus est in regula illa veteri, per servum hereditarium heredi hereditatem adquiri non posse, l. 1. §. veteres, de acquir. poss. Repetendum etiam est hoc ex l. sup. proxima, eundem, qui servum hereditarium corruptit, cum ex hoc delicto debitor sit hereditatis, quia servi corrupti obnoxius est, quali possessorem juris hereditarii injustum, id est, quasi prædonem, qui quod debet hereditati, possidet pro possessore, id est, tenet sine justa causa, neque id perfolvit hereditati, ab herede conveniri posse petitione hereditatis, ut l. sed utrum, de petit. hered. Vel igitur ab herede postea facta per aditionem conveniri posse actione servi corrupti, vel petitione hereditatis. Sicut & is, qui servum hereditarium occidit, aut vulneravit, heredi postea facta aditione tenetur actione l. Aquilæ, l. liber, §. pen. l. huic scripturæ, ad l. Aquil. vel petitione hereditatis, l. si à domino, §. si possessor, de petit. hered. Sed (quod notandum) hoc interest hac in re inter eum, qui servum hereditarium corruptit, & eum, qui occidit, aut vulneravit, quod si ex causa servi corrupti conveniatur petitione hereditatis, ut ex Paulo proponitur initio hujus legis, in eam actionem tantum venit, quantum in actione servi corrupti, id est, totius detrimenti, & damni duplum. At si ex causa servi occisi, aut vulnerati conveniatur petitione hereditatis, etiam si inficiatur, in eam actionem venit simplum duntaxat, id est, quod damni datum est simpliciter, & nihil amplius, litem veniunt, §. cum prædiximus, de petit. hered. Duplum non venit, quod actor omissa petitione hereditatis ab inficiatore pro tenore legis Aquilæ consequi potest. Verum si velit actor omissa petitione hereditatis ex l. Aquilia in duplum agere, non prohibetur. Denique eligere debet, utrum agat petitione hereditatis in simplum, præstita cautione, qua promittat, se non acturum lege Aquilia, an actione legis Aquilæ in duplum omissa petitione hereditatis, d. l. si à domino, §. si possessor, l. non solum, & l. seq. de rei vindic. Et eodem modo, si is, qui habet actionem legis Aquilæ, juraverit delato jurejurando, ex ea causa sibi dari oportere, eligere debet, utrum agat actione in factum ex jurejurando in simplum duntaxat etiam adversus inficiatorem, an actione legis Aquilæ in duplum, l. eum, qui, in princ. de jurejur. Hæc sunt certissima. Cur tamen in petitione hereditatis, ut diximus, venit actio servi corrupti in duplum, non venit autem actio legis Aquilæ, nisi in simplum? Ratio hæc est, quia ab initio actio servi corrupti est in duplum: hæc est, ut Accursius ait, hujus actionis prima, originalisque natura, ut sit in duplum. Actio autem legis Aquilæ initio est in simplum tantum, non in duplum, nisi ex post facto, quum lite contestata

A reus in iudicio inficiatur. Neque enim inficiatio alia auget obligationem primam, & originariam, quam quæ fit in iudicio, lite contestata. Actio ipsa legis Aquilæ ab initio est in simplum, & postea secuta in iudicio, & convicta inficiatione rei, in duplum crescit, nec ideo, quod in duplum crescere potest, ideo ab initio esse in duplum intelligitur, sed in simplum tantum, l. 1. de in lit. jur. Nam ut sit in duplum, hoc adventitium est, non ingentum actioni. Quæcunque autem actio venit in petitionem hereditatis pro origine sua, id est, qualis est origine sua, non qualis ex casu fieri postea potest. Actio servi corrupti origine sua est in duplum. Actio legis Aquilæ in simplum duntaxat, quod crescit in duplum. Hoc fit ex eventu, ex casu. Et hoc de principio hujus legis.

Ad §. Primum. Ex §. 1. intelligimus, cur de servo corrupto sit proposita actio à prætoribus, non de filio filiarum familias, corruptis. De injuria servo, vel filiofamilia, domino, vel patri parata est actio injuriarum suo, & filii nomine, vel suo nomine tantum, si volens filius ludibrio habitus sit, l. 26. de injur. quam exposui nudius tertius. De filio filiarum familias, corruptis, nulla est proposita actio. Quare? ratio est elegans, quia servus est in patrimonio domini, ut quodlibet animal brutum, filiusfamilia non est in patrimonio patris. Et corruptio igitur servi, quia vilior, & deterior efficitur, minuit patrimonium domini, non corruptio filiifamilia patrimonium patris. At vice versa corruptio servuli non minuit decus, & dignitatem familiae domini, & ideo nec dominum pudet agere de servo corrupto. Corruptio autem filiifamilia liberaliter educati, qui quasi quodammodo vivo patre existimatur esse dominus, ut ait lex in suis, de lib. & post. summum, & triste dedecus est familiae, quod quia prætor existimavit neminem sanum patremfamilia evulgaturum, palam in corruptorem dictata actione filii, filiarum corruptæ, ideo nec proposuit nominatim actionem de filio filiarum corruptis. Sed si quis tamen suæ famæ securus, ea de re agere, & suam domum traducere velit, sane non denegabitur ei deficiente directa, utilis, sive in factum actio de filio corrupto, quia interest nostra animum liberorum nostrorum non corrupti, & interest nostra, non effectus ratione, facessat hæc ratio, sed quia ob eam rem minus per liberos nostros adquirenturi, ut si suafu alieno alicui, vel luxui dediti esse cæperint, vel ex operis eorum, minus habituri sumus, vel etiam ob vitia eorum de nostro laturo maximam partem, hoc æstimabitur officio prætoris, vel iudicis, ut in actione legis Aquilæ, si liberorum nostrorum corpus læsum sit, l. 7. in princ. ad leg. Aquil. Quam esse de filiofamilia præcedentes leges ostendunt. Corpus autem filiifamilia non æstimandum, quia liberum corpus inæstimabile est, aut sane sine pretio pretiosum est, l. ult. de his, qui dejecer. vel effud.

Ad §. Si servus. Sequitur in hoc §. si communis servus meus, & tuus proprium meum servum te insciente, aut vetante corruerit, non esse mihi in te actionem servi corrupti noxalem, quia qui ejusdem servi nomine tenetur aliis noxali actione, ipse noxali actione adversus alium, & socium, agere non potest. Hæc est regula: ego vero servi communis nomine aliis teneor noxali actione in solidum, si forte servum alienum corruerit, vel ex alia quacunque noxa, quia, ut subjicit Paulus, est in arbitrio actoris, vel mecum agere, vel cum socio in solidum. Ita tamen, ut uno solvente alter liberetur, quia obligamur ex persona servi, quæ cum sit una, & unam quoque duntaxat litis æstimationem admittit. Ego igitur, quia aliis teneor servi communis nomine actione noxali in solidum, non possumus ejusdem servi nomine agere noxali actione, neque cum alio, neque cum socio, juxta regulam legis pen. C. de furt. & recte l. 8. de noxal. action. dominum pro parte factum non posse cum socio noxali actione experiri, & l. sed si unus, §. si servus, de injur. Si servus communis meus & tuus, mihi injuriam fecerit, mihi in te non dari injuriarum actionem noxalem, quia & ipse teneor noxali actione, si idem servus extraneo injuriam dederit. Ac præterea

si proprius servus meus in solidum conservum corruerit, A qui & meus proprius est, nulla mihi eo nomine actio competit: cum quo enim agerem? Cum servo ipso, qui corruerit? non possum. Obstat alia regula, cum servo nulla est actio. Ergo idem dicendum est, si servus communis servum meum corruerit: nec enim servus communis, ideo minus est meus, quod etiam sit tuus: quin & mei servi appellatione continetur etiam communis, ut in l. 12. tab. Illis verbis, *uti quisque legasset super pecunia sua*, etiam communis pecunia continetur, l. 1. c. de hered. inst. Ergo & servi communis nomine, neque cum eo servo ulla mihi est actio, neque cum socio actio noxalis servi corrupti, sed est actio communi dividendo, vel pro socio, id est, quum inter nos agitur de servo dividendo, aliisque rebus communibus, si quas alias præter servum communes habeamus ratio habebitur damni, quod uni ex dominis servus B communis dedit, l. cum servus, de noxal. act. Et hæc de servo communi. Nunc tractat de servo fructuario. Si servus, in quo usumfructum habeo, servum meum corruerit, cum proprietario mihi est actio servi corrupti noxalis: neque enim hic locus est regulæ superiori, quæ vetat eum agere noxali, qui ipse potest noxali conveniri, quia fructuarius non potest conveniri noxali iudicio ex noxa servi fructuarii, l. is, qui usumfruct. de nox. act. Ad dicitur in §. pignori.

AD §. Pignori. Servo corrupto, qui creditori pignori datus erat, debitori dari actionem servi corrupti, non creditori: nam hæc actio domino competit, creditor autem non est dominus pignoris, sed debitor, l. 8. c. de pign. act. Eademque ratione actio legis Aquiliæ datur debitori, non creditori pignoratitio, l. qui occidit, §. 1. ad leg. Aquil. Et in §. in hac actione etiam hoc additur, actionem servi corrupti esse mixtam, hoc est in duplum, vel duplum in ea actione, ut ait, non esse extra rem, ut in Florentinis legitur recte, & in Basilicis etiam, *ἡ δὲ δόξα ἐστὶν ἡ πρῶτη μίση τοῦ διπλοῦ*, rem inesse duplo. Quod dicit ad discretionem actionis furti, in qua duplum est extra rem, & res extra duplum. Rem autem dicit esse detrimentum omne, omne damnum, ut l. 10. & 11. in prin. sup. Ergo non id tantum dicit, qui rem dicit, quo servus vilior factus est, sed etiam id, quod servus subripuit domino, & secum abstulit. Imo & id quod aliis dominus ob vitium servi præstare coactus est. Exempli gratia, si servo meo persuaseris, ut Titio furtum faciat, vel quod aliud damnum injuriadet, & conventus actione furti, vel actione legis Aquil. noxali Titio præstitero pœnam, & rem: actione servi corrupti id consequar, quod Titio præstiti actione furti, vel actione legis Aquiliæ noxali, vel quod ei præstiti actione ex conducto, ut ait in §. seq. videlicet, quum sciens servum esse furacem, aut contumeliosum, ei servum locavi, & is servus apud conductorem, cum jampridem ante corruptus esset, furtum fecerit, vel damnum dederit. Si locavi ignorans, teneor tantum actione noxali furti, vel actione legis Aquiliæ, atque adeo non teneor in solidum, si paratus sim servum dedere in noxam. At si sciens locavi, teneor in solidum actione ex conducto, sicut & actione depositi, vel commodati, vel pigneratitia, l. si servus pignori datus, de pign. act. l. pen. commod. quæ conjungenda est cum l. si tibi hominem, §. 1. loc. quæ de ignorante accipienda est, non de sciente. Denique actione servi corrupti, id omne consequar, quod mihi servus abstulit, vel quod ob vitium ejus alii præstiti, & hoc amplius alterum tantum vice pœnæ. Itaque mixta est actio, quia & rem, & pœnam persequitur. Uno verbo ait l. 11. in fi. quia id quod interest persequitur, ubi recte Agio Theodoretus Græcus interpretes notat, *Ejus quod interest appellatione non nudam rem significari, sed & pœnam, quæ cum ea confusa est, quæve rei accedit*, id est, duplum in quod ab initio actio servi corrupti competit.

AD §. Vitium. Hic §. sane est difficilis. In hac actione servi corrupti, vel recepti, officio judicis æstimatur, quanto servus ob id, quod corruptus est, vilior existit,

id est, quanto deminutum sit ejus servi pretium. At quæritur in hoc §. ultimo, quid sit dicendum, si servus inutilis factus sit, ita ut domino, non expediat eum habere. Si inutilis igitur factus sit domino, non aliis, sed soli domino: alioquin si prorsus factus esset nauci, nihili, si prorsus inutilis omnibus, constaret, integrum ejus servi pretium, qui plane factus nequam, quanti fuit antequam corrumperetur, & alterum tantum, id est, duplum domino præstari oportere pro tenore actionis servi corrupti. Quid igitur, si domino soli factus sit inutilis, aliis forte perutilis, & gratus, puta, quia ludio, & histrio factus est, quo genere hominum dominus ejus honestissimus paterfam. non utitur. Quæritur utrum hoc casu cogitur sollicitator sive corruptor servi, integrum pretium domino præstare, quanti fuit antequam corrumperetur, & domino prorsus fieret inutilis, ita ut dominus, & pretium servi habeat in assem, in solidum, & servum ipsum retineat, & lucrifaciat, ut Paulus ait, quia lucrum est, & rem habere, & pretium, l. venditor ex hereditate, de heredit. vend. an vero cogitur dominus, qui de eo servo corrupto agit eum servum reo restituere, cujus opera ei inutilis est, accepto jussu, & integro servi pretio, quanti fuit antequam corrumperetur? Hæc est quæstio, & ut in consimili quæstione l. sed etsi rem, de petit. heredit. ait, in prædonem, qui alienam rem possidet electionem esse debere actoris: Ita recte Paulus hoc loco, & in corruptorem, qui prædoni comparatur, l. 13. hoc tit. ait, electionem domino dandam esse, ut, vel servum retineat, atque etiam damnum, quanti servus pretio vilior factus est, in duplum accipiat pro tenore actionis servi corrupti, non etiam, ut in quæstionem deducat integrum servi pretium, quod longe majus est, sed damni duplum tantum, ut dixi, vel ut sollicitatori servum ipsum restituat, cujus etiam nullus apud se usus est, ut servum, inquam, sollicitatori restituat, si restituenti, & præstandi ejus facultatem habeat, & accipiat non duplum damni, id est, duplum ejus, quo servus vilior factus est, sed quod multo pluris est, integrum servi pretium, quanti fuit antequam corrumperetur: aut si restituenti ejus servi facultatem non habeat (puta quod alius servi ejus possessionem apprehenderit) ut sollicitatori sumptibus, & periculo ejus cedat actionibus in rem, quas habet adversus servi possessorem, atque ita solidum servi pretium consequatur, quia cessio actionum pro justa præstatione sive restitutione est, l. quod debetur, de pecul. Et fit plerumque semper cessio sumptibus, & periculo cessionarii, cui in rem suam ceduntur actiones: quom in rem hic locus est valde singularis. Et id quoque Doctores admittunt, sed nullam adducunt legem, cum hic §. ult. id comprobet aperte in illo loco, *cedere autem sollicitatori periculo ejus, &c.* Est autem hoc valde singulare in hac specie, ut ei cedantur actiones in rem, qui pœnæ loco pretium rei dare cogitur, cum tamen in l. is, qui dolo, de rei vindic. ei, qui dolo malo desit rem possidere alienam, & pretium rei præstare coactus est, dicatur actorem non debere cedere actiones, quas ejus rei nomine habet: cur non idem dicimus in hac specie? puta quia abunde sufficit actori solidum pretium consequi, qui sibi prorsus inutilis foret, si eum retineret, & ageret tantum de damno dato in duplum, cujus dupli summa perexigua est, si conferatur cum integro servi pretio. Et hic nota actiones in rem, quas dominus cedere debet sollicitatori, appellari actiones de dominio servi. Cedere, inquit, sollicitatori debet periculo ejus de dominio servi actiones. Recte, quia per eas actiones lis domini inducitur. Et ita Justinian. in Novella 91. *Actio in rem, ἡ περὶ δεσπορίας, vel de dominio*, inquit. Nota etiam ita demum licere domino hac actione ejus servi petere integrum pretium, si vivat, & si eum non manumiserit, quia mortuum, aut manumisum restituere cedere de dominio ejus actiones non potest: & utique consequi non debet integrum pretium, nisi servum præstet, vel de dominio ejus actiones, quasi venditione contracta: nec contra audietur actor, qui fuit dominus, si dicat, se cum servum manumisisse, quia hominem domi suæ inutilem habere noluerit, quia etsi nunc cum

cum non habeat ut servum post manumissionem, habet tamen et libertum. Unde procedunt jura, & commoda multa, & varia: & non est æquum, ut & integrum hominis pretium habeat, ac præterea jura patronatus. Quæ de causa si manumisso servo agat servi corrupti, ut potest, quia manumissio semel natam actionem non extinguit, l. 5. §. ult. h. t. & eligat petere integrum servi pretium, debet reo cedere jura patronatus. Et ita hoc loco Græci recte concludunt, *ὄφειλα πάντως ἐγχερεῖν τὰ δίκαια τῶν ὑπονοθεύσαντι αὐτοῦ*, id est, *debeo omnimodo cedere jura patronatus sollicitatori*, à quo desidero mihi dari integrum servi pretium quanti fuit antequam corrumperetur. Neque vero hinc colligas, eum, qui habet, quive quæsitivum libertum esse locupletiore, contra quam definitur in l. nemo prædo, §. 1. de reg. juris, l. 2. quibus ad libert. non videri locupletiore eum, qui libertum adquisivit. Ex qua definitione efficitur, inter conjuges valere donationem servi factam manumissionis causa, quia ex hoc nemo fit locupletior, ut ait Paulus 2. sentent. tit. 23. Cujus definitionis ratio hæc est, quia jus patronatus est inæstimabile, l. naturalis, §. ult. de præscript. verb. Cum quæ definitione, ut cœpi dicere, neque hic locus pugnat ullo modo. Nam qui dicit te jus patronatus, quod habes in libertum, aliis cedere debere, non ideo te dicit liberti acquisitione factum esse locupletiore. Cedimus sæpe aliis quæ onerant potius, quam augment patrimonium nostrum. Verum hac in re separanda semper sunt ea, quæ jure patronatus obveniunt, veluti operæ, aut bona libertorum, ab ipso jure patronatus: illa æstimari possunt, l. in summa, §. pen. de cond. indeb. l. si vero, sol. matrim. Jus patronatus inæstimabile, sicut patria potestas est inæstimabilis, quæ à Calphurnio sancta res esse dicitur: quæ tamen jure patriæ potestatis adsequimur æstimabilia sunt. Et postremo nota, quod observavi semper in interpretatione hujus §. etiam apertissime in hoc §. pretium servi corrupti, & domino inutilis facti, non aliis, separari à duplo damni. Et pretium igitur servi, esse integrum pretium servi quanti fuit antequam corrumperetur. Et ita hic §. explicandus.

Ad L. II. de Aleator. Solent enim quidam, & cogere ad lusum, vel ab initio, vel victi, dum retinent.

Ad §. Senatusconsultum vetuit, in pecuniam ludere: præterquam, si quis certet hasta, vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando: quod virtutis causa fiat.

Ad L. ult. eod. Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familiæ ludere permittitur.

Ad §. Si servus, vel filiusfamilias victus fuerit: patri, vel domino competit repetitio. Item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis: quia ex negotio gesto agitur. Sed non amplius cogendus est præstare, quam id, quod ex ea re in peculio sit.

Ad §. Adversus parentes, & patronos repetitio ejus, quod in alea lusum est, utilis ex hoc edicto danda est.

DUæ leges de aleatoribus sunt: quales, qui faciunt servos alienos, sane corrumpunt, & servi corrupti prætoriam actione tenentur. Et inter vitia quoque servorum alea notatur, l. 25. §. hoc autem, de edil. edic. l. 26. de injur. l. fugitivus, de verb. signific. At is quoque, qui alii cuiunque vim intulit aleæ ludendæ causâ, qui alium coegit alea ludere, vel ab initio, ut Paulus ait in l. 2. vel victus, dum retinet collusorem volentem, quod vulgo dicitur *ἀνακόψαι*, idque proverbium hoc loco notant Græci his verbis, *βελδομενον τὸ λεγομενον ἀνακόψαι*, quo & nos utimur passim, *abscindere caudam*. Is, inquam, qui alium coegit alea ludere, prætoris arbitrato coercetur, quod & in hoc edicto de aleatoribus his verbis significatur à prætore, *uti quæque res erit, animadvertam*: ut & similiter in edicto de injuriis his verbis, *prout quæque res erit, animadvertam*: dum rei coercionem omnem in arbitrium suum confert, d. l. 1 §. 5. au prætor, & §. quod ait, de injur. His additur in d. l. 2. Senatusconsulto prohibitum esse in pecuniam ludere. Egregium Senatusconsultum, præterquam, si quis virtutis, & gloriæ causâ ludat, & certet legitimo certa-

Tom. II. Post.

mine virtutis causa, ut etiam ait *Latibetas, de his, qui not. infam. & l. 7. §. si in colluctatione, ad leg. Falcid.* ut puta, si quis certet hasta jacienda, vel pilo jaciendo, aut si cerret currendo, saliendo, luctando, pugilando, pugnando, quæ certamina virtutis ergo instituuntur, ut palam Romæ exerceri solebant in campo Martio. In Græcia erant frequentissima. Unde & *πεντάθλος* nomen, quo significantur quinque legitima certamina, puta jaculum, cursus, saltus, lucta, pugilatus, aut quæ ex iis commixta sunt, ut *πανκρητικόν* in d. §. si in colluctatione, quod & *παμμαχικόν* appellari Higinus scribit in fabulis. Et mixtum est ex lucta & pugillatu. In his quinque certaminibus etiam ex l. Titia, ut ait l. 3. & Publicia, & Cornelia, & pluribus legibus etiam sponsonem facere licet, *συνθηκίζοιεν*, ut Græci interpretantur hoc loco, sponsonem facere licet pecunia, aut pignore certo, *faire un jeu de prix*. Idem Paulus in l. ult. in princip. ait, *quod in convivio vescendi causa ponitur in eam rem familiæ ludere permittitur*: ubi familiæ verbum sane importunum est. Videtur Paulus non familia scripsisse, sed alia, vel alea: nam promiscue dicebant, *alia*, & *alea*, ut alium, & aleum, quod vulgo alium. Vescendi igitur in convivii causa alea ludere licet, non etiam in pecuniam. Hæc est sententia verissima. Imo si quis alea victus fuerit, & pecuniam suam perdiderit, ejus pecuniæ quasi indebitæ ex hoc edicto adversus victorem repetitionem habet. Olim habuit repetitionem in quadruplum, ut Afcon. scribit in divinatione, quia ut Ovidius ait:

Hoc erat ad nostros non leve crimen avos.

Hodie in simplum; & multo magis, si à victo pecunia petatur, quam amisit, habet hanc exceptionem, *si in alea gestum erit, l. in exceptionibus, de probat. l. 1. §. 1. quar. rer. actio non det. l. periculi, de naut. sæn. l. 2. C. de aleæ lusu*. Cui damus repetitionem, sive actionem ad pecuniam, amissam repetendam, & multo magis exceptionem, si pecunia amissa ab eo petatur. Quidam enim alea ludunt non posita pecunia, sed vice pecuniæ positæ lupinis, ut in Italia fieri solet. Quod argentum sive aurum comicum Plautus vocat: Unde & apud Plautum in Phormione, in illo loco, *meum argentum astuli: comicum argentum præsto est*, nos vocamus hodie *monnoye de bas or*. Quidam, inquam, ludunt non posita pecunia, sed positæ lupinis vice pecuniæ, qui & nummularum speciem habent, ea lege, ut quot lupini amittuntur, tot pro eis nummi reddantur. Quod nominatim vetat l. 2. C. de aleæ lusu, *παίζον θέρμοις, ludere lupinis*. Quod si servus, aut filiusfamilias alea victus sit, ut idem Paulus ait in hac l. ultima, domino, vel patri proculdubio pecuniæ amissæ repetitio competit, quasi ei quæsitæ per filium, aut servum, vel si vicerit servus, & pecuniam abstulerit victo, in dominum est actio de peculio, quatenus pecunia, quam servus vicit alea, versa est in peculium, non noxalis actio, quia noxalis actio datur tantum ex delictis servorum. Et hæc actio, qua pecunia in alea deperdita repetitur, non est ex delicto, sed ex negotio gesto. Et similiter si filiusfamilias alea vicerit, proculdubio pater tenetur de peculio quasi ex contractu. Postremo notandum est ex hac l. ultima, hanc actionem, quæ de pecunia in alea amissa victo redditur, ei non dari adversus patronos, & parentes, videlicet si cum eis luserit alea, & victus fuerit, non dari scilicet hanc formulam, *quod in alea lusum sit*, quia famosa est hæc formula, & arguit infamiæ parentes, aut patronos, arguit eos esse aleatores, sed repetitur tantum pecunia à parentibus, & patronis, non quidem hac actione famosa de alea, sed actione utili, id est, in factum, verbis temperatis, verbis lenioribus, ita ut non fiat mentio aleæ, sicut & adversus parentes, aut patronos non agitur palam de dolo malo, sed in factum, l. non debet, sup. de dolo.

R

JA-

* * * * *

JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XX. PAULI AD EDICTUM.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXIII. de Negot. gest. *Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit: restituere cogitur: de eo autem, quod indebitum solvit, magis est, ut sibi imputare debeat.*

TOTUS hic Liber est de actionibus in rem, quas de universitate in edicto proposuit prætor, puta de civili hereditatis petitione, per quam petitur universitas bonorum demortui, vel de possessoria, itemque de fideicommissaria hereditatis petitione, quæ etiam sunt de universis bonis, de universo jure defuncti. Et quæ prima se offert ex hoc libro 20. l. 23. de neg. gest. sane omnino referenda est ad petitionem hereditatis, in qua non venit indebitum, quod possessor hereditatis exegit nomine hereditario, quasi hereditarium debitum, cum non esset tale debitum, aut cum omnino non esset debitum, ut id scilicet debitori restituat: non venit in petitionem hereditatis indebitum, quod possessor exegit quasi debitum hereditarium: non venit, ut id petitori restituat, quia petit hereditatem; & id non est ex hereditate: non etiam venit indebitum, quod possessor hereditatis solvit nomine hereditario, ut id reputet, petitori scilicet, & ab eo consequatur, quia id sibi potius imputare debet, qui inconsulto, & temere non debitum solvit ultro sine iudice, *litem veniunt, §. sed etsi Senatus, de petit. hered.* Quod servatur etiam in venditore hereditatis, quia nec actione ex empto, vel ex stipulatu restituere emptori debet, quod forte indebitum exegit nomine hereditario, nec vicissim reputare emptori potest, quod indebitum solvit, l. 29. §. solet, de hered. vend. Non tamen idem per omnia servatur in negotiorum gestore: nam si quidem negotiorum gestor indebitum solvit nomine domini, quod utique dominus ratum habiturus non est, id sibi imputare potius debet suæque stultitiæ, quam domino, ut servatur in superioribus casibus. Sed si negotiorum gestor indebitum exegerit nomine, & contemplatione domini, quasi domino debitum, idque dominus ratum habuerit, hoc enim necesse est, l. 6. §. item queritur, hoc tit. id domino restituere debet, ut Paulus ait in hac l. 23. nimirum, quia id accepit nomine domini, & dominus ratum habet, & negotiorum gestor abstinentem omni lucro præstare fidem debet, & quæcunque gessit nomine domini bona fide domino restituere, sive debitum, sive indebitum exegerit, ut de procuratoribus est proditum in l. qui proprio, §. procurator, de procur.

Ad L. XIV. de Petit. hered. *Sed utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit, nihil refert. Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit.*

Sequitur in hac l. 14. peti hereditatem posse à quocumque debitore hereditario, sive ex contractu, sive ex delicto debitor sit: & in petitionem hereditatis venire, quod ab initio inest sui natura actioni ex contractu, vel actioni ex delicto: exempli gratia venire in petitionem hereditatis, quod peti potest actione servi corrupti, l. 13. & 14. in princip. de serv. corrupti. vel actione legis Aquiliæ, l. 20. §. cum prædiximus, hoc tit. Item sive debitor ille defuncti fuerit, sive hereditarius, qui obligarit se post mortem ejus, de cujus hereditate agitur, jacente, nec dum adita hereditate, ut si post mortem ejus ante aditam hereditatem negotium hereditarium gesserit, l. 16. §. non solum, h. tit. vel si rem aliquam hereditariam subriperit, ut l. seq. vel si quid servo hereditario promiserit, vel si ei damnum dederit, ut proponit Paulus in hac l. 14. Denique hereditas peti potest à quocumque debitore hereditario, sive

A vivo eo, de cujus successione agitur, debitor esse cœpit, sive post mortem ejus, peti, inquam, ab eo hereditas potest, quasi à possessore juris hereditarii, non possessore proprio, quia jura cum sint incorporalia non proprie possidentur, sed quasi, ut in l. prox. §. ult. sup. quasi à juris possessore. Neque enim tantum à possessore rei, sive corporis hereditarii, sed etiam à quasi possessore juris hereditarii hereditas peti potest, l. 9. sup. b. tit. l. 18. §. ult. inf. hoc tit. Et rursus, quod maxime notandum est, possessor juris dicitur non tantum qui habet actionem aliquam, qua res hereditarias persequatur, ut l. 16. §. Julianus, & §. pen. hoc tit. sed etiam, qui actione aliqua tenetur obstrictus, puta debitor hereditarius: uterque dicitur possessor juris, & conveniri potest eo nomine petitione hereditatis veluti possessor juris: sed ita demum potest conveniri petitione hereditatis, ut possessor juris, si vel faciat controversiam hereditatis, dicendo se esse heredem, non petiorem, id est, si jus pro herede possideat, ut l. 42. inf. hoc tit. l. ult. in fin. tit. seq. vel etiam si non contendat se heredem esse, si nec ex alia justa causa contendat se possidere, sed dicat se possidere quod possideat, nulla allata causa possessionis, id est, si sciens mala fide jus hereditarium possideat, ut si ex delicto debitor hereditarius sit, nec solvere velit, quod ex ea causa debet, hoc est, si jus pro possessore possideat quasi prædo: denique ut rei, sive corporis, ita juris possessor is tantum tenetur petitione hereditatis, qui possidet pro herede bona fide, aut pro possessore, quod est mala fide, non qui possidet bona fide pro emptore, vel pro donato, vel pro dote, vel pro legato, non etiam qui tantum negat petiorem esse heredem, nec contra affirmat se heredem esse: hæc est regula juris, l. 9. hoc tit. Cujus regulæ ratio hæc est maxime notanda, quia actiones comparatæ sunt, ut eis cum adversariis nostris experiamur. Et adversarii nostri sunt, qui ex adverso nobis faciunt controversiam ejus rei, qua de agimus, ut in actionibus in personam adversarius nobis est is, qui nobis dicentibus, illum nobis dare oportere, contradicit, & affirmat, se dare non oportere. Et in actionibus in rem specialibus, qui nobis dicentibus, nos ejus rei esse dominos, quam ille possidet: contradicit, imo se ejus esse dominum, non actorem, §. 1. Institut. de action. quia de dominio, quod intendimus nostrum esse, nobis facit controversiam, dum id sibi asserit, & contra vindicat. At qui negat tantum actorem esse dominum, non etiam contendit se esse dominum, non tenetur actione in rem, quæ est actio de dominio, quia de dominio controversiam non facit: nec enim dicit, se esse dominum, sicut & qui negat eum, qui agit petitione hereditatis, esse heredem, non etiam contendit se esse heredem, non tenetur petitione hereditatis, l. 42. hoc tit. quia hereditatis controversiam non facit. Quia ratione etiam non tenetur petitione hereditatis qui dicit se rem, quam possidet bona fide emisse, se ejus rei esse dominum ex causa emptionis, vel donationis, nihil refert, vel dotis, vel legati, quia non idem sibi asserit, quod actor, quia se heredem non dicit, non reluctatur petitori hereditatis, non reluctatur intentioni petitoris, non dicit se esse dominum jure hereditario, sed jure emptionis, vel donationis, vel quo alio. Denique is tantum tenetur petitione hereditatis, qua actor intendit se heredem esse, qui ex adverso contendit, imo se non actorem heredem esse, puta qui pro herede possidet: quod etiam contendere intelligitur, sive præsumitur, qui nullam allegat causam possessionis suæ, id est, qui pro possessore possidet, & judicium tamen, quod intenditur de hereditate suscipere paratus est. Et hanc rationem, quæ sane est optima, attigit etiam Accursius in l. pen. C. in quib. causis præsc. lon. temp. c. Quod ad hanc leg. 14. adnotasse satis est.

Ad L. XIX. eod. *Et non tantum hereditaria corpora, sed & quæ non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datæ defuncto, vel commodatæ, depositæ. Et quidem rei pignori datæ etiam specialis petitio est, ut & hereditatis petitione contineatur: sicut illæ, quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quæ commodatæ,*

data, vel deposita sunt, nulla sit facile actio: quia tamen periculum earum ad nos pertinet, æquum est eas restitui.

Ad §. Quod si pro emptore usucapio ab herede impleta sit: non venit in hereditatis petitionem: quia heres, id est petitor, eam vindicare potest: nec ulla exceptio datur possessori.

Ad §. Veniunt & hæ res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si juraverat defunctus, petitoris rem non esse, & desesserit: debent hæ quoque restitui. Imo & si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. Idemque erit & in prædione, licet hic propter culpam non teneatur: quia nec hic debet has res retinere.

Ad §. Servitutes in restitutionem hereditatis non venire ego didici: cum nihil eo nomine possis restitui: sicut est in corporibus, & fructibus: sed si non patitur ire, & agere, propria actione convenietur.

Addamus etiam legem 19. quæ lex primum ostendit, in petitionem hereditatis venire non tantum res hereditarias: quarum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res defuncto commodatas, vel depositas ea lege, ut periculum ad eum pertineret, heredemve ejus, vel res defuncto pignori datas, vel res à defuncto bona fide possessas ex justa causa acquirendi domini. Quæ omnes res, etsi non in bonis, tamen ex bonis esse dicuntur propter periculum earum rerum, quod heredem sequitur, l. 2. §. in hac actione, vi bon. rapt. Ex his vero rebus aliæ non tantum petitione hereditatis, sed etiam speciali in rem actione peti possunt: aliæ non nisi petitione hereditatis, non etiam speciali in rem actione, quod Paulus ostendit hoc loco. Et res quidem defuncto commodatæ, vel depositæ non possunt ab herede peti actione in rem speciali, quæ est de dominio, id est, quia dominium earum non habet depositarius, vel commodatarius: commodato, vel deposito non mutatur dominium: at peti ab eo possunt, si ve deduci in petitionem hereditatis. Contra, res defuncto pignoratæ non tantum petitione hereditatis, sed etiam speciali in rem actione ab herede peti possunt, id est, Serviana, sive hypothecaria, jure pignoris scilicet: nam & actio de pignore, est in rem actio specialis non jure domini, quia etiam pignus dominium non mutat: ejusdem generis sunt res à defuncto bona fide possessæ ex justa causa, necdum ab herede usucaptæ, quia & hæ ab herede peti possunt, non tantum petitione hereditatis, sed etiam speciali in rem actione, id est, Publiciana. At ex diverso usucaptæ ab herede peti possunt civili, & directa actione in rem, non petitione hereditatis. Possunt, inquam, peti, quia heres implevit usucapionem, quia usucapione factus est dominus civili actione in rem, cui nec possessor, ut ait Paulus in §. 1. potest opponere ullam exceptionem, præjudiciale scilicet. ut Græci recte interpretantur, veluti hanc exceptionem, quod præjudicium petitioni hereditatis, censumvivalis judicii magnitudini præjudicium non fiat: non potest, inquam, opponere eam exceptionem, quia ea res est heredis, non hereditaria, vel ex hereditate. Et ideo in petitionem hereditatis non venit, ut nullum sit formidandum præjudicium, si ea res ab herede, qui usucapionem implevit, vindicetur civili, & directa in rem actione: nec enim res, quæ est heredis, non hereditaria, in petitionem hereditatis venit, l. si à domino, §. si possessor, in si. inf. hoc tit. Et tamen res aliena tradita defuncto bona fide accipienti ex justa causa, & usucapta ab herede ejus, venit in iudicium familiaris erciscundæ, non venit in petitionem hereditatis, quia non est hereditaria, venit tamen in iudicium familiaris erciscundæ, l. 9. famil. ercisc. Rationem breviter perstringam, quia in actione familiaris ercisc. non est inter heredes controversia de hereditate: unusquisque agnoscit suum coherentem, & fatentur omnes hereditatem esse communem, sed inter eos de eo tantum agitur, quodcunque à defuncto ad eos transit, licet non hereditate, sed usucapione quæsitum eis fuerit, ut id separetur, & fiat inter eos æqua divisio omnium rerum, quæ à defuncto ad eos pervenerunt.

Ad §. pen. Additur in hoc §. etiam in hereditatis petitionem venire res, quarum defunctus retentionem tantum habuit, non petitionem, persecutionem, actionem ullam: veluti ex jurejurando, si vivus cum rem aliquam possideret, deferente actore hoc tantum juraverit, eam rem actoris non esse, non etiam juraverit, eam rem suam esse, ut l. 1. de jurejur. quia ex hac causa retentionem possessionis, & rei habet adversus eum, qui detulit jusjurandum, non etiam petitionem, aut vindicationem amissa possessione, licet res ad eum pervenerit, qui detulit jusjurandum: quia non juravit suam esse: & ideo suam esse petere non potest. Denique ejus rei retentionem tantum habere, non petitionem, quod & in plerisque aliis casibus evenire ostendit observatio 18. cap. 10. Porro si ejus rei, cujus defunctus retentionem habuit, non petitionem, postea possessio ad extraneum pervenit, qui eam possideat pro herede, vel culpa defierit possidere, ejus rei nomine vero heredi tenetur petitione hereditatis, quia & hæ res, quarum defunctus retentionem non petitionem habuit, retentionem scilicet per exceptionem, non petitionem per actionem ullam, in hereditate connumerantur, & ideo tantum veniunt in petitionem hereditatis. Et hoc, ut dixi, si novus possessor, eas res possideat pro herede bona fide, vel dolo, aut culpa sua defierit possidere. Et subjicit Paulus, idem esse dicendum in eo, qui pro possessore eas res possidebat, quasi prædione, si dolo, aut culpa sua eas defierit possidere, eum scilicet hac actione teneri quasi possessorem, licet defierit possidere, sed non, ut ait, propter culpam simpliciter, quia & citra culpam tenetur propter malam fidem, qua initio rem possedit, invalit. Et ita sunt accipienda verba §. pen. Idemque erit & in prædione, licet hic propter culpam non teneatur, id est, simpliciter propter culpam, sed principaliter propter malam fidem, in qua fuit semper.

Ad §. ult. Postremo Paulus ait, servitutes prædiorum, quæ prædiis hereditariis debentur à vicino, in petitionem hereditatis non venire. Jura quidem venire, id est, nomina, & actiones, quas possessor habet ad res hereditarias persequendas, ut ante dictum est, quia ab eo petitori eæ actiones cedi possunt, & vero debent. Item jura venire, id est, actiones, quibus debitor hereditarius obstrictus est, quia solvi ab eo, quod debet, petitori potest, & debet. Cur etiam jura prædiorum non veniunt in petitionem hereditatis: nam & servitutes sunt jura prædiorum. Cæterum hac in re facimus differentiam inter jura, & jura prædiorum, quæ servitutes dicuntur. Et servitutes dicemus non venire in pet. hereditatis. Quare? quia nihil eo nomine cedi, aut restitui solvive petitori potest: sunt enim servitutes res incorporales, nec ullam actionem is, quo cum agitur, habet, quam actori cedere possit. Nulla igitur actione tenetur, qua se exsolvere possit numerando pecuniam actori: ubi cessione, solutioni, vel restitutioni locus non est, nec id, quod ea non recipit, venire potest in petitionem hereditatis. Sed si petitor iis servitutibus uti prohibeatur, nihil propterea damni faciet, quoniam ei pronum est, & proptum suo jure actione confessoria agere, & vindicare servitutem sine cessione alterius, propterea quod restitutus prædiis hereditariis servitutes ea tacite consequuntur, quasi perpetuo prædiis adhærentes, ea comitantur, quasi prædiis adhærentes, sive συννησόμενα & συννηστωμένα, quia simul consequuntur prædia: coherent prædiis, quæ simul cum prædiis restituntur: si heres proprio jure habet actiones, quibus vindicet servitutes prædiorum hereditariarum: cedendæ igitur ei non sunt, imo nec ei cedi possunt à possessore prædiorum, vel adversus alium, vel adversus seipsum: οὐδὲν ἐγγυητὴν ἀγῶγῳ ἢ δυνάτῃ κατ' ἐαυτὸν. Nemo potest cedere alii actionem in se, quia & in se nemo habet actionem. Igitur, quia cum agitur de servitutibus nihil eo nomine potest restitui, vel cedi, vel solvi, ideo hæ non veniunt in petitionem hereditatis: sed à vero herede petuntur propria, & speciali actione, id est, confessoria actione.

Ad Leg. XXII. de Petit. hered. Si & rem, & pretium habeat bonæ fidei possessor, puta quod eandem redemerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In prædione

R. 2. disci-

dicimus, electionem esse debere actoris: an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium: an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, & id quod amplius habet ex pretio, restituere debeat, videndum: Nam & in oratione Divi Hadriani ita est: *Dispiciite patres conscripti, numquid sit æquius, possessorem non facere lucrum, & pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere: quia potest existimari in locum hereditariæ rei venditæ, pretium ejus successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum. Oportet igitur possessorem, & rem restituere petitori, & quod ex venditione ejus rei lucratus est.*

Certum est ex Senatusconsulto, quod factum est de petit. hereditatis, bonæ fidei possessorem, qui cum se existimaret heredem, rem hereditariam distraxit, vero heredi teneri petit. hereditatis, ut quam ex ejus rei pretio pecuniam rededit, ei restituat: sed quid si postea idem eam ipsam rem redemerit longe minori pretio, atque ita nunc habeat & rem, & pretium: si, inquam, redemerit eam minore pretio, fac distrahisse 100. & redemisse 50. quod vilior ea res apud emptorem esset. Quæritur, an liberetur possessor rem restituendo heredi agenti petitione hereditatis, nec cogatur ei restituere pretium, quod pridem tulit ex venditione ejus rei? Hæc est quæstio, quæ à Paulo proponitur in hac lege. Non quæritur, an debeat restituere, & rem, & pretium. Hoc enim esset iniquissimum. Sed quæritur, an possessor se liberare possit restituendo rem, licet viliores, & deteriorem factam. Et hoc quæritur, ut posui, de bonæ fidei possessore, non de prædone: nam in prædone certum est electionem actori dari, ut vel pretium ab eo petat, vel rem. In prædone, inquit, dicimus electionem esse debere actoris, ubi videtur legendum, *dicimus*, ut in l. 19. §. ult. Idem ait, *ego didici*. At hic, id est, in hac specie de bonæ fidei possessore quæritur, an possessori potius, quam petitori danda sit electio, ita ut si rem hereditariam, quam redemit, paratus sit restituere, licet deteriorem factam, liberetur, nec audiatur actor, si desideret sibi restitui pretium, quod possessor ante rededit ex venditione ejus rei, puta 100. ut posui: quia inverecundum sit tale desiderium, inverecundum scilicet, petitorum totum pretium desiderare à bonæ fidei possessore, qui non ex toto, sed ex parte tantum ejus dimidia, id est, ex 50. locupletior factus est. An vero bonæ fidei possessor restituere ei debet, quod ex ea re hereditaria locupletior factus est, puta rem hereditariam, quam redemit dimidio vilioris, dimidio viliores factam, & præterea id quod amplius habet ex pretio, puta 50. quæ residua apud eum sunt? Et hoc Paulus ait esse æquius: & comprobatur ex verbis orationis Divi Adriani recitatæ in senatu, quam & Senatusconsultum sequutum est, quod proponitur l. 20. §. 6. *sup. hoc tit.* Quod & auctore Divo Adriano factum dicitur in l. 1. c. eod. & Senatusconsultum Adrianum appellatur à Græcis in l. quod si possessor, hoc tit. Pars orationis hæc est, quam proponit hoc loco Paulus: *Dispiciite patres conscripti, numquid sit æquius possessorem non facere lucrum, &c.* Ex quibus verbis intelligimus bonæ fidei possessorem non posse facere lucrum ex venditione rei hereditariæ, sed id, quod fecit reddere omne petitori debere. Præter rem igitur, quam redemit, & id debet restituere actori, quod ex pretio lucratus est, nempe 50. non 100. quia non integra 100. lucratus est, sed partem eorum expendit in redemptionem ejus rei, quam petitori restituit, partem lucratus est. Et potest existimari (inquit eadem oratio) in locum rei hereditariæ venditæ pretium ejus successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum, quatenus scilicet possessor ex eo factus est locupletior: potest existimari, inquit, in hac actione, scilicet quæ est de universitate. Idque constitutione Divi Antonini definitum est, l. si ipsa res, quod met. caus. & confirmatur l. qui præter, de usufr. & l. pater, de ann. leg. In hac, inquam, actione, quæ est de universitate, quæ est de petitione hereditatis, potest existimari pretium succedere in locum rei hereditariæ venditæ, & quodammodo hereditarium fieri. Nec tamen idem potest existimari in actione in rem speciali:

A Neque enim tenetur in rem actione, qui bona fide ex venditione rei alienæ redactum pretium penes se habet, sed tenetur negotiorum gestorum tantum, l. ult. *sup. de neg. gest.* l. 3. c. de rei vindic. Speciale rei nomen non continet etiam pretium, quod ex ea redigitur. Universitatis autem nomen, puta hereditatis etiam pretia rerum facile complectitur. Summa hujus l. 22. hæc est: bonæ fidei possessorem, qui rem hereditariam vendidit, ac deinde viliores factam viliores pretio redemit, debere rem restituere petitori hereditatis, & hoc amplius, quod apud eum residet ex pretio, quia scilicet eatenus locupletior est.

Ad L. XXIV. eod. At ubi vi dejectus fuit, non debet restituere pœnam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. Sic nec pœna restitui debet, quam adversarius ei promissit, si ad iudicium non venerit.

Si bonæ fidei possessor vi dejectus fuerit de possessione fundi hereditarii, & priusquam ageret interdicto unde vi adversus eum, qui deiecit, petita ab eo hereditas fuerit quasi à juris possessore, id est, qui habet interdictum unde vi, hoc interdictum petitori cedere debet. Hoc est certissimum, l. 16. §. Julianus, & l. 40. §. pen. hoc tit. Sed si priusquam ab eo peteretur hereditas, egerit interdicto unde vi, & possessionem fundi hereditarii recipere, & hoc amplius pœnam ex eo commissam, id est, quanti ea res est (Nam & in hoc interdictum venit quidquid damni actor sensit ob id, quod vi dejectus est, sive id omne, quod habiturus erat, si non fuisset vi dejectus, etsi nihil inde prædo lucri fecerit, l. 1. §. qui vi dejectus, & §. non solum, inf. de vi, & vi arm. l. 4. c. unde vi) si, inquam, interdicto fundi possessionem recipere, & pœnam, postea conventus petitione hereditatis possessionem quidem, quam recipere debet, non etiam pœnam: quia ut Paulus ait in hac l. 24. petitor eam pœnam suo nomine habere non potest, quia ipse vi dejectus non est, neque ex ea re quidquam sensit damni: ideoque nec si possessor ei cesserit interdictum unde vi, eam pœnam habere, aut petere, sed possessionem duntaxat recipere potest. Et recte in §. sed ex constitutionibus, Instit. de interd. hodie ex constit. vim passo prætari duplum, id est, præter restitutionem rei, quæ vi erepta est, quæ vi in vasa est, etiam æstimationem ejus rei vim passo esse præstandam, tametsi rei dominus non fuerit. Vim passo, inquit. Non ergo petitori hereditatis, qui nullam vim passus est. Simili autem modo, ut & hoc loco Paulus declarat, si bonæ fidei possessor egerit cum debitore hereditario, & præter pecuniam debitam ab eo exegerit pœnam, sub qua debitor promiserat ad diem certam iudicio sisti, quod ea die non adfuerit ad iudicium, quæ pœna desertionis dicitur, l. si domino, §. 1. si quis caution. pœna deserti vadimonii, pecunia quidem exacta à debitore hereditario venit in petitionem hereditatis, l. 25. §. petitio, hoc tit. sed non & desertionis pœna, quia nec eam petitor habere potest, neque enim ei facta est promissio iudicio sistendi causa, sed possessori, atque ideo deserta promissione, non ipse, sed possessor læsus, aut contemptus est. Et ita explicanda est lex 24. Sed videamus, cur bonæ fidei possessor non tantum reddat petitori pretium rei hereditariæ venditæ, ex quo factus est locupletior, sed etiam pœnam, quam exegit ab emptore ob tardius solutum pretium, ex stipulatione eo nomine interposita? Quoniam scilicet vendita re hereditaria certo pretio ab emptore, stipulatus est hoc modo, si pretium Cal. proximis non solveris, pœna nomine tot dari, non tantum debet restituere pretium, sed etiam pœnam tardius soluti pretii, l. prox. §. ult. *sup. nimirum*, quia ut ait Ulpianus in illo §. in totum, id est, in id omne possessor locupletior factus est, per causam rei hereditariæ venditæ, & illa pœna appendix est pretii, quod habere petitor potest, & debet. Eademque ratio est pœnæ commissæ, ut ostenditur in princ. leg. seq. Puta si bonæ fidei possessor rem hereditariam sub lege commissoria vendiderit, hoc est, ita ut pretio tardius soluto ad diem conditam inempta res fieret. Hæc est lex commissoria, quæ adjicitur emptioni venditioni. Et hac lege commissæ possessor non tan-

tantum rem petitori restituere debet, quæ inempta facta est, & ad eum rediit, sed etiam id, quod aræ, vel portionis modicæ cuiusdam pretii, vel alio nomine ei datum, sive prorogatum est, quia & id lucratur lege venditionis commissâ, *l. de lege, inf. de lege commissoria*. Id, inquam, omne restituit petenti hereditatem, quia ex eo omni factus est locupletior, & habere id petitor potest. Et hoc est quod est in *l. seq.* lucrum quod sentit lege commissoria præstari oportere.

Ad L. XXVI. eodem. *Quod si oves natæ sunt, deinde ex his aliæ: hæ quoque quasi augmentum restitui debent.*

His addamus, quod ex eod. lib. Pauli est relatum in *l. 26. hoc tit.* in hereditatis petitionem etiam venire gregum hereditariorum, aut pecorum partus. Imo & B partuum partus, fœtum fœtus, quia formula actionis hujus hæc est: *si paret hereditatem meam esse*, & hereditatis nomen, quasi universitatis, & juris nomen, & augmentum, & diminutionem recipit, *l. 20. §. item non solum, hoc tit.* Idcirco hæc augmenta in petitionem hereditatis veniunt. Et hoc etiam distat petitio hereditatis à speciali in rem actione: nam fructus, & partus, aut fœtus in petit. hered. veniunt ipsius iudicii natura, & potestate, quocunque tempore percepti fuerint, ante vel post litem contestatam, non etiam in iudicio in rem speciali, *si paret rem illam meam esse*: quia rei appellatione corpus tantum significatur certum, non jus, non causa omnis. Et ideo in actionem in rem specialem fructus, aut partus non veniunt, nisi qui percepti sunt post litem contestatam: & hi quoque veniunt officio iudicis, non iudicii potestate, quia C petiti non sunt nominatim, *l. 2. C. de pet. hered.* Percepti autem ante litem contestatam nullo modo veniunt in actionem in rem specialem, sed separatim vindicandi sunt, si exissent, vel condicendi, si consumpti sint.

Ad L. XXVIII. eod. *Post SC. enim omne lucrum auferendum esse, tam bonæ fidei possessori, quam prædoni dicendum est.*

Adiamus, quod proponitur in *l. 28. ex SC.* sive oratione D. Adriani, omne lucrum auferendum esse possessori alienæ hereditatis, sive bonæ fidei, sive malæ fidei possessor fuerit, etiam inhonestum lucrum, ut *l. 52. inf. ut si quid redegerit ex locatione cellarum, aut lupanaris, l. prox. sup. ne, inquit, d. lex 52. honesta interpretatio non honesto quæstui adhibita, lucrum possessori faciat*, quasi scilicet non sit æquum inhonestum lucrum petitori restitui, aut non sit honestum id à petitore desiderari: ne, inquam, hæc speciosa, vel specie tenus honesta interpretatio lucrum possessori faciat, sive adferat: ne possessor turpe lucrum retineat, quod fecit, quod potius ei auferendum est, qui turpiter locavit proltibula, & dandum innocenti, puta petitori. Verba orationis, ad quæ respicit Paulus in hac *l. 28.* hæc sunt: *Æquius esse possessorem lucrum non facere, l. 22. quæ latissime accipiuntur de quocunque luero, etiam inhonesto.* Neque huic sententiæ obstat *lex 5. de usur.* quæ ait, in bonæ fidei iudiciis, quale est petitio hereditatis, generaliter observari, ut non recipiant præstationem, quæ contra bonos mores desideretur, id est, præstationem inhonestam, quia etiam in petitione hereditatis non veniunt fructus, aut quæstus, quos malæ fidei possessor inhoneste percipere potuit, nec percepit, sed ii tantum, quos honeste percipere potuit, nec percepit, *l. fructus, inf. de rei vind.* Bonæ fidei iudicium, non recipit præstationem accessionum, quæ inhoneste percipi potuerunt, nec perceptæ sunt. At fructus, vel partus etiam inhoneste percepti veniunt in petitionem hereditatis, quia æquius est eos innocentem, quam nocentem habere.

Ad L. XXX. eod. *Julianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an & usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundum hoc non observabimus quod senatus voluit: bonæ fidei possessorem tenari, quatenus*

locupletior sit: quid enim, si pecuniam eligat actor, quæ servari non potest? Dicendum itaque est in bonæ fidei possessore hæc tantummodo eum præstare debere, id est, vel sortem, & usuras ejus, si eas perceperit, vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris.

Possessor hereditatis, quæ ad alium pertinebat, pecuniam hereditariam alii credidit, eamque certa die sibi solvi, & quo tardius sibi solveretur, ejus sibi usuras dari stipulatus est. Quæritur, an electionem habeat verus heres, instituta adversus eum petitione hereditatis, utrum sortem duntaxat, id est, pecuniam creditam accipere velit, si eam possessor perceperit: aut si non perceperit, utrum sibi cedi velit sortis tantum repetitionem periculo possessoris, quia eam credidit, id est, ea lege, ut si nihil à debitore propter inopiam ejus consequi possit, integra ei sit adversus possessorem petitio sortis, an vero & sortis & usurarum sibi actiones cedi velit suo periculo, id est, possessoris? Et ut refert Paulus, Julianus quidem scribit electionem esse debere actoris: quæ tamen Juliani scriptura, si generaliter accipiatur, falsa est: si specialiter, vera. Pleraque generaliter, & indistincte scripta, falsa sunt, quæ distincte, & specialiter scripta, sunt vera, argumento *legis moris, §. sunt autem, de poen.* In prædone quidem si cum eo agatur, justum est electionem illam actori dari, *l. 22. sup. cum qua hæc conjungenda videtur, & in specie legis 20. §. petitam, sup. hoc tit.* In prædone, inquam, æquum est electionem illam actori dari, qui cum prædone agit petitione hereditatis, non si agat cum bonæ fidei possessore, qui utique debet esse melioris conditionis, quam prædo, sive malæ fidei possessor, & certe ex SC. Adriano bonæ fidei possessor eo usque duntaxat tenetur, quo locupletior est factus: & ideo debere (hæc sunt verba Senatusconsulti) hæc tantummodo præstare. Eo igitur, cui bonæ fidei possessor pecuniam hereditariam credidit, redacto ad inopiam, ipse actori ejus pecuniæ nomine non tenetur, quia ex ea non est factus locupletior. Denique sortem tantum, & usuras præstare actori debet, quas ab eo debitore accepit, vel si minus, aut nihil percepit, actori satis est, si ei cedat actiones, sive nomina periculo ejus, periculo actoris in id, quod adhuc ex sorte, & usuris debetur: ut plerumque nomina cedi solent periculo, & sumptibus cessionarii, *l. 14. in fi. de ser. corr. l. 17. in fi. hoc tit.* Ipse bonæ fidei possessor periculum nominum, quæ fecit bona fide, agnoscere non debet. Cæterum, ut dixi, cedere debet petitori nomina, sive actiones, quia verus heres, idemque petitor adversus debitorem, qui non hereditarius, sed possessoris debitor est, nullam actionem habet, ne utilem quidem. Idcirco cedenda ei, sive mandanda est, aliter quam si quis actionem, sive nomen emerit, aut pignori acceperit, cui adversus debitorem constat competere utilem actionem, sine cessione, *l. 20. de pign. l. postquam, C. de hered. vend. l. 2. C. de obligat. & act.* Nomina vocat hoc loco cautiones fœneratitias, usurarias cautiones, ut *l. ult. in princ. C. de pact. convent. sup. dot.* D. Hieronymus in Esajam cap. quinquagesimo octavo; *Nomina*, inquit, *quæ vulgo appellant cautiones.* Qui hæc nomina alii cedit, certe & actiones cedit.

Ad L. XXXII. eod. *per servum adquisitæ res heredi restitueda sunt: quod procedit in hereditate liberti, & cum de inof. ficio agitur, cum interim in bonis esset heredis.*

Petitione hereditatis tenetur, qui pro herede jus, aut rem hereditariam possidet, tametsi heres non sit: sed putet se esse, vel etiam sciens se heredem non esse, contendat tamen, se heredem esse, & petitori faciat controversiam hereditatis, *l. 11. & 12. b. tit.* Imo vero, & nonnumquam, qui cum revera esset heres, puta iusto testamento scriptus pro herede possidet, hac actione tenetur, videlicet, si rescisso testamento, quod ab initio iustum fuit, ab intestato hereditas vindicetur, quod evenit duobus casibus, qui in hac lege proponuntur. Unus hic est, si patronus fuerit præteritus testamento liberti, & in eo ex-

tra-

traneus heres scriptus, qui nunc possidet hereditatem, & patronus ex causa præteritionis petierit bonorum possess. cont. tabul. liberti, & per eam resciderit testamentum liberti. Nam bon. possessio cont. tabul. testamentum rescindit, l. 1. de leg. præst. l. ut liberis, C. de collat. Hoc casu heres scriptus, idemque possessor hereditatis justus, patrono, qui rescidit testamentum, tenetur veluti ab intestato possessoria hereditatis petitione, ut ei restituat hereditatem; quamvis ab initio eam nactus fuerit optimo jure ex justo testamento, eodemque jure eam possederit. Alter casus hic est, si filius exheredatus testamento patris, quod nihilominus testamentum omnino justum est, adversus extraneum heredem scriptum, eundemque possessorem, agat querela inofficiosi testamenti, sive petitione hereditatis de inofficioso testamento (sic appellatur in l. si quis filiumfam. C. de inoffic. test.) & obtineat, atque ita rescindat testamentum patris in totum, quia testamento rescisso heredem scriptum, eundemque possessorem excludit, & veluti ab intestato patri succedit, quia per querelam patrem intestatum facit. Et his duobus casibus, quibus petitione hereditatis recte agitur adversus heredem, adversus extraneum, justo testamento heredem scriptum, si vincatur heres scriptus, debet restituere petitori, non tantum res hereditarias, sed & res sibi non ex re sua acquisitas per servum hereditarium, quum, inquit, interim in bonis esset heredis. Cum, pro quia, id est, quia is servus interim nondum testamento rescisso in bonis fuit heredis scripti, ejusdemque possessoris, & ideo quidquid interim adquisivit, id ei adquisit. Heredis igitur, id est, heredis scripti, ejusdemque possessoris, ut in l. seq. & paulo supra: similiter heredi, id est, heredi scripto, eidemque possessori. Dixi quidem cum heredem scriptum debere restituere quod interim non ex re sua quæsit per servum hereditarium. Dixi non ex re sua, ut l. præterea, inf. de rei vindic. quia quod ex re heredis scripti servus hereditarius interim ei adquisivit, sane in restitutionem, sive in petitionem hereditatis non venit, l. seq. in princ. hoc tit. Si modo bonæ fidei possessor fuerit, l. qui bona, de acquir. rer. dom. l. 19. de donat. inter vir. & uxor. Quid autem sit ex re, declarat Theophilus in §. de iis, per quas person. nobis adq. & l. ex re fructuarii, de usufr. Quod ergo heres scriptus quæsit per servum hereditarium ex re sua, id non restituere petitori. At quæritur, an etiam ea, quæ adquisivit ex operis servi, non veniant in restitutionem? Et sane hæc videntur esse restituenda actori, quia lex sequens excipit tantum ea, quæ ex re possessoris heredis scripti servus adquisivit, non etiam ea, quæ adquisivit ex suis operis. Et Accurtius in ea sententia est, ut quod adquisivit ex operis restitui debeat petitori hereditatis. In eadem sententia est Græcus interpres subtili ratione motus, quia heres scriptus hereditatis proprie, non servi hereditarii possessor fuerit, adeo ut nec eum usucapere potuerit: nemo enim aliud possidendo aliud usucapere potest, vel potius non potest id usucapere, quia interim in bonis ejus est, ut hoc loco Paulus ait.

Ad L. XXXIV. eod. Filiifamilias militis puto peti posse hereditatem ex testamento nobis obvenerit.

Ad §. Si servus, vel filiusfamilias res hereditarias teneat: à patre, dominove peti hereditas potest, si facultatem restituendarum rerum habet. Certe si pretium rerum hereditariarum venditarum in peculio servi habeat, & Julianus existimat posse à domino, quasi à juris possessore, hereditatem peti.

Quod est initio hujus legis, est apertissimum, hereditatem peti posse ex testamento filiifamilias militis, quo testatus est de castrensi peculio, ab herede scripto; scilicet instituta hac actione adversus patrem, vel alium quemcumque, qui castrensia bona possidet pro herede, vel pro possessore: nam ex privilegio militiæ, quod dedere constitutiones principum, castrense peculium hereditas intelligitur esse filiifamilias. si de eo testamentum fecit, quod & scripti heredis aditione confirmatum est, l. 2. in fi. hoc tit. l. 2. §. item si filiusfamil. famil. ercisc. l. 18. de stip. serv. l. si filius

fam. ad leg. Aquil. Post hæc additur in h. l. si filiusfamilias, aut servus res hereditarias teneat pro herede, vel pro possessore, dominum, vel patrem, si earum restituendarum facultatem, & copiam habeat, suo nomine recte conveniri petitione hereditatis, non de peculio, ut in l. 36. inf. Quia eas res ipse dominus, vel pater tenere, vel possidere intelligitur. Idemque est, si pretium rerum hereditariarum venditarum servus habeat in peculio, quia scilicet quidquid servus habet in peculio, id dominus intelligitur habere in suo patrimonio. Denique possidere intelligitur pretium, quod servus habet in peculio. Et tenetur ergo petitione hereditatis quasi rei possessor, sive pecuniæ hereditariæ, non quasi possessor juris. Quod tamen hoc loco perperam adscriptum est his verbis, quasi à juris possessore, quæ verba irreplisse videntur ex l. seq. quæ recte quidem ait, si nondum pretia rerum hereditariarum servus consequutus sit, à domino peti hereditatem posse, quasi à juris possessore, quia habet actionem ex vendito sibi per servum adquisitam, etiam invito, & ignoranti, l. servus vetante, de verb. oblig. l. quemadmodum, de jure dot. quam actionem ubique victus cedere petitori debet. At in proposita specie legis trigessimæ quartæ, quum pretium redactum ex venditione rerum hereditariarum servus in peculio habet, hereditas petitur à domino, quasi à rei, sive pecuniæ possessore, non quasi à juris possessore, quia rem, non jus possidere intelligitur. Et hoc tantum notandum est ad hanc legem.

Ad L. XXXVI. eod. Si à domino, vel à patre, qui pretia possidet, hereditas petatur, an filio, vel servo mortuo, vel servo manumisso, vel emancipato filio intra annum agi debeat? & an debitum sibi dominus, vel pater deducere potest? Julian. verius esse ait, id quod Proculus quoque respondit, perpetuo actionem dandam: nec deduci oportere id, quod ipsi debetur: quia non de peculio agatur, sed hereditas petatur: hæc recte, si pretia habeat servus, vel filiusfamilias. Quod si propterea hereditas petatur à domino, quod servus debitor fiat, perinde haberi debet, atque si de peculio ageretur. Idem dicendum Mauricianus ait, etiam si pecuniam ex pretio præceptam servus, vel filius consumpserit, sed alias ex peculio ejus solvi potest.

Ad §. Sed & à filiofamil. peti hereditatem posse non est dubium: quia restituendi facultatem habet, sicut ad exhibendum: multo magis dicimus posse peti hereditatem à filiofamil. qui cum paterfamilias esset, & possideret hereditatem, adrogandum se præstavit.

Ad §. Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere utrum velit sibi eum condemnari: ut caveat se non acturum leg. Aquil. an malit, integram sibi esse actionem legis Aquiliæ, omissa ejus rei æstimatione à iudice. Quæ electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem.

Ad §. Si prædo dolo defisset possidere: res autem eo modo interierit, quo esset interitura, & si eadem causa possessionis mansisset: quantum ad verba Senatufconsulti, melior est causa prædonis, quam bonæ fidei possessoris: quia prædo, si dolo defierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adjectum esset, si res interierit. Sed non est dubium, quin non debeat melioris esse conditionis, quam bonæ fidei possessor. Itaque & si plures venierit res, electio debet esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucraretur aliquid prædo.

Ad §. Quo tempore locupletior esse debeat bonæ fidei possessor, dubitatur. Sed magis est, rei judicatae tempus spectandum esse.

Ad §. Fructus intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia sunt. Quod non solum in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio exposulat, verum etiam in prædonibus, sicut Sabino quoque placuit.

Æterum ad eandem quæstionem pertinet magna pars l. 36. quæ est ex eodem libro. Ut initium intelligamus,

mus, sciendum est, actionem de peculio, qua dominus tenetur ex negotiis à servo cum aliis gestis, vel qua pater tenetur mortuo servo, vel filio, aut manumisso servo, vel emancipato filio: non perpetuam, sed annuam actionem esse de peculio post mortem filii, aut servi, vel post manumissionem, aut emancipationem, in patrem, vel dominum esse annuam ex edicto, quando de peculio actio ann. fit. Et in ea actione de peculio quidem, quod est notissimum, ante omnia patrem, vel dominum deducere, quod sibi filius, vel servus naturaliter debuit, idque sibi solvere prius, ex residuo pro modo debiti satisfacere actori: longe alio jure est petitio hereditatis: nam petitio hereditatis est actio perpetua, l. 7. C. eod. l. 8. C. de jure delib. l. 4. C. in quibus caus. long. temp. Nec in petitione hereditatis quidquam detrahitur, deducitur, vel excipitur ab eo, cum quo agitur. Unde quaeritur initio legis 36. an mortuo, aut manumisso B servo, vel mortuo, aut emancipato filiofamilias, si dominus, vel pater possideat pretia rerum hereditariarum, quæ servus, vel filius in peculio habuit, an intra annum duntaxat agi cum eo debeat: & an deducere possit, quod sibi servus, aut filius debuit? Et ex Juliano Paulus scribit, recte cum patre, vel domino eo nomine perpetuo agi posse nulla facta deductione: quia petitione hereditatis convenitur, non actione de peculio. Et ab hac sententia excipitur tantum unus casus, si ipsa actio de peculio deducatur in petitionem hereditatis, quia in eam deducitur cum sua causa, suave natura, ut & alia quælibet actio si qua veniet in petitionem hereditatis, ut l. 14. in princ. de serv. corrupt. l. 20. §. cum prædiximus, sup. hoc tit. Hoc igitur casu, quum actio de peculio deducitur in petitionem hereditatis, petitio hereditatis assumit naturam actionis de peculio, petitio C hereditatis finitur anno post mortem, aut manumissionem servi, & in ea deducitur, quod patri, vel domino debetur: exempli gratia, si cum patre, vel domino agatur petitione hereditatis, quasi cum juris possessore, id est, quasi cum debitore hereditario, de peculio duntaxat, propterea quod servus ejus, vel filius debitor fuit hereditarius ex contractu, vel ex negotio gesto, forte ob consumptam pecuniam, quam redegerat ex pretio rei hereditariæ, quem postremum casum adiecit Mauritanus ad Julianum. Tres sunt loci in jure, in quibus citantur Mauritanii Notæ ad Julianum. Unus hic est. Alter in l. 7. de pass. Tertius in l. ad huc, D. de usufr.

AD §. Sed & à filiofam. His additur, & hic est finis, in §. 1. h. l. 36. non tantum à patre peti hereditatem posse, si filius rem hereditariam teneat, sed etiam à filio, si restituendæ ejus filius facultatem habeat: à servo non potest, quia cum servo nullum est iudicium, sed à domino tantum. Filio autem possidente, vel à patre, vel à filio, si filius restituendæ ejus facultatem habeat. Nam ut actione in rem speciali, l. officium, in fin. de rei vindic. ita petitione hereditatis omnes tenentur, qui tenent rem hereditariam, & restituendi facultatem habent. Et multo magis, ut ait, petitione hereditatis tenetur filiusfamil. qui cum esset paterfamil. ea teneri cœpit possessis rebus hereditariis, ut puta, si postea se adrogandum dedit, atque ita ex patrefamil. filiusfamil. factus sit, quia & si adrogatione capite minutus sit mutata familia, tamen ex edicto de capite minutis perinde tenentur ex antegesto, atque si capite minutus non fuisset, iidem scilicet actionibus, quibus tenebatur ante capitis deminutionem, id est, antequam ex patrefam. fieret filiusfamil.

AD §. Si possessor. Exposui initium l. 36. quæ aptanda erat legi 34. & quaestionem etiam §. sed & à filiofam. ejusdem leg. Nunc venio ad §. si possessor. Sicut ante docuit Paulus actionem de peculio venire, & deduci posse in petitionem hereditatis, puta si servus debitor hereditarius fuerit ex aliquo contractu, quia ex ea causa dominus heredi jure prætorio tenetur actione de peculio, atque etiam petitione hereditatis quasi possessor juris: Ita nunc docet in hoc §. actionem legis Aquiliæ venire posse in petitionem hereditatis, ut puta si sit possessor malæ fidei: Nam hoc tantum poni potest in possessore malæ fidei, quia possessor bonæ fidei,

quem possidet hominem injuria non occidit, sed suo jure, quum existimat se suo jure uti. Sed si malæ fidei possessor servum hereditarium occiderit, quia injuria damnum dedit, actio legis Aquil. potest deduci in petitionem hereditatis, non quidem in duplum, etiam si possessor inficietur se occidisse, sed in simplum tantum, prout actio legis Aquil. origine sua est in simplum tantum, non prout ex accidenti crescit in duplum reo in litis contestatione inficiante se occidisse, l. 20. §. quum prædiximus, sup. hoc tit. Quod memini me latius exponere lib. superiori ad leg. 14. de serv. corr. Cæterum ut hic ostenditur, eligere petitor potest, si hoc malit, actionem legis Aquiliæ in simplum, & duplum ab inficiatore exigere omitta petitione hereditatis, ut l. non solum, & l. seq. de rei vind. Verum eligentem petitionem hereditatis consequi posse simplum duntaxat: nam cur non egit lege Aquilia in duplum? Ac præterea cavere debere, si eligat petitionem hereditatis, ut diximus, se non acturum lege Aquilia. De possessore loquitur Paulus, qui servum hereditarium occidit. Servus hereditarius dicitur ante aditam hereditatem, qui nondum habet dominum. Post aditam autem hereditatem non dicitur servus hereditarius, quia jam habet dominum, sed servus heredis. Et hic si occisus fuerit à possessore, actio quidem legis Aquiliæ heredi competit, sed non etiam petitio hereditatis, quia ille eo nomine debitor est hereditatis, non debitor hereditarius. Actio est heredis propria, non actio hereditaria: actio cœpit ab herede, non à defuncto, non ab hereditate jacente. Ideoque in petitionem hereditatis venire non potest, l. 16. §. non solum, l. 19. §. quod si pro empt. hoc tit. Et competit igitur heredi tantum actio legis Aquiliæ. Tenetur quidem possessor malæ fidei petitione hereditatis ad servum restituendum, vel ejus æstimationem, quem injuria occidit, ut & Joannes adnotavit hoc loco: non tamen tenetur etiam petitione hereditatis ad sarcendum damnum injuria datum post aditam hereditatem, in quantum potest conveniri, actione legis Aquiliæ, quia hoc casu non potest actio legis Aquiliæ deduci in petitionem hereditatis. Præterea dicit Paulus occiso servo hereditario, heredem, qui postea hereditatem adivit, eligentem petitionem hereditatis, cavere debere, se non acturum lege Aquilia, quia scil. in locum actionis ex lege Aquilia petitio hereditatis succedit, aliter quam si ex uno eodemque facto commodati sit actio, & legis Aquiliæ, ut si qui ruperit vestimenta sibi commodata, qui eo nomine si conveniatur actione commodati, actor cavere ei non debet, se non acturum lege Aquil. Imo & cum eo adhuc actione legis Aquil. experiri potest in id, quod amplius in ea est, l. qui servum, de obl. & aff. Quare? quia actio commodati non succedit in locum legis Aquiliæ: sive quia actio legis Aquil. non inest acti onni commodati: actio autem legis Aquil. inest petitioni hereditatis: quandoquidem ideo agitur petitione hereditatis cum eo, qui servum hereditarium occidit, quod ex causa legis Aquil. debitor sit hereditarius, sive juris hereditarii possessor.

AD §. Si prædo. Prædo, id est, malæ fidei possessor est, qui invalit bona, quæ sciebat ad se non pertinere. Finge, servum hereditarium dolo malo desit possidere, priusquam conveniretur petitione hereditatis, nempe eum alii vendidit, & cum esset tantum dignus 20. eum pluris vendidit, puta 30. Servus autem interit apud emptorem suo fato, sua morte, & eo modo, quo interisset apud prædonem, si eum non distraxisset, interit, ut Græci ajunt, κατ' φασιν ὡς φασάν, κατ' οὐκείαν μοίραν. Quaeritur an electio sit actoris, ut vel ab eo prædone petat verum pretium servi petitione hereditatis, id est, 20. an id, quod ab emptore accepit, quod triplo superat verum pretium, id est, 30. Et ex ver. is SCri. Adriani videtur non esse electio actoris, sed audientum esse prædonem, si velit præstare verum pretium: quia senatus voluit prædonem, qui dolo malo desit possidere, perinde damnari, quasi possideret indistincte, eo non distincto quid fieri oporteat, si servus interierit, vel alia res hereditaria, quam dolo malo desit possidere: atqui si ser-

vum

vum possideret; isque interiret apud eum sine dolo malo ejus, verum pretium duntaxat præstare teneretur, l. 20. §. ult. h. t. Ergo audiendus videtur etiam apud emptorem mortuo, si verum ejus pretium præstare velit, id autem, quod accepit ab emptore, quod est longe majus, præstare recuset. Contra vero, ut eleganter disputat Paulus in hoc §. sed egebat interpretatione, contra, inquam, facta comparatione bonæ fidei possessoris cum prædone, concludit electionem esse actoris, ut aut verum servi pretium petat, si eo contentus sit, aut id, quod prædo ex ejus venditione redegit: quia eadem electio ei datur adversus bonæ fidei possessorem, servo hereditario vendito, & mortuo sua morte apud emptorem, si ex pretio sit locupletior, quod ex venditione redegit, ut plane significatur his verbis SC. quæ sunt de bonæ fidei possessore, & si res ante petitam hereditatem deperissent. Non debet autem prædo esse melioris conditionis, quam bonæ fidei possessor, l. non solum, de nox. act. Si igitur hæc electio datur actori adversus bonæ fidei possessorem, & danda est multo magis adversus prædonem. Denique ex mente SCti. & ducto argumento ex comparatione, ex comparatione bonæ fidei possessoris cum prædone, re à prædone vendita majore pretio, & perempta apud emptorem, eadem electio actori danda est, ne prædo quidquam lucretur, id est, ne lucretur decem, quanto pluris rem hereditariam vendidit: si omnium lucrum bonæ fidei possessori auferendum est, quod propter hereditatem accepit, & multo magis prædoni, l. 28. h. t. Ex diverso igitur re vendita minore pretio, & perempta apud emptorem, actor verum pretium eligere, & in petitionem hereditatis deducere potest, quoque cum possessore agat. Et hæc est sententia §. si prædo.

Ad §. pen. In hoc §. quæritur, quia ex SCto. bonæ fidei possessor in id duntaxat tenetur, in quo locupletior factus est: Quæritur, inquam, quo tempore spectandum sit, quatenus locupletior factus sit, utrum tempore litis contestatæ, an tempore rei judicatæ? Et ait, rei judicatæ tempus spectandum esse: ergo plane negat, quod adserit glossa, nescio quo ore, litis contestatæ tempus spectandum esse. Magis est, inquit, rei judicatæ tempus spectandum esse. Non ergo litis contestatæ tempus. Verumtamen si quid dolo malo post litem contestatam deserit possidere, fateor perinde eum damnari, atque si id possideret rei judicatæ tempore, licet ex eo non factus sit locupletior, l. 25. §. si ante, h. t. Ratio autem ejus responsi pendet ex formula judiciorum bonæ fidei, quorum ex numero etiam est petitio hereditatis. Qua quidem formula intentio actoris, aut litis æstimatio omnis confertur in id, quod ex bona fide, sive ex bono, & æquo iudex arbitrabitur. Ergo confertur ad tempus rei judicatæ, ac proinde tempus rei judicatæ spectandum est. Contra in strictis judiciis formula refertur ad præsens tempus, quo sc. agitur, quo lis contestatur, non ad futurum rei judicatæ tempus. Ideo recte dicitur in l. 3. §. in hac, commod. in bonæ fidei judiciis quanti res sit, rei judicatæ tempus spectari, quod & confirmat l. rei judicatæ, sol. matrim. quæ est etiam de actione bonæ fidei, nempe rei uxoriæ: In strictis vero judiciis spectari tempus litis contestatæ.

Ad L. IV. de Excep. In pupillo, cui soluta est debita pecunia sine tutoris auctoritate, si quærat an doli exceptione summoveri debeat, illud tempus inspicitur, an pecuniam, vel ex ea aliquid habeat, quo petit.

At quod notandum maxime est, huic §. pen. videtur Paulus adjecisse, quod ex hoc ipso libro relatam est in l. 4. de except. ut intelligeremus aliam rationem esse pecuniæ à debitore pupillo solutæ sine tutoris auctoritate, quam si postea pupillus petat, quasi non liberato debitore, nec recte facta solutione sine tutoris auctoritate, ita demum repellitur exceptione doli mali, si ex ea pecunia locupletior sit eo ipso tempore, quo petit, id est, tempore litis contestatæ, licet tempore rei judicatæ eam perdiderit, dissipaverit, quia agendi causa ab initio defecit, propterea

quod ab initio litis ex ea pecunia locupletior fuit. Alioquin si non esset locupletior, petenti non obstaret exceptio doli mali, l. in pupillo, de solut. Eademque ratio est negotiorum pupilli gestorum sine tutoris auctoritate: Nam si cum eo agatur negotiorum gestorum, spectamus eo tempore, quo agitur, id est, quo lis contestatur, an ex ea re factus sit locupletior. Nam si eo tempore locupletior factus sit, condemnatur, ut reddat gestori impensas, & cætera, quæ venire possunt in contrariam actionem negotiorum gestorum: sin minus, absolvitur, l. litis, de negot. gest. Eadem quoque ratio est pecuniæ creditæ filiosam. contra SCtum. Macedonianum, cujus petitio nulla est, nisi tempore petitionis, sive litis contestatæ ex ea pecunia locupletior factus inveniatur, l. 34. de minorib. & d. l. in pupillo, in fin. Hoc enim casu pecunia peti ab eo potest, quia tempore litis contestatæ ex ea locupletior est, etiam si rei judicatæ tempore eam absumpserit male, quia satis est ab initio fuisse justam agendi causam. Nunc revertor ad §. ult. l. 36.

Ad §. ult. L. XXXVI. de Pet. her.

In §. ult. agitur de fructibus rerum hereditariarum, quos etiam constat venire in petitionem hereditatis. Si cum bonæ fidei possessore agatur, primum venire fructus omnes, qui percepti sunt ante motam controversiam, si ex eis locupletior factus fuerit, puta si extent, non si consumpti sint bona fide. Non venire autem fructus, quos ante motam controversiam bonæ fidei possessor percipere potuit, nec percepit, id est, non venire fructus percipiendos, sed tantum perceptos extantes. Post motam autem controversiam venire perceptos, & etiam si bonæ fidei possessor ex eis locupletior factus non fuerit, atque etiam eos, quos honeste percipere potuit post motam controversiam, nec percepit, quia post motam controversiam, omnes possessores pares sunt. Et post motam controversiam, qui ante bonæ fidei possessor erat, prædoni comparatur. Et si agatur cum prædone petitione hereditatis, omnes fructus rerum hereditariarum veniunt quocumque tempore percepti, etiam si ex eis locupletior factus non fuerit, etiam percepti ante motam controversiam, & ii quoque fructus, qui quoque tempore honeste percipi poterunt, quod ipsum fuit de fructibus Senatusconsulto etiam expressum, l. 25. §. quod autem, l. 40. §. prædo, in hoc tit. l. 1. C. eod. l. fisci 2. de jure fisci, l. heredem, & l. seq. de iis, quibus ut indig. l. 4. §. post litem, fin. regund. Et ita in habenda ratione fructuum, aut in facienda restitutione fructuum, differentia est inter prædonem, & bonæ fidei possessorem. Hoc tamen est commune, ut ostendit in hoc §. inter prædonem, & bonæ fidei possessorem, quod quos fructus restituere tenentur, ex eis prius debent deducere impensas factas eorum querendorum, colligendorum, aut conservandorum causa. Idque naturalis ratio postulat, ut fructus ii tantum esse intelligantur, qui super sunt deductis sumptibus fructuum redigendorum causa factis, ut l. 4. de oper. serv. l. fructus, sol. matrim. l. 1. C. de fruct. & l. exp. Impensas fructuum redigendorum deminuerunt fructus, l. quod in fructus, de usur. nullum casum intervenire posse, qui hoc genus deductionis impediatur, l. fundus, qui dotis, sam. ercisc. quod ibi v̄areβολικῶς dictum est, nullum casum, quia extat unus casus in l. ult. C. de fundis rei privatæ, lib. 1. 1. quo is, qui emit fundum rei privatæ principis, fundum restituit, & fructus omnes non deductis impensis. Et verum est etiam, quod hic notat Accursius, decimas fructuum deberi, non deductis impensis, non tantum ex cap. pastoralis, quod adducit; sed & ex cap. quod à nobis, extra de decimis. Quo argumento potest dici colonum partiarium, mestayer, domino præstare debere partem fructuum, de qua convenit, non deductis impensis, quæ est hoc loco Alberici sententia. Et hoc jure utimur. Sed repugnat lex si merces, §. vis major, loc. quæ ait, colonum partiarium, qui partibus, non nummis colit, quasi jure societatis lucrum, & damnum cum domino partiri. Et utique hac in re id potius sequendum est, quod agitur inter contrahentes, vel quod agi intelligitur. Nam quod agi intelligitur pro

pro cauto habetur; l. 3. de rebus cred. vel si non appareat quid actum sit, sequimur id, quod in ea regione, in qua contractum est, frequentatur, l. 34. de reg. jur. At regulariter fructus semper deduci intelliguntur deductis impensis fructuum gratia factis. Et retro, quod addi velim, etiam impensæ intelliguntur, quum de eis restituendis agitur, quas quis fecit in rem alienam. Impensæ, inquam, intelliguntur deductis fructibus perceptis. Deductis fructibus, quos ex re aliena, in quam impensas fecit, percipit, nisi scilicet aliud suadeat voluntas testatoris, ut in l. quibus, §. 1. de cond. & demonstrat. Restat tantum hæc inspectio, an in aliis impensis, quæ non fiunt fructuum causa, sit differentia inter prædonem, & bonæ fidei possessorem. In his, quæ fiunt fructuum causa, nulla est differentia, si bene fructus provenerint: nam fructus compensantur cum impensis, pro eorum modo, & quantitate. At si nulli fructus provenerint, parva quidem differentia est inter prædonem, & bonæ fidei possessorem, quia bonæ fidei possessor impensas factas fructuum causa, si nihil fructuum perceperit, petitori reputare potest, non etiam prædo, l. seq. In aliis impensis, quæ non fiunt fructuum causa magna est differentia inter prædonem, & bonæ fidei possessorem.

Ad L. XXXVIII. eod. Plane in cæteris necessariis, & utilibus impensis posse separari, ut bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent: prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum: non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere, & id ipsum officio judicis continebitur: Nam nec exceptio doli mali desideratur. Plane potest in eo differentia esse: ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extet, in quam fecit: sicut tutor, vel curator consequuntur: prædo autem non aliter, quam si res melior sit.

Diximus de impensis factis fructuum ferendorum, aut percipiendorum, aut condendorum gratia, eas naturalem rationem exigere: vel, ut ait Paul. satis nove, expostulare, ut deducere liceat tam malæ fidei, quam bonæ fidei possessoribus, qui eas fecerunt ex fructibus, quos cum possiderent hereditatem ad se non pertinentem, perceperunt, & conventi petitione hereditatis, actoribus veris heredibus restituere coguntur: in deductione earum impensarum ex fructibus, sive compensatione, pares esse omnes possessores, sive sint bonæ fidei, sive malæ fidei. At impensis factis fructuum causa, nec ullis fructibus perceptis ob calamitatem illatam terris vi divina, tum non esse pares. Bonæ enim fidei possessorem impensas imputare, quas fecit fructuum causa, ei, qui hereditatem vindicat, si nulli fructus pervenerint: Malæ fidei possessorem, sive prædonem non item: quia donasse eas impensas videtur, qui sciens se possidere fundum alienum, eas fecit in eum fundum. Sicut & is, qui cum non possideret fundum alienum sciens, ultro, forte lascivia quadam, segetem maturam desecuit suis sumptibus, neque eam asportavit secum, donasse videtur eos sumptus domino fundi, l. 27. §. si olivam, ad l. Aquil. Et his duobus casibus malæ fidei possessor, qui eos sumptus fecit, neque petitionem eorum habet, neque retentionem, quia fructus non tenet, per quorum retentionem eos sibi servare possit: dicamus modo de impensis factis non fructuum redigendorum causa, sed ipsarum rerum hereditariarum gratia. Ex his impensis aliæ sunt necessariae, aliæ utiles, aliæ voluptuariae, sive voluptuosæ, quæ quales sint definitionibus, aut exemplis declaratur in l. seq. & in l. 1. l. 5. §. ult. l. 6. & 7. & l. pro pen. de imp. in reb. dot. l. impensæ, de verb. sign. & ab Ulp. lib. sing. regul. tit. de dotib. Et in necessariis quidem, aut utilibus impensis videtur magna esse differentia inter prædonem, & bonæ fidei possessorem: nam bonæ fidei possessor eas petitori imputare potest, & deducere, antequam ei bona hereditaria restituant. Prædo eas sibi potius imputare debet, non petitori, quia ei culpæ verti potest, quod temere impensas fecerit in eas res, quas sciebat ad se non pertinere. Et ita est

Tom. II. Post.

A proditum in speciali in rem actione, §. certe illud, Instit. de rer. divis. Quod trahi potest ad petitionem hereditatis: namque hac in re nullum invenio esse discrimen inter actionem in rem specialem, & petitionem hereditatis. Verum hæc sententia, quæ differentiam constituit in hac re inter prædonem, & bonæ fidei possessorem, & speciem juris summi habet, quasi nimis dura temperanda est commodo addito, qui est in l. 38. Benignius scilicet, & humanius esse, non minus prædonem, quam bonæ fidei possessorem impensas necessarias, & utiles petitori imputare, quatenus petitor ex eis factus est locupletior, ut & l. 37. de rei vind. indicat illo loco: Nisi forte quis dicat malæ fidei possessori prodesse exceptionem doli ad servandas illas impensas. Malæ fidei possessori, inquit, de damno sollicito, quia non debet petitor ex aliena jactura lucrum facere. Hæc est naturalis, & benigna ratio, quæ efficit, ut prædo petitori reputare possit necessarias, vel utiles impensas, ne petitor ex ejus damno locupletetur. Hæc ratio minus iniquitatis habet, quam illa, quæ dicit (est enim hic conflictus duarum rationum) prædonem de se queri debere, qui temere sciens in rem alienam impendit. Hæc, inquam, posterior ratio minus iniquitatis habet, minus iniqua est, ac proinde amplectenda est juxta regulam l. 20. de reg. jur. Concludamus igitur, adhibita benigna interpretatione, has impensas quemlibet possessorem, sive bonæ fidei, sive malæ fidei, petitori imputare, & deducere posse. Quibus remediis duobus, vel per retentionem rerum hereditariarum, in quas impensæ factæ sunt, opposita exceptione doli mali, vel etiam omisa ea exceptione, quia in judiciis bonæ fidei, quale est iudicium petitionis hereditatis, tacite inest exceptio doli mali, l. sed & si ideo, sol. matrim. l. hujusmodi, §. qui servum, de leg. 1. Omisa, inquam, ea exceptione, quæ omitti potest facile, cum insit tacite iudicii bonæ fidei potestate, id vel bonæ fidei, vel malæ fidei possessorem obtinere potest officio judicis, ut l. ult. inf. Sane perperam DD. omnes, quos saltem legi, hoc loco exceptionem doli dant bonæ fidei, tantum, non prædoni. Prædoni dicunt consuli officio judicis, non per exceptionem doli. Nam aut verba Pauli non intelligunt, quod sæpe illis evenit, aut certe utrique possessori apertissime Paul. dat illa duo remedia, quibus servat sibi utiles, & necessarias impensas. Et plane hac in re labor vanus, & inutilis est. Neque vero huic benigniori interpretationi Pauli obstat l. 37. in fi. de rei vind. aut l. domum, C. eod. tit. Quæ leges prædoni denegant exceptionem doli, qua sibi utiles impensas servet, & hoc tantum ei permittunt, ut tollat quod impendit, si ea tollere possit sine dispendio heredis, & rei specie pristina integra manente: atque incorrupta. Nihil, inquam, obstat, quoniam hoc ita procedit, ut ostenditur in l. 27. §. pen. & ult. & l. 38. eod. tit. de rei vind. si heres, si dominus aliunde eas impensas solvere non possit. Hoc casu prædo non potest sibi servare impensas utiles per retentionem rei, in quam eas fecit opposita exceptione doli, vel officio judicis, ne sic eveniat, ut dominus, cujus rem retinet possessor, re sua careat ob id, quod eas impensas solvere non possit: sed satis habere debet prædo hoc casu, si tollat ea, quibus eam rem fructuosior fecit, quæ modo tolli possint sine detrimento ipsius rei, aut domini. At si dominus aliunde eas impensas prædoni reddere possit, tunc sane etiam prædoni sibi servare poterit per retentionem rei, sive exceptionem doli mali, aut per officium judicis. Bivium hoc ei patet, non minus, quam bonæ fidei possessori, ut in hac lege proponitur, ne petitor ex aliena jactura lucrum faciat, vel quia, ut apparet causa par est, ut erubescat petitor ex aliena jactura affectare lucrum. At sciendum est, in hoc tantum differentiam esse inter prædonem, & bonæ fidei possessoris, & quod ad rationem harum impensarum attinet, quæ utiles sunt, vel necessariae, quod bonæ fidei possessor impensas factas in rem hereditariam utiles, vel necessarias omnimodo reputat, sive compensat actori, licet postea ea res perierit, ut si fulserit insulam ruentem, eaque deusta sit: si servum ægrum curaverit, si que mortem obierit: si frumentum, aut vinum familiaria hereditaria paraverit, idque frumentum, aut vinum

S

in-

incendio, aut ruina perierit, l.4. de imp. in res dot. l.10. §.1. A
 & l.22. de neg. gest. quod servatur etiam in tutore, & cura-
 tore: Nam quod utiliter impendit tutor in rem pupilli,
 vel adolescentis, id conventus actione tutelæ directæ pu-
 pillæ reputat, etiam si ea res non extet, etiam si ea res pe-
 rierit, vel etiam id petit contraria actione tutelæ. Et in
 hanc rem hæc lex est valde singularis. Prædo autem non
 aliter eas impensas petitori reputat, quam si res, in quam
 factæ sunt, salva, & incolumis sit, non aliter quam domino
 locupletiore factæ. Non aliter, inquit, Paul. *quam si res me-
 lior sit facta*, id est, non aliter, quam si res extet melior facta.
 Duo requiruntur, ut extet, nec perierit, & ut melior
 facta sit, id est, ut impensa fuerit necessaria, vel utilis. Et
 hæc de impensis necessariis, vel utilibus. De voluptariis
 breviter agamus. In his procul dubio differentia est, ut
 ostenditur in l. seq. inter prædonem, & bonæ fidei possessi. B
 quia voluptarias quoque, atque adeo supervacuas impensas
 bonæ fidei possessor reputat petitori, prædo non etiam, sed da-
 tur tantum ei potestas tollendorum eorum, quæ intulit in
 prædium hereditarium voluptatis causa, quæ sine detrimen-
 to prædii tolli possunt, veluti tollit statuas marmoræ, aut
 picturas. In voluptariis impensis nullus est favor. Non
 omittam, quod Accursius quærit in hac lege, an possessore
 hoc agente, ut sibi servet impensas utiles, aut necessarias
 per retentionem rei hereditariæ, in quam eas impensas fe-
 cit, si dominus eam rem derelinquere paratus sit, ut po-
 test leg. & si forte, & §. Labeo, si serv. vind. an tum possit
 possessor sibi eas impensas servare per retentionem aliarum
 rerum hereditariarum, quas possidet? Respondet autem
 Acc. non posse. Quod confirmari potest argumento legis si
 absente, & l. cum fructuarius, de usus. quæ dicunt fructua- C
 rium, qui paratus est derelinquere usum, non cogi domum
 usumfructuariam reficere, aut proprietario restituere sum-
 ptus, quos fecit domus reficiendæ causa, & argumento l.7.
 de aq. & aq. pluv. quæ dicit bonæ fidei possessorem non
 teneri actione aquæ pluvie arcendæ ex 12. tab. de eo ope-
 re, quod factum habet, quo aqua pluvia vicino nocet, aut
 nocere possit, si locum derelinquere paratus sit. Et ita
 dominus, qui paratus est servum derelinquere pro noxæ,
 non tenetur eum defendere, aut pro eo sufferre æstimatio-
 nem damni. Et dicemus etiam probata tota Acc. glossa,
 etiam bonæ fidei possessorem, qui alienam hereditatem bona
 fide possidet, posse quidem ex alienis rebus retinere, de-
 ducere, compensare impensas, quas in unam rem heredi-
 tariam fecit, si ea res interierit, ut hæc l. ostendit, non
 etiam si ea res extet, quamvis heres ea re cedere, eamve D
 derelinquere paratus sit.

Ad L. XL. eod. Illud quoque, quod in oratione D. Hadriani
 est, ut post acceptum iudicium id actori præstetur, quod habi-
 turus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas:
 interdum durum est: quid enim, si post litem contestatam
 mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari de-
 bebunt secundum verba orationis: quia potuit petitor, restituta
 hereditate, distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus pe-
 titionibus Proculo placet. Cassius contra sentit. In prætonis
 persona Proculus recte existimat: in bonæ fidei possessoribus
 Cassius. Nec enim debet possessor, aut mortalitatem præstare,
 aut propter metum huius periculi temere indefensum jus
 suum relinquere.

Ad §. Prædo fructus suos non facit, sed augent hereditatem: E
 ideoque eorum quoque fructus præstabit. In bonæ fidei autem
 possessore hi tantum veniunt in restitutione, quasi augmenta
 hereditatis, per quos locupletior factus est.

Ad §. Actiones, si quas possessor nactus est, evicta hereditate
 restituere debet: veluti si interdictum unde vi, aut quod pre-
 cario concessit.

Ad §. Contra quoque si possessor caverit damni infecti, ca-
 vendum est possessori.

Ad §. Ad officium iudicis pertinebunt & noxales actiones:
 ut si paratus sit possessor noxæ dedere servum, qui damnum
 dederit in (re) hereditaria, vel furtum fecerit, absolvatur:
 sicut fit in interdicto Quod vi, aut clam.

Quæstio, quæ proponitur initio huius legis, est huius-
 modi. Instituta petitione hereditatis, si post litem
 contestatam mancipia hereditaria, quæ reus possidebat, vel
 jumenta, aut pecora, demortua sint sine dolo, & culpa pos-
 sessoris, an eorum periculum pertineat ad possessorem. Et
 Paul. ex verbis orationis D. Adriani, quæ huius materiæ
 arx est, refert, periculum eorum animalium ad possessorem
 pertinere, atque adeo possessorem eorum animalium nomi-
 ne, quæ post litem contestatam deperierunt, actori esse
 damnandum, quia oratio vult, id omne actori præstari,
 quod habiturus esset, si litem contestatæ tempore restituta
 ei fuisset hereditas. Unde si tum restituta hereditate, ea
 animalia non erant apud actorem interitura, ut puta, qui ea
 si statim accepisset, distracturus erat, & lucraturus pretium,
 fac fuisse venalitarium, sive mangonem, aut pecuarium ne-
 gotiatorem, l.20. in fin. sup. hoc tit. l.15. §. ult. de rei vind.
 Tunc eo nomine possessor damnandus est: nempe ut peti-
 tori verum pretium animalium demortuorum præstet: sed
 si eo quoque modo animalia erant actori peritura, etsi sta-
 tim ei restituta fuissent, tum sane possessor nihil eo nomi-
 ne præstare debet. Et hanc quoque distinctionem Procu-
 liani censent servandam esse in actione in rem speciali, vel
 in actione ad exhibendum, quæ præparatio est actionis in
 rem specialis. Et eorum sententia verior esse dicitur, eo-
 rumque distinctio, utrum æque res fuerit peritura apud
 actorem, ut tum periculum non pertineat ad possessorem:
 an non fuerit peritura, ut tum periculum pertineat ad pos-
 sessorum, l.15. §. ult. de rei vind. l. de eo, §. si post, ad exh. Aliud
 tamen iudicium fuit Sabinianis, sive Cassianis, quoniam
 hi verba orationis D. Adriani accipiebant de iis, quæ post
 litem contestatam reb. hereditariis accrevissent neque in-
 teriissent, veluti de acquisitionibus servorum, aut de par-
 tubus ancillarum, aut de foetibus gregum, quia & hæc in
 restitutionem venire certum est: non etiam verba orationis
 accipiebant de animalibus hereditariis, quæ post litem con-
 testatam suo fato interiissent, quorum nomine sine ulla di-
 stinctione possessorem damnari durum, & iniquum esse ar-
 bitrabantur. His vero duabus familiis, sive sectis Ictorum,
 ut eas, quantum potest in concordiam adducat medium se
 ponit Paulus, medium se interponit in h. l. & Proculiano-
 rum sententiam in prædione comprobat, Cassianorum au-
 tem in bonæ fidei possessore: Neque enim, ut ait, debet
 bonæ fidei possessor fatum, id est, naturalem interitum, sive
 mortalitatem præstare, aut propter metum fati, propter me-
 tum huius periculi, profecto non debet, inquit, temere jus
 suum indefensum relinquere. Quæ verba Pauli Accursius
 usurpavit in l.4. de except. sed non notavit hunc locum, un-
 de ea sumit, quo factum est, ut fæde eo loco Accursii ver-
 ba depravarentur. Sic enim vulgo glossa legitur etiam in
 manuscriptis, quod miror, Cum nec metu, inquit, facilitatis de-
 beat jus suum inconcussum relinquere, nullo sentis. De bonæ fi-
 dei possessore loquitur Acc. Corrige igitur, & emenda ex
 hac l. cum nec metu fatalitatis debeat jus suum indiscussum re-
 linquere, non inconcussum. Nam & hoc loco, id est, hac l. idem
 Acc. notat, prædonem de fatalitate teneri, & neminem debere
 jus suum indiscussum relinquere. Itaque ex hac sent. Pauli hoc
 distat in re prædo à bonæ fidei possessore, quod si res
 natura sua interciderit, interierit post litem contestatam,
 omnimodo bonæ fidei possessor absolvi debet, sive agatur
 petitione hereditatis, sive actione in rem speciali, & sive res
 fuerit apud actorem interitura, sive non: prædo autem non
 aliter absolvatur, quam si æque res interitura erat, etiam si
 statim restituta fuisset actori. Quod etiam quandoque ser-
 vatur in actione in personam, maxime si ea non agatur
 cum fure, aut cum raptore, aut cum eo, qui metum intulit.
 Qui tres indistincte ex his causis damnantur, sive res
 apud actorem interitura fuerit, sive non, l. si cum exceptio-
 ne, §. quatenus, quod met. cau. alius autem malæ fidei pos-
 sessor absolvitur, veluti depositarius, cum quo agitur de-
 positi, qui rem depositam domino restituere recusat, cura-
 ctur, ac proinde mala fide eam tenet. Absolvitur, in-
 quam, si res naturaliter interii post litem contestatam
 sua natura, eo modo, quo interitura erat apud actorem,
 etiam si statim ei restituta fuisset, l. si plures, §. ult. de-
 pos.

pos. In qua explicandum est, quod ait, *Naturalem interitum ad actorem, non ad rem pertinere, rem absolvi debere.* Est quidem ex Sabini, & Cassii sententia (†) quorum etiam uuctoritate utitur, qui distinctione illa non utebantur. Quod tamen subnectit statim, utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori, proculdubio hoc est ex disciplina Proculianorum, quæ obtinuit in malæ fidei possessore, contraria Cassii sent. coarctata ad bonæ fidei possess. tantum. Et has in re igitur post litem contestatam omnes possess. pares non sunt. Et quod ait *lex 25. §. si ante, sup. h. l.* post litem contestatam omnes possessores pares esse, & quasi prædones teneri etiam eos, qui ab initio bona fide possederunt, id ad hanc rem non pertinet, quæ est in manibus, id est, non pertinet ad fati, & necessitatis casum, qui apud possessorem contigit post litem contestatam, sed ad ea tantum, quæ post litem contestatam possessores ex ea re, qua de agitur perceperunt, aut percipere debuerunt, vel quæ dolo malo desierunt possidere, puta quæ dolo malo vendiderunt, etiam si ea apud emptores deperierint eo modo, quo apud actorem peritura non erant. Quid vero sit dicendum, si ante litem contestatam ea dolo malo desierint possidere, diximus *sup. in l. 36. §. si prædo.* Ita vero demum bonæ fidei possessores indistincte dicimus post litem contestatam factum præstare non debere, si non improbe litem contestati sint, litigarint, sed bona fide, existimantes se bonam causam habere: alioquin nullus possessor alio agente & petente rem suam esse, si post eam petitionem fati periculum eum respiceret, non petitorum, nullus, inquam, possessor aunderet cum petitore iuste contendere metu istius periculi. Et ut Paul. ait hoc loco, non est æquum propter metum hujus periculi temere jus suum indefensum relinquere: distinctio igitur tradita in *l. 15. §. ult. ex Proculianorum sententia, & probata in d. l. 40.* habet tantum locum in malæ fidei possessore, aut in bonæ fidei possessore, qui sc. ab initio fuit bonæ fidei, nunc vero conventus à domino sciens rem ad se non pertinere, de ea obstinato animo litigat, quod & in *d. l. 15. §. ult.* hæc verba demonstrant, *Moram passio restitui oportere*, quia possessor, qui bona fide ad iudicium provocat, idque suscipit, non videtur moram facere: ergo nec actor moram pati, *l. si quis solutioni, de usur. l. si quis inficiatus, de pos. l. 63. de reg. jur.* Et ita sincere hæc quaestio est explicanda.

AD §. *Prædo.* Sequitur in hoc §. alia differentia inter prædonem, & bonæ fidei possessorem. Prædo fructus perceptos ante litem contestatam suos non facit, & quasi augmenta hereditatis eos petitori restituere debet, & consumptos, etiam si ex eis locupletior factus non fuerit, quia & ipsi fructus petiti hoc iudicio, id est, petitione hereditatis intelliguntur, ideoque ut ait, & fructuum quoque fructus restituere debet, & partium partus, quia omnes auxisse hereditatem, & partes hereditatis esse intelliguntur, non etiam intelliguntur esse accessiones, aut accessionum accessiones, quæ etiam in nullo iudicio veniunt, *l. 51. §. ult. l. neque, de usur.* Nunquam accessionum accessiones desiderantur, usurarum usuræ, fructuum fructus, commodorum commoda: alioquin accessionum nullus esset finis, fructus autem prædo restituere debet, aut fructuum fructus non ut fructus, idem est, non ut accessiones, sed ut res hereditarias, vel quod idem est, ut augmenta hereditatis: bonæ autem fidei possess. fructus ante litem contestatam perceptos suos facit statim, sed non ideo minus eos restituere debet. *Il faut qu'il les rembourse.* Cæterum eos tantum fructus, aut fructuum fructus bonæ fidei possessor restituere debet, quamvis suos fecerit, ex quib. locupletior factus sit, ut extantes, non bona fide consumptos, *d. l. 51. inf. l. 1. C. eod.* Quod & notavi jam *sup. breviter ad l. 36. §. ult.* De fructibus loquitur Paul. in *h. §. prædo,* & sequente, qui hereditatem auxerunt nominatim. Ergo de fructibus perceptis ante litem contestatam: nam percepti post litem contestatam, hereditatem non augent, nec iudicii potestate, sive actionis jure, sed officio tantum iudicis restitutioni rerum hereditariarum accedunt, veniunt

Tom. II. Post.

plane, ut accessiones post litem contestatam, non ut pars hereditatis. Ac præterea in fructibus perceptis post litem contestatam omnes possessores pares sunt: nec quicquam distat bonæ fidei possessor à prædone, *d. l. 25. §. si ante.*

AD §. *pen.* Sequitur §. *pen.* in quo Paulus ostendit, hoc iudicio evicta hereditate, etiam actori possessorem debere cedere actiones, quas propter hereditatem adquisivit, veluti interdictum unde vi, quo nondum expertus est, si de fundi hereditarii possessione vi dejectus ab alio quodam fuerit, ut *l. 16. §. Julian. sup. h. l.* vel interdictum de precario, si quam rem hereditariam alii precario concesserit, & omne omnino luorum, quod propter hereditatem accepit, sive in jure, sive in corpore consistat, & vice versa ipsi quoque possessori, si forte prædii hereditarii nomine bona fide caverit vicino damni infecti, petitorum cavere debere de indemnitate, ut *l. 19. de rei vind.* Et similiter si possessor vendiderit rem hereditariam, & caverit emptori de evictione, deinde ex pretio redactam pecuniam restituere cogatur petitori, ipse quoque petitor vicissim ei cavere debet de indemnitate, *l. 20. §. pen. sup. hoc tit.*

AD §. *ult.* In §. *ult.* h. l. ostenditur, in hoc iudicio ad officium iudicis pertinere noxales actiones, puta, ut si servus possessoris proprius insciente domino, insciente possessore ex hereditate rem aliquam subripuerit, vel si in ea damnum aliquod dederit, officio iudicis incumbere, ut eum liberet, si paratus sit servum suum petitori noxæ dedere: petitioni hereditatis inesse noxalem actionem furti, vel legis Aquil. inesse etiam, ut ait, in extremo, interdictum quod vi, aut clam. Quod ita explicandum est, puta ut si quid operis novi possessor in fundo hereditario fecerit vi, aut clam, cum à domino prohiberetur, aut servus ejus sciente, aut jubente eo, ut liberetur, si paratus sit opus novum, quod fecit, restituere, sive demoliri suis sumptibus, ne damnetur in id, quod interest. In extremo hujus l. non loquitur de noxali interdicto, quod vi, aut clam, quod tamen glossa arbitratur, sed de eo, quo possessor suo nomine tenetur, quia vel ipse novum opus fecit vi, aut clam, vel servus ejus jubente, aut sciente eo.

Ad L. II. de Fideicommissis. hered. petit. *Quæ actio eadem recipit, quæ hereditatis petitio civilis.*

Sciendum est, petitionem hereditatis aliam esse directam, & civilem, quæ legitimis heredibus competit: aliam utilem, quæ datur cæteris successoribus universi juris, quod defunctus habuit, cum moreretur, veluti bonorum possessoribus, quæ possessoria hereditatis petitio dicitur. Et eadem recipit, quæ petitio hereditaria civilis, eademque per eam bonorum possessores consequuntur, quæ heredes per actionem civilem, *l. 2. de poss. hered. petit.* Nam & bonorum possessores vice heredum habentur, *l. 2. de bon. poss.* Datur utilis hereditatis petitio fideicommissariis, quibus ex SCto. Trebell. verbo tenus restituta est hereditas, successoribus eorum, *l. 54. de petit. hered. l. 3. de fideic. hered. petit.* quæ & fideicommissaria hereditatis petitio dicitur, eademque recipit, ut Paulus ait ex hoc lib. in *l. 2. de fideic. hered. petit.* Eadem, inquam, recipit, quæ petitio hereditatis civilis, sive directa: nam & fideicommissarii Trebelliani loco heredum habentur, *l. si necem, §. ult. de bonis libert. l. filiusfam. in fin. ad l. Falc. l. postulante, §. pen. & l. servo invito, ad SCtum. Trebell. l. 5. §. ult. quod cum eo, quæ in al. potest.*

Ad L. XXXVIII. ad SCtum. Trebellian. *Non enim solutio est hereditatis restitutio, sed & successio, cum obligetur.*

UT idem Paul. ait hoc ipso libro in *l. 38. ad Treb.* restitutio hereditatis non tantum est solutio: restitutio, inquam, hereditatis, quæ fit fideicommissario ex SCto. Treb. non solutio tantum est fideicommissi debiti ex testamento vel codicillis, sed & successio, inquit, id est, successio uni-

S 2

versu

(†) Vide Merill. lib. 3. varians. ex Cujac. cap. 22.

verfi juris : cum obligetur, inquit, quia is, cui hereditas restituitur ex SCto. Treb. accepta hereditate æri alieno obligatur. i. creditoribus hereditarius. Et vicissim debitores hereditarii ei obligantur. Deniq; juris successio est, non rerum. Ergo quasi heres, & illa successio quasi hereditas, quia & definitio hereditatis à nostris auctoribus usurpata complectitur simul & bonorum possessionem, cum hereditas definitur, successio in universum jus, quod defunctus habuit. Hæc definitio non tantum complectitur hereditatem legitimam, sed & bonorum possessionem, & hereditatem fideicommissariam.

Ad L. XL. eod. *Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quæ jure civili & in heredem competunt: tamen honorariæ actiones transeunt: nulla enim separatio est, imo & causa naturalium obligationum transit.*

Ad §. Persona autem heredis instituti Trebelliano continetur. Verum hoc jure utimur, ut & successor heredis recte ex Trebelliano restituatur: veluti heres, bonorumve possessor, vel pater, dominusve, quibus adquisita est hereditas: omnes enim, quod juris habent ex Trebelliano SCto. restituere debent. Nec interest is, qui institutus est, an pater, dominusve rogatus est restituere.

Ad §. Nihil interest, cui nostro nomine restituatur paterfam. sit, an is, qui in aliena potestate est.

ET hoc confirmat magis quod sequitur ex eodem libro Pauli in l. 40. eod. tit. ad Treb. Fideicommissario ex SCto. Trebell. & in fideicommissarium non tantum dari civiles actiones, quæ heredibus, & in heredes dari solent, sed etiam prætorias, sive honorarias, quæ heredibus aut bonorum possessoribus, vel in eos competunt, ut l. 1. §. si in danda, sup. hoc tit. Nulla enim, inquit Paulus, separatio est, id est, nulla differentia inter illas actiones in hac re, ut in l. peregre, in si. de adq. her. separatio, id est, differentia. Actiones igitur omnes hereditariæ, quæ cœperunt à defuncto, vel ab herede, non proprio, sed hereditario nomine. Itemque exceptiones omnes in fideicommissarium transire, ut l. heres à debitore, de fidei j. §. si post. de consit. pec. l. si cut, §. 1. quib. mod. pign. Imo & naturales obligationes transire, ut si hereditas pupilli, cui credita erat pecunia sine tutoris auctoritate, qua ex re pupillus obligatur naturaliter tantum, si ex ea pecunia locupletior factus fuerit. Si, inquam, ejus pupilli hereditas ex testamento patris restituta fuerit fideicommissario, & fideicommissarius Trebell. eam pecuniam solverit creditori, non potest eam repetere, sive condicere quasi indebitam, quia natura debebatur, & naturalis obligatio in fideicommissarium Trebel. translata intelligitur, l. si ejus pupilli, inf. hoc tit. Omnes igitur obligationes civiles, honorariæ, naturales ab herede in fideicommissarium Treb. transeunt. Est igitur plane heredis loco, nec abs re ei accommodatur fideicommissaria hereditatis petitio, cum sit universi juris successor, & ut subjicitur in hac l. 40. quod ad hanc causam attinet transferendarum obligationum, & actionum omnium, transfundendive, transferendive universi juris in fideicommissarium, cui ex SCto. Treb. restituta est hereditas. Quemadmodum nihil interest quis hereditatem restituat, heres ipse, qui institutus, & rogatus est, tamen de eo solo SCtū. Trebellianum loquatur: an vero heres heredis rogati, an bonorum possessor rogati heredis, aut pater, aut dominus, qui per filium, vel servum heredem institutum heres effectus est, sive pater ipse, aut dominus, sive filiusfam. aut servus rogatus sit hereditatem restituere, ut l. 1. §. si filio, sup. hoc tit. Aut quod addi potest ex d. l. 1. §. de illo, & l. si patronus, §. qui fideicom. inf. hoc tit. & l. pen. C. eod. tit. primus fideicommissarius, qui restituat secundo. Ita vero nihil interest cui restituatur hereditas, sicut nihil interest quis restituat fideicommissario, an alii nomine ejus, vel filiosfamil. vel patrifamil. Nam & filiusfam. procurator esse potest. Nihil, inquam, interest, fideicommissario restituatur, an alii cuicumque ejus nomine, quia ut idem Paulus ait eod. lib. in l. 42. hoc tit.

Ad L. XLII. eod. *Quia perinde est, atque si mihi restituta esset hereditas.*

Ad §. Restituta hereditate, jura sepulchrorum apud heredem remanent.

Perinde est, quum alii restituatur nomine fideicommissarii, atque si fideicommissario restituta esset hereditas, ut in eum transeant omnes obligationes, & actiones. Cæterum addit, quod maxime notandum, restituta hereditate ex SCto. Treb. nihil juris apud heredem remanere, qui rogatus est, qui oneratus fideicommissio est, præterquam jus sepulchri hereditarii, ut scilicet in id sepulchrum & ipse, & ejus posteri inferri possint. Jus sepulchri hereditarii apud eum heredem etiam extraneum post restitutam hereditatem remanet, quamvis coactus hereditatem adierit, & restituierit, l. si patronus, §. qui fideicommiss. circa fin. hoc tit. nec mirum, cum & exhereditatis liberis serventur jura sepulchrorum, l. 6. §. 1. de relig. & sumpt. fun. filio quoque herede instituto, & rogato restituere hereditatem cuidam extraneo, excipienda est actio futurarum operarum, quæ extraneo fideicommissario competet, atque adeo restitui non potest, & omnino remanere debet apud filium patroni, etiam post restitutam hereditatem, l. si patroni, inf. hoc tit. non tanquam apud heredem, sed tanquam apud patronum. Nam & patroni filius patronus est, maxime mortuo patre, si exhereditatus non sit, l. 10. de jure patron. ubi eum patronum, id est, patroni filium.

Ad L. CXXVII. de Reg. jur. *Cum prætor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti.*

Consequens est, ut his addamus l. 127. de reg. jur. quæ etiam pertinet ad petitionem hereditatis: nempe ad id, quod est in l. utrum, de pet. heredit. ex SCto. Adriano, quo cavetur, bonæ fidei possessores restituere debere pretia rerum ex hereditate venditarum, quæ ad eos pervenissent. Verbum *pervenissent*, sic esse accipiendum, non si prima ratione pervenissent, sed & si permanissent, & perdurassent apud eos, atque adeo ex eis locupletiores essent. Igitur si pretia perdiderint, vel bona fide consumpserint, aut donaverint, ad eorum restitutionem eos non teneri. Et tamen his subjicit Paulus, quod est in d. l. 127. in prætorum edictis, quotiens ex scelere, ex dolo defuncti in heredes actio datur, veluti in edicto de dolo, vel in edicto, quod met. causa: quotiens ex dolo defuncti in heredes datur actio, quatenus ad eos pervenit, satis est, si vel momento pervenerit, si vel momento ex ea re locupletior hereditas pervenerit: nec necesse est, ut & locupletiores ex ea re perseveraverint esse. Et ita proditum est in l. videamus, quod met. causa. Et verum est, si id ipsi heredes consumpserint, aut perdiderint, aut donaverint, non si id naturaliter interierit, l. si ipsa res, eod. tit. Et hanc quoque differentiam inter petitionem hereditatis, & actionem in personam, quæ datur in heredem ex dolo defuncti, Bulgarus notavit in hanc l. 127.

Ad L. II. Quorum bonorum. *Interdicto quorum bonorum debitorum hereditarii non teneantur: sed tantum corporum possessores.*

In hac lege Paulus cum multa constaret esse communia inter petitionem hereditatis, & interdictum quorum bonorum, puta quod utrumque judicium sit de universitate, quodque adversus eum duntaxat intendatur, qui pro herede, vel pro possessore possidet, l. 1. quor. bonor. & adversus eum, qui vel rem unam ex hereditate, bonisve possidet, l. 9. & 10. de pet. heredit. l. hoc, l. amplius, de furt. Tamen hoc inter ea judicia esse discriminis docet, quod petitione hereditatis etiam debitores hereditarii teneantur, qui controversiam hereditatis faciunt, quasi juris possessores, l. 9. l. 13. §. ult. l. 18. §. 1. de pet. her. Interdicto autem quorum bonor. ii tantum teneantur, qui res corporales, sive corpora hereditatis, non qui jura possident. Et ratio discriminis hæc est, quia interdi-

terdictum quorum bonorum persequitur bonorum corporalem possessionem tantum, qualis nulla est possessio eorum, quæ in jure consistunt, id est, quoniam eorum nullum subest corpus. Et eorum igitur est quali possessio non corporalis possessio: petitio autem hereditatis persequitur jus universum, quod defunctus habuit his verbis: *Si paret hereditatem meam esse*: nam hereditatis nomen, juris nomen est, non corporis, *libereditas, de petit. hered.* Ergo persequitur & actiones, & nomina, quæ tamen bonorum appellatione in interdicto quorum bonorum non continentur, l.1. *vi bon. rapt.* quæ in quibusdam libris huic lib. adscribitur, sed referenda est ad lib. 22. ad quem eam reservabimus.



JACOBI CUJACIJ J.C. B

Ad Lib. XXI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. de Rei vind. *Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed nec partem dimidiam totius ejus vindicabit. Sed si majorem numerum alter habeat, ut detracto alieno, nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.*

LIBER XX. fuit de actione in rem, quæ ad universitatem hereditatis, aut bonorum possessionem pertinet. Hic Liber XXI. est de actionibus in rem, quæ pertinent ad res singulas, per quas tamen, ut initio hujus libri Paulus ostendit in l. 2. de rei vind. non tantum res singulæ vindicantur: sed & grex ovium, quia & hic licet constet ex diversis capitibus existimari potest res singularis esse, ut Varro 16. rerum divinarum scripsit, *posse fieri, ut eadem res una sit, & in ea quædam res sint plures*, ut de armento boum, aut de polia dicendum est. Poliam dicunt nostri in l. 38. §. ult. de ædil. edict. pro equitio. Inde polii, & polarii, equi, sive equulei. Qui etsi non sint mea singula capita gregis, gregem meum esse vindicare possum, si modo in eo saltem decem capita sint mea, quia tot sufficiunt gregi ovium conficiendo, l. ult. de abig. vel si 12. aut 15. sint mea, reliqua autem tua sint, si forte quædam oves cum meis pascendas immiseris in meum gregem, vel si decem oves sint meæ, aries autem tuus, l. 1. §. ult. h. tit. & l. 2. & *lin rem, §. at in his, inf. hoc t.* Et iis quidem casibus vindicato grege, 10. aut 12. aut 15. aut plura capita, quæ sunt mea, sola veniunt in restitutionem, non etiam aries, qui tuus est, aut non reliqua quædam capita, quæ tua sunt, sed tu ea separatim vindicare poteris. At, qui alius est casus, si duorum dominorum in grege par sit numerus, ut si quinque oves sint meæ, quinque tuæ, Paulus docet in hac l. 2. neque mihi, neque tibi competere vindicationem gregis: quia verum est, neque tuum, neque meum gregem esse, ac ne mediæ quidem partis totius gregis cuiquam nostrum vindicationem competere, quia hoc genere si vindicaretur pars media singulorum capitum, pars media vindicaretur, quod fieri non potest, quia singula capita non sunt communia, sed quinque in solidum tua sunt, quinque in solidum mea. Denique grex non est communis inter me, & te pro indiviso. Id proprie est commune, quod est commune pro indiviso. Itaque aliud est in grege par esse numerum duorum, aliud gregem esse communem. Si grex fuerit communis, pars dimidia vindicari potest, quamvis incerta sit, l. 3. §. ult. l. 76. §. 1. hoc tit. si par numerus in grege fuerit duorum, pars dimidia vindicari non potest. Nam etsi in grege 10. capitum, 5. capita sint mea, non ideo tamen pars dimidia gregis est mea: nam si pars gregis esset mea, haberem partem in singulis capitibus 10. quam non habeo, imo in tuis 5. nihil profus habeo. Itaque singula capita cuique sua vindicanda sunt, non grex, aut pars dimidia gregis. Et eodem modo si meum, & tuum frumentum confusum sit sine voluntate nostra, ex meo, & tuo frumento confectus acervus non

est communis, quia singula grana in sua substantia durant, sicut in grege singula capita, & neuter solidum acervum vindicare potest, sed nec partem dimidiam acervi, quia si pars dimidia esset mea, pars tua, singula grana essent communia pro indiviso, quæ tamen certe non sunt communia. Igitur vindicare quisque debet, ut proponitur in l. 5. h. tit. Hæc est formula vindicationis: *Quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse.* Neuter acervum, aut partem mediam acervi vindicare potest.

Ad L. IV. eod. *Quo quidem casu, etiam communi dividundo agi poterit. Sed & furti, & ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit, ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat: in vindicatione, vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cujus argentum pretiosius fuerat.*

Sequitur lex 4. ex qua intelligitur, rei communis partem vindicari posse pro indiviso, quamvis ea pars incerta sit, quandoquidem nec cerni, nec tangi, nec digito demonstrari potest. Denique pars tantum pro diviso, pars certa est, pars pro indiviso, pars incerta est, quæ intellectu, non sensibus percipitur, & abstrahitur. Si ergo meum, & tuum argentum in massam redactum sit, si id factum sit sine tua, & mea voluntate, vel à te me invito, aut contra à me te invito, vel si id factum sit vi quadam incendii, tota massa communis sit pro indiviso, l. 7. §. voluntas, de adquir. rer. dom. Et unusquisque pro rata ponderis, quod in ea massa habet, partem pro indiviso vindicare potest, vel etiam potest agere communi dividundo: & vel hoc, vel illo iudicio, cujus argentum pretiosius fuerit, is feret amplius officio iudicis, aut hujus, vel illius iudicii potestate. Quo autem ponderosius est argentum, eo & (ut norunt artifices) pretiosius est. Additur & in hac Leum, qui dolo malo massam conflagavit ex meo, & suo argento, vel ex meo, & suo, me invito, mihi teneri furti actione in duplum, quasi meo argento interverso, atque subrepto. Eundem etiam mihi teneri actione ad exhibendum: in qua, ut ait, pretii ratio haberi debet, si nimirum actione ad exhibendum partem mihi restitui pretium argenti mei, quanti revera fuit si hoc malim, ut l. quod si possessor, & l. 71. inf. h. tit. vel quanti ego in litem juravero, id est, quanti juratus argentum meum æstimavero: Nam & in actione ad exhibendum juratur in litem, l. 2. & 5. & pen. de in lit. jur. l. 3. §. præterea, l. 5. §. idem Julianus, ad exhib. quia dolo malo defilli posse exhibere argentum meum mihi, qui id cum tuo ita confudisti, atque commiscuisti, ut deduci, & separari non possit. Quod si non dolo malo id feceris, sed forte cum existimares utrumque argentum, vel utrumque vas argenteum tuum esse, cessat actio ad exhibendum, & competit tantum actio in rem in id quantum paret in ea massa argenti meum esse, vel actio communi dividundo, ut massa dividatur, ita ut majorem partem ferat, cujus argentum pretiosius fuit. In actionem furti venit poena dupli extra argentum, aut pretium argenti: In actione ad exhibendum venit pretium. In actione in rem, vel communi dividundo venit res ipsa, id est, argentum. Ac præterea ad exhibendum agitur in eum, qui dolo malo massam conflagavit, quanti actor juratus litem æstimaverit. Actio in rem, vel communi dividundo datur etiam in eum, qui sine dolo malo massam conflagavit. Et ita distinguendæ sunt hæc tres actiones in hac l. 4.

Ad L. X. eod. *Si res mobilis petita sit ubi restitui debeat, scilicet si præsens non sit, & non malum est (si) bonæ fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter, vel navigationem faciendi sunt.*

Ad L. XII. eod. *Si vero malæ fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet. Si vero ab eo loco, ubi res contestata est, eam subtractam alio transtuleris: illic restituere debet, unde subtraxit sumptibus suis.*

IN l. 10. & 12. ostenditur, quomodo hoc iudicio agitur de re mobili, sive animata, sive inanimata, quæ præsens non

non est, quo loco officio iudicis eam rem restitui oporteat, A & cujus sumptibus: de re immobili non queritur, quæ solo continetur, & loco moveri non potest: non queritur etiam de re mobili, quæ præsens est, quæ est ubi agitur, sed de ea, quæ absens est, id est, quæ alibi est quam loco de ea re agitur: lis contestatur, iudicatur, locus ubi agitur, ubi lis contestatur, ubi iudicatur, locus idem est. Ubi agitur dicitur in l. 10. ubi iudicatur in l. 11. non ut vulgo, ubi vindicatur, Florentiæ, ubi iudicatur, Basilic. *¶ De Im-*
perio, ubi lis contestatur, dicitur in l. 12. Et his omnibus modis unus idemque locus significatur. Rem vero præsentem constat ibi esse restituendam ubi agitur, vel quod idem est, ubi est: nam ibi est ubi agitur, hoc est, præsens est. De ea, quæ non est præsens, quæ non est ibi ubi agitur, quæstio est, ubi sit restituenda, an ubi sita est, an ubi agitur? Ex qua quæstione liquet hodie non esse neces- B se actione in rem experiri in rem præsentem, ut olim ex l. 2. tab. sed & in rem absentem agi posse, quod etiam ostendit lex ult. C. ubi in rem act. quæ definit, sive res sit mobilis, sive immobilis, in rem actionem exerceri, vel in foro rei, id est, ubi reus domicilium habet, vel ubi res est, vel ubi res, quam possidet, constituta est. In hac autem lege 10. & 12. de re mobili, definitur indistincte, sive reus eam possideat mala fide, sive bona fide, ibi restitutionem esse faciendam petitori, qui hoc iudicio vicerit, ubi res est sine dolo possessoris, vel ubi fuit inchoati iudicii tempore, sive litis contestatæ tempore: vel si actor desideret eam sibi restitui, ubi actum est, ubi petita est, in eum locum à reo eam rem perducendam esse, aut perferendam, non suis sumptibus, aut periculo, sed sumptibus, aut periculo actoris, qui hoc desiderat, quod & ex Ulpiano re- C petitur in l. 11. ubi ille articulus nisi, coaptari debet iis verbis Pauli in l. 10. ubi restitui, ubi res sit, nisi & cat. non sequentibus verbis. Et addit Ulpianus in l. 11. etiam de ea re, quam actor desiderat sibi restitui ubi agit, perferenda intra certum temporis spatium, quod reo tribuendum erit, aut si intra illud spatium eam non pertulerit, aut perduxerit, de litis æstimatione præstanda reum actori satisfacere debere. Quod confirmatur l. 5. de eden. & §. 1. Institut. de offic. iudic. Ergo actor, qui non satis habet rem sibi restitui ubi est, sed desiderat eam sibi restitui ubi egit in rem, & vicit, debet sufferre sumptus præferendæ eius rei, aut perducendæ, & agnoscere quoque periculum, si forte perierit in itinere. Denique sumptibus actoris ea res perferenda, aut perducenda est, sumptibus scilicet D itineris, aut navigationis, si navi res pervehatur: Sumptibus, inquam, itineris, aut navigationis; nam cibaria, aut pabula, non actor, sed reus de suo præstare debet, si res sit animalis, quoad eam restituerit. Et hoc est quod ait l. 10. extra cibaria. Cibarium sumptus non agnoscit actor. Cæteros sumptus, qui in itinere, vel navigatione faciendi sunt, & periculum rei actor agnoscit, quod plenius declaratur in l. 11. §. 1. & seq. ad exhib. Quod servatur etiam in actione depositi, nisi quod in ea naturali ratione cibaria, aut pabula, quæ & capita dicuntur, actori imputari debent, l. 1. §. si quis servum, & l. si in Asia, §. 1. de pos. Dixi paulo supra, ibi rem esse restituendam, ubi est sine dolo malo possessoris, vel ubi fuit litis contestatæ tempore, nisi actor malit eam suis sumptibus, & periculo in eum locum perducere ubi egit, & vicit. Id vero ita dixi, quia ut Paulus ostendit in l. 12. si ab eo loco, ubi res est E litis contestatæ tempore dolo malo rem possessor subtrahat in alium locum abditum, aut longinquum traxerit, illic debet eam reponere, & restituere suis sumptibus, & periculo, unde subtrahit, unde movit loco, ne ei calliditas sua profit, & noceat actori, ut d. l. 1. §. pen. Et ob id d. l. si in Asia, §. 1. ait eo loci rem esse restituendam ubi est sine dolo malo depositarii, quod etiam de herede est proditum, qui rem legatam, cum esset ubi agitur ex testamento legati nomine, dolo malo in alium locum contulit, l. cum res, §. sed si alibi, de leg. 1. Dolo malo, inquit: nam si sine dolo malo heres rem legatam in alium locum transtulerit, ibi eam legatario præstabit quo transtulit bona fide. Et ille §. sed si alibi, qui hoc dicit, aperte pervincit

in hac l. 12. male glossam verbo *subtrahit* addere dolo, vel sine dolo, circumscribere illa verba, vel sine dolo: Nam & hoc lex 12. ostendit, quæ parem facit male fidei possessorem hac in re bonæ fidei possessori, nisi quatenus malæ fidei possessor, id est, qui dolo malo rem subtrahit, subduxit, & in alium locum transtulit, ut incommodior esset actori eius rei recipratio.

Ad L. XIV. eod. Quod si malit actor potius legis Aquilia actione uti, absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est: non ut triplum, sed duplum consequatur.

Quod diximus in l. ut tantum, de serv. corr. & l. si à domino, §. si possessor, de petit. heredit. in petitionem hereditatis, si possessor dolo malo servum hereditarium occiderit, aut vulneraverit, venire aut deduci posse actionem legis Aquiliæ, non quidem cum suo incremento, quod accipit ex accidenti, si reus inficietur tempore litis contestatæ, non in duplum, quia actio l. Aquil. contra inficiatorem est in duplum, sed in simplum tantum venire eam actionem. Et ita ut actor, qui eligit petitionem hereditatis, caveat, se eo nomine, quo servus hereditarius occisus sit, aut vulneratus, non acturum l. Aquil. qui tamen omiſsa petitione hereditatis, si malit agere l. Aquil. in duplum, non prohibetur. Idem omnino statui debet in actione in rem speciali. Nam & in ea, si possessor servum alienum, quem possidebat dolo malo, deteriorem fecerit, puta debilitaverit, aut vulneraverit, in eam, inquam, actionem in rem specialem venire potest actio legis Aquil. ita tamen, ut officio iudicis facta simpli duntaxat æstimatione caveat actori, se non acturum l. Aquilia, ut l. 13. hoc tit. Vel si actor malit, electio enim ei datur, omiſsa actione in rem, agere l. Aquilia, ut ex Paulo additur in l. 14. audiendus est, possessor absolvendus est à iudicio in rem, ita ut non agat utroque iudicio, ut non actione in rem consequatur damni æstimationem, ac præterea duplum ex l. Aquilia: sed si elegerit legem Aquiliam, ut duplum tantum consequatur, in quo certum est inesse etiam æstimationem damni. Et hoc si ab initio litis reus inficiatus sit, ac petitori domini controversiam fecerit. Et hoc est, quod ait Paulus in hac leg. 14. non triplum actorem, sed duplum tantum consequi debere. Triplum damni consequeretur, quanti deterior servus factus est, si utraque actione, in rem scilicet, & lege Aquilia ei liceret experiri, quia primum actione in rem consequeretur æstimationem damni, deinde actione legis Aquil. eandem æstimationem damni, & alterum tantum, ergo triplum, quod esset iniquissimum. Et hæc ita se habent, si homo, qui deterior factus est, vivat tempore rei iudicatæ: nam si posteaquam deterior factus est, ante rem iudicatam mortuus fuerit, quia desit actoris interesse, damni ratio non venit in actionem in rem, quæ desit competere morte servi. Itaque hoc casu damni dati nomine erit tantum actio legis Aquiliæ, ut in l. 27. §. si homo, inf. hoc tit.

Ad L. XVI. eod. Utique autem, etiam mortuo homine, necessaria est sententia propter fructus, & partus, & stipulationem de evictione, non enim post litem contestatam utique, & fatum possessor præstare debet:

Ad §. Culpa non intelligitur, si navem petitam tempore navigationis trans mare misit: licet ea perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit.

Pertinet hæc lex ad id, quod exposui satis aperte in l. illud, sup. de petit. heredit. Post litem contestatam homine petito speciali in rem actione, vel petitione hereditatis, mortuo suo fato sine dolo, & culpa possessoris, nec malæ fidei possessoris, nec bonæ fidei, qui improbe litigat, sciens hominem, de quo litigat non ad se pertinere, sed ad actorem: nullum, inquam, possessoris, fatum præstare debere, puta hominis mortui pretium, videlicet si æque homo interiturus erat apud actorem, etsi statim initio litis restitutus esset. Verum etsi hoc casu fatum possessor non præstet, & mor-

& mortuus sit suo fato homo, qui petebatur sine dolo, & culpa possessoris, tamen nondum tota lis est mortua, nec dum sunt liberati in totum, qui fideiuserant iudicatum solvi. Sed animadvertendum est iudici, & pronuntiandum est de proprietate mortui hominis: puta, cujus is homo fuerit, petitoris, an possessoris. Idque ut hæc ostendit, propter fructus, ut *l. si homo, de re judic.* videlicet ut sciatur, ad quem pertineant fructus hominis defuncti, veluti propter mercedem operarum, quæ scilicet sunt in fructu hominis, *l. 3. de oper. serv.* Et propter partus, si ancilla petita fuerit, & pendente iudicio, suspensa cognitione enixa, ac deinde suo fato demortua fuerit, ut sciatur ad quem partus pertineat, ad petitorum, an ad possessoris. Quod sciri non potest, nisi iudex discutiat quæstionem de proprietate, quæ in iudicium principaliter deducta est. Item propter stipulationem de evictione, ut *l. si servus, judic. solvi, l. ult. C. de adfert. toll.* ut si forte petitor, aut possessor, qui eum servum emit, cui & venditor caverit de evictione, si, inquam, forte petitor eum servum emerit, & ei venditor caverit de evictione, ut appareat ex sententia iudicis, quam feret de proprietate hominis mortui, cui sit commissæ stipulatio de evictione, petitori, an possessori: nam si pronuntietur servum fuisse possessoris, petitori committitur stipulatio de evictione: si pronuntietur fuisse petitoris, committitur possessori: pono utrumque emisit, & utrique venditorum cavisse de evictione. Ergo & propter hanc stipulationem de evictione, necessaria est sententia iudicis, qua declaret, quis dominus fuerit servi defuncti, ut ex ea appareat, cujus sit fructus, & cujus partus, cui sit commissæ cautio de evictione. Et ex eo quidem intelligimus stipulationem de evictione committi etiam homine iure iudicioque non evicto, sed fato perempto. Quod omnino pugnantem videtur cum *l. si servus, inf. de evict. & l. si quis tibi, C. eod.* Sed ne diu morer in re certissima, vera est distinctio Accursii: Aut homo, de quo agitur mortuus est, antequam emptori fieret domini controversia: Aut post motam de dominio controversiam. Si ante motam controversiam, stipulatio de evictione non committitur, quia nemo servum evicit, sed fatum, & naturalis series rerum: si post motam controversiam mortuus fuerit, stipulatio de evictione committitur, si modo pronuntiatum sit, actorem ejus rei dominium non fuisse: quia pro eo est, atque si iudicio evicta fuisset, & iudicium cœptum plane hac in re haberetur pro peracto, ut committatur stipulatio de evictione. His vero tribus causis, propter quas Paulus ait in hac *l. 16.* mortuo homine petito pendente cognitione, & lite domini, necessariam esse sententiam, addi potest quarta, propter peculium, ut appareat cujus sit peculium servi mortui, petitoris, an possessoris ex *l. pen. C. si pend. appell. mors interven.* Sequitur alia quæstio in *l. 21.*

Ad *L. XXI. eod.* Si à bonæ fidei possessore fugerit servus: requiramus, an talis fuerit, ut & custodiri debuerit: nam si integræ opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori, & fructus ejus temporis, quo possedit, præstet: quod si nondum eum usuceperat, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda ea re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest: quamvis interim, dum in fuga sit, usucipiat, nec iniquum id esse, Pomponius libro trigesimo nono ad edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debet: ut tamen si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. Julianus autem in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persequenda re: tamen cavere debere possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat. Idque Pomponius libro trigesimo quarto variarum lectionum probat. Quod verius est.

Quæstio hæc est, an si servus petitus à bonæ fidei possessore, sine dolo ejus fugerit post litem contestatam, an fuga possessori imputari possit, ita ut cogatur præstare æstimationem servi, æstimationem litis? Et distinguit

Paul. aut intervenit culpa possessoris, aut non: fuga servi non semper imputatur culpæ possessoris, sed casui, cui resisti vix potest: ut si servus fuerit integræ opinionis, ut custodiri, aut vinciri non soleret, aut deberet, fuga casui imputari solet, non culpæ, *l. contractus, de reg. jur.* sed si servus fuerit fugitivus, qui sæpicule se dedit in fugam, si fuerit stigmaticus, compunctus notis, ut custodiri debuerit, imo vinciri, fuga ejus culpæ possessoris imputatur. Unde sic definit Paulus, ut si culpa nulla possessoris intervenit, nihil possessoris imputari possit: si intervenit culpa, ut si stigmaticum non custodierit, fuga ei imputetur, *l. 36. §. ult. h. t.* Et ideo litis æstimationem actori præstare debet, & vicissim actor possessori debet cedere actionibus suis: si possessor nondum hominem eum usuceperit: quia possessor non dolo eum desit possidere; alioquin ei non cederentur actiones: sed culpa tantum desit possidere; & ideo cedendæ ei sunt actiones actori ei inferenti, vel solventi æstimationem litis, *l. si culpa, & l. is, qui dolo, inf. h. t.* Ac priore casu, si absit culpa possessoris, fuga ei non imputatur, nec ejus servi nomine damnari debet in æstimationem litis, sed ne, ut Theop. ait, iudicium, quod dicitur actor, sit sine emolumento, sit sine effectu aliquo, ne sit, ut ait Theop. in *l. de divis. stip.* ubi hanc speciem tractat, *διὰ τὸν ἀνόμωτον*, id est, iudicium sine emolumento, non ut vertunt, ne sit iudicium inforium, sed ne sit iudicium sine fructu, aut emolumento aliquo actoris, sicut Josephus in vita sua, *ἀγροὺς ἀνόμωτον* vocat *ἀγροὺς ἄκατοι*. Ne igitur iudicium, quod dicitur petitor sit sine aliquo emolumento, si possessor interim eum servum usuceperit, nam litis contestatione rite cœpta usucapio non interrumpitur, *l. 17. in fi. & l. 18. h. t. l. 10. quod fals. int. aut.* Fuga quoque servi, ut ostenditur, & inferius declarabitur, usucapio non interrumpitur, *l. 17. in fi. & l. 18. h. t.* neque possessio servi. Servus, qui est in fuga, & possidetur, & usucapitur ab eo, qui semel ejus possessionem apprehendit. Si ergo interim eum usuceperit, petitori debet cedere actionibus suis, puta actione in rem, & actione ad exhib. quas usucapione quæsit, petitor autem emisit. Ac præterea debet restituere petitori fructus ejus temporis, quo possedit: vel etiam, quod ad hunc locum addit Theop. supradicto loco, cavere possessor debet petitori, se suis actionibus, quas usucapione quæsit, acturum, se eis actionibus eum servum persecuturum, ac deinde restituendum petitori æstimationem ejus: nam & si eum usuceperit, etsi eum usu suum fecerit, tamen restituere debet eum actori, quia verum est tempore litis contestatæ actoris cum hominem fuisse, *l. 18.* Quod si is servus à bonæ fidei possessore fugerit, cum nondum ab eo usucaptus esset, id est, cum nondum ab eo ejus servi, qui est in fuga, completa esset usucapio, nullas habet actiones, quas petitori cedere possit. Hoc est apertissimum: nullas, inquam, actiones habet, quibus servum, qui est in fuga persequi possit. Ideoque nec de servo persequendo petitori cavere debet, sed petitor ipse, qui nondum amisit dominium usucapione, suo jure eum servum cominus persequi potest, ut vulgo legitur, id est, recta, & è vestigio, ut Corn. Tacit. *12. Annal.* non cominus Mesopotamiam, sed flexu Armeniam petunt. Vulgo, ut dixi, legitur cominus. Florentiæ autem quo minus enim petitor, &c. Et sane defendi potest scriptura Florent. oratio enim est Paulo familiaris, oratio concisa, & concitata. Defendi, inquam, potest, si modo in extremo hujus periodi addatur nota interrogationis, aut ita pronuncietur interrogative, ac si dixisset, nihil est, quo minus eum hominem petitor persequi possit suo jure, quamvis possessor interim eum usucapere possit, ejusve usucapionem implere. Quamvis autem hoc casu possessor cavere non debeat petitori de eo homine persequendo, tamen de eo restituendo, si forte fortuna in suam potestatem redierit, cavere debet, licet interim eum usuceperit, id est, ejus usucapionem impleverit: fuga enim non interrumpit possessorem, vel usucapionem rite inchoatam, *l. 1. §. per serv. de adq. vel amit. poss. l. servi, & filii, §. ult. de furt.* Quod hæc verba in illa periodo significant: quamvis interim dum in fuga sit, usucipiat: possessor scilicet quamvis procedat, procurratque usucapio, nec fuga servi impelletur, tamen antequam sit expleta omnino, nihil veterat quo minus petitor eum servum suo jure persequatur.

Ad

Ad L. XXIII. eod. In rem actio competit ei, qui, aut jure gentium, aut jure civili dominium adquisivit.

Ad §. Loca sacra, item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt.

Ad §. Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret, veluti, si quis statuae suae brachium, aut pedem alienum adjecerit, aut scypho ansam, vel fundum, vel candelabro sigillum: aut mensam pedem, dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam diciturum, & scyphum, plerique recte dicunt.

Ad §. Sed & id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturae. Sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.

Ad §. In omnibus igitur istis, in quibus mea res, per praevaleantiam, alienam rem trahit, meamque efficit: si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus, quod accesserit, dare.

Ad §. Item quaeque aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt: ea, quamdiu coherent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, & tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim si statuae suae ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi: & quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem: plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes reinere suam propriam speciem: ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quatenus aries tuus sit immixtus: sed & te arietem vindicare posse. Quod non idem in coherentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.

Ad §. Tignum alienum adibus junctum, nec vindicari potest, propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit adibus: sed est actio antiqua de tigno juncto, quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.

Ad §. Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit: domum quidem vindicare poterit, camenta autem resoluta prior dominus vindicabit: etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula camenta usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.

Quod initio hujus l. proponitur notissimum est: actio in rem de dominio est, ut ait l. 14. in fi. de sepul. viol. quia scilicet qui ea actione agit, se ejus rei, quam petit, dominum esse dicit, vel jure gentium, ut Paul. ait initio hujus legis dominio sibi quaesito, veluti traditione a domino facta iusta ex causa acquirendi dominii, vel dominio sibi quaesito jure civili, veluti usucapione, l. traditionibus. C. de pass. traditionibus, & usucapionibus dominia rerum transferuntur. Traditionibus, jure gentium: usucapionibus, jure civili. Et rursus traditionibus factis a domino iusta ex causa. Et usucapionibus, traditione facta a non domino iusta ex causa, bona fide accipienti: ex propositione hac, quae est in capite hujus legis, sequitur, actione in rem loca sacra, & religiosa peti non posse, quia nullus eorum dominus est: divini enim, non humani juris sunt. Et hoc quoque sequitur statim in §. 1. hujus legis: neque meretur ampliorem diffinitionem, quanquam in eam multa alia possint adferri, sed properamus ad meliora, ad id, quod est in §. si quis rei.

Ad §. Si quis rei. Rem quemque suam hac actione petere posse, etiam si ei rei rem alienam ita adjecerit, agglutinauerit, ut pars ejus fieret: ut si quis statuae suae brachium, aut manum, aut pedem alienae statuae adjecerit, hic totius statuae dominus est, & quasi dominus totam statuam hac actione suam esse petere, asserere, vindicare po-

test: sed si eam bona fide possideat is, cujus est brachium aut manus, aut pes, agentem dominum rei vindicatione, exceptione doli mali repellere potest, nisi paratus sit, & brachii, aut pedis pretium exsolvere, §. in omnibus, inf. Idemque erit, si quis suo scypho ansam, vel fundum alienum adjecerit (scyphi ansati erant) vel si suo candelabro aut sigillum alienum adjecerit: si suae mensae ex alieno pedem: si suo lecto fulcrum, si aedificio suo camenta aliena. Et ita plerisque recte dixisse Paulus ait in hoc §. plerisque, nempe Servium, Labconem, Proculum, quorum regula haec est, in quibus propria qualitas spectaretur, si quid adderetur, id toto cedere velut accessionis vice, totumque ejus esse, cujus fuit ante, l. 26. §. 1. de adq. rer. dom. l. 7. §. 1. ad exhib. si statuam, de aur. & arg. leg. Propria qualitas, id est, proprium corpus, ut Stoici loquuntur, a quibus nostri auctores imbuti sunt, materiam scilicet quamcunque corporatam Stoici qualitatem vocant. M. Tull. I. Academicarum. Causa autem, & ratio hujus regulae est praevaleantia, ut ait in §. omnibus, quam Graeci ἀνεροχλω vocant: Mea statua per praevaleantiam trahit alienum brachium, quod ei coadunatum est, idque meum efficit: sed si forte meam statuam bona fide nactus sit is, cujus fuit brachium, & ab eo statuam vindicem, is sibi reservabit pretium brachii per retentionem statuae, opposita exceptione doli mali, quod non sit aequum ex sua iactura lucrum facere dominum statuae. Eadem ratio intervenit, si quid in charta mea aliena manu scribatur, licet scriptura sit aurea, vel quod in ea scriptum est, rarissimum, & pretiosissimum. Vel etiam si imago in tabula mea pingatur. Scriptura enim tametsi pretiosissima sit, cedit chartae, & similiter pictura, quamvis pretio longe tabulam exsuperet, ut Apellis pictura tabulae cedit. Quod in hac l. proponit Paulus in §. sed & id quod, & confirmat l. 3. §. ult. ad exhib. Ideoque actione in rem saltem utili dominus tabulae tabulam petere, & sibi vindicare potest, si eam pictor possideat, qui eam depinxit bona fide, l. 9. §. littera, de adq. rer. dom. Sed si, ut dixi, scriptor, aut pictor bona fide chartae, aut tabulae meae possessionem nactus sit, non aliter eam ab eo consequar, vel utili actione in rem, quam si ei exsolvam scripturae, vel picturae impensas, aut pretium praestem. Caeterum in hac specie de pictura, post multas controversias tandem jure singulari (quia non idem obtinet in aliis speciebus ante propositis, in aliisque exemplis) In hac, inquam, specie de pictura post multas controversias obtinuit, pictori si tab. possideat is, cujus tabula est, dari directam rei vindicationem, ut tamen tabulae pretium inferat possessori, alioqui obstabit exceptio doli mali. Domino igitur tabulae datur utilis vindicatio: domino imaginis, sive pictori datur directa. Et potiora igitur sive potentiora jura habet pictor: quae fuit Sabinianor. sent. quam attingit Paulus in §. sed & id quod, illo loco, licet de pictura quidam contra senserint. Neque tamen sequitur Paul. eam sententiam in hoc §. sed Proculianorum potius, qui contra dicebant, picturam etiam pretiosissimam tabulae cedere etiam vilissimae. Et ideo soli domino tabulae competere vindicationem directam, nullam pictori competere. Et tandem media sententia inter Sabinianos, & Proculianos, ut utriusque media sententia dat utrique vindicationem, ut utriusque pictori directam propter pretium picturae, quod non est in superhabendum, aut dissimulandum: dominus vero tantum, quasi praepollente pretio picturae, ut in §. sed & id quod. Et haec de pictura inscripta alienae tabulae. In aliis speciebus, aliisve exemplis, quae ante relata sunt, vindicatio ei soli datur, qui ejus rei dominus est, & fuit: cui quidem rei ex alieno junctum, & adjunctum est, quasi & id quoque dominio ejus accesserit, ut si meae statuae adjunctum sit brachium alienae, ego solus totius statuae vindicationem habeo directam & utilem. Is vero, cujus brachium fuit, nullam neque directam, neque utilem vindicationem habet, sed aliquando habet tantum actionem ad exhibendum in hoc, ut separetur brachium, & tunc vindicetur: nam quamdiu cohaeret statuae meae, vindicari ab eo non potest. Et sic de caeteris omnibus speciebus dicendum est, excepta illa de imagine depicta in tabula aliena, quae fuit in controversia, & contro-

troverſiæ ſecundæ cauſa jure ſingulari permittit utrique vindicationem tabulæ, ſed uni directam, alteri utilem. Sed in exemplo ſtatuz permaneamus. Secundum hæc, quæ diximus, non poteſt is, cujus brachium fuit, brachium ſuum eſſe, aut ſtatuum ſuam eſſe dicere, non certe ſtatuum, quæ majori ex parte mea eſt, non item brachium, quamdiu cohæret meæ ſtatuz, quia tota ſtatua uno ſpiritu continetur, ut loquitur Paulus in hac lege, *ſi item quæcunque, in ſin. & Pomponius in l. rerum, inf. de uſurp. & uſucap.* qui Stoicorum more *unum ſpiritum* vocat vim ipſam naturæ, quæ rem coadunat, & devincit, adeo ut vitam efficiat, veluti ſpiritum quodam eam permeante, vel diuſo per eam, ut Aphrodiſæus ait in *l. de miſtura, πένευματος τινός δια πάσης αείας διακέντρος*. Et ita Fabius II. Inſtit. *memorian caſeras eloquentiæ partes veluti ſpiritu quodam continere*. Quod vero de ſtatua dixi, cui alienum brachium injunctum eſt, hanc diſtinctionem recipit, quæ proponitur in *ſ. Item quæcunque*, ut multum interſit, quo genere, quoque artificio ſtatuz meæ brachium alienum junctum ſit, ferruminatione, an plumbatura. Ferruminationem fieri per eandem materiam, ut ſi per ferri materiam ferreæ ſtatuz jungatur ferreum brachium. Hoc proprie ferruminatione eſt, & in gloſſis, *σίδης ενωσις εκτός μολιῆδης, Vnio, quæ ſit ferro adhibito ſine plumbo*, Baſilicis eſt *λιπασμός*. Sed porrigitur hæc quoque appellatio ad quamcunque aliam commixtionem, ſive conuſionem, quæ ſit per eandem materiam, ut ſi adhibita æris materia ſtatuz æneæ jungatur brachium æneum. Et ita Plinius 31. cap. 7. *Aqua ferruminari maſſas ſalis*: nam & ſal ipſum aqua concreta eſt, Denique ferrumen eſt gluten, ſive glutinum ejuſdem materiæ. Plumbaturam vero fieri plumbo, vel ſtanno adhibito diverſæ materiæ, ut ſi lapis lapidi plumbo jungatur, *l. 2. de ſepulc. viol.* Baſilicis eſt *καλλιότης*, ſi æs æri plumbo jungatur, ut Lucretius VI. *æreaque res, inquit, plumbo ſit, uti jungatur ab albo*: plumbum album vocans ſtannum, ut Cæſar in comment. in Britannia *naſci plumbum album*. Notum eſt Britanniam hoc præcipue metallo præſtare, id eſt, ſtanno. De plumbatura Juvenalis 14. Satyra.

Dolia nudi

Non ardent Cynici: ſi fregeris, altera fiet

** Cras domus, aut eadem plumbo commiſſa manebit:*

Hinc credo intelligimus, quid ſit ferruminatione, quid plumbatura. Nunc ita dicamus, ſi plumbatura ſtatuz tuæ junctum ſit brachium alienum, id brachium is, qui dominus fuit brachii, petere quidem non poteſt in rem actione, ſed agere poteſt ad exhibendum, ut ſeparetur, quia facile ſolvi plumbatura poteſt. Quod plumbatum eſt, facile deplumbari poteſt, ac deinde deplumbatum vindicari. Quod ſi ferruminatione ſtatuz tuæ junctum ſit brachium alienum: nec in rem, nec ad exhibendum agere poteſt is, qui brachii dominus fuit: quia id ita ſuz ſtatuz conuſum, & commiſſum eſt per eandem materiam, per idem metalli genus, ut id dividi, & ſeparari non poſſit: & plane, quod tuum fuit, conuſum videtur, uſque adeo, ut nec ſi inde forte abruptum ſit brachium, dominium ejus redeat ad priorem dominum, quia alia res eſſe intelligitur: Nec enim ita examuſſim abruptum poteſt, ut integrum quod fuit ante brachium duntaxat abruptum, ſed agere poteſt cujus brachium fuit, quod ſtatuz ferruminatione junctum eſt actione in factum generali de pretio brachii quondam ſui: hæc actio eſt omnium aliarum actionum extremum ſubſidium. Præterea Paulus in hoc *ſitem quæcunque*, duo genera corporum facit: alia, quæ conſtant ex diſtantibus, & diſjunctis à ſe capitibus, ſive partibus, quæ *δινημμένα* Græci vocant, ut grex, armentum, equitium, chorus, familia. In his corporibus ſingulæ partes, ſingula capita, in ſua ſubſtantia, in ſua ſpecie propria durant. Et ideo poſſum gregem vindicare, licet aries tuus, vel ovis quædam tua, vel oves quædam tuæ immixtæ ſint. Et viciffim tu poteſ vindicare arietem tuum, quia retinuit ſuam ſpeciem, aut ovem tuam, ovesve tuas, *l. 2. hoc tit.* Et ſimiliter, ſi choro meo ſit immixtus ſervus tuus, ego poſſum chorum vindicare, tu ſervum tuum. Idem de familia fervorum dici poteſt: Idem de frumenti acervo, *l. 5. in prin. hoc tit.* quia & acervus frumenti ex hoc genere corporum eſt, quia ſingula grana ſuam ſpeciem in-

Tom. II. Poſt

tegram retinent, & ſingula quidem non vindicabuntur, hoc eſſet ineptum, ſed vindicabitur quantum paret in eo acervo ſuum cujuſque eſſe, *d. l. 5.* Alia vero ſunt corpora cohærentia, continuata, & quaſi uno ſpiritu connexa, quæ *ἑνωμένα, & ἀλληλεχόμενα, & συνουῆ* vocantur, *d. l. rerum*, & à Plutarcho in lib. de præceptis connubialibus, & in ſcholiis Dionifii theologi: hujusmodi ſunt, *homo, lignum, lapis, & ſtatua*, qua de agimus. Ex his vero corporibus nulla pars ab alio quoquam vindicari poteſt. Denique brachium ex tua ſtatua junctum meæ à te vindicari non poteſt, ſed neque de eo agi poteſt ad exhibendum, ſi ſtatuz junctum ſit ferruminatione. Sed ſi plumbatura, ſane de eo ad exhibendum agi poteſt: Eſt & tertium genus corporum, de quo agitur in *ſ. tignum*.

AD *ſ. Tignum*. Repetenda ſunt, & intexenda iis, quæ ſequuntur, ea, quæ diximus poſtrema recitatione. Quæſtio, quæ potiſſimum agitatur in hac lege 23. hæc eſt: ſi rei meæ rem tuam junxero, ſive adjecerō, ita ut pars ejus fieret, an totius ejus rei dominus ſim, totamque eam rem vindicare poſſim, ſimul ſcilicet cum eo, quod ei adjunxi de tuo? Et an etiam tu poſſis vindicare, quod tuum in ea re eſt, aut ſi id non poſſis vindicare, qua actione tibi conſulatur? Hæc eſt quæſtio, quæ ut definiatur, videndum illud in primis eſt, quo ex genere rerum ſit ea res, de qua quæritur. Neque enim omnes res ſunt unius generis, ſed ſunt rerum omnium, id eſt, corporum tria genera. Alia enim corpora ex diſtantibus, & à ſe diſjunctis partibus, ſive corporibus ſingularibus conſtant, ut grex, armentum, equitium, familia, chorus, & frumenti acervus. Plura ſunt corpora ſingularia, ut ait *lex rerum, de uſurp. & uſucap.* Plura corpora ſingularia, non ſoluta, inquit, id eſt, non ſeparata, ſed *quaſi acervatim in unum redacta concilium*, ut Boetius ait 1. lib. Arithmet. qui ea etiam corpora proprie *multitudines* appellari ſcribit. Grex multitudo eſt: armentum multitudo: populus, legio, & familia. Alia ſunt corpora, quæ conſtant ex cohærentibus, & uno ſpiritu devinctis partibus, ut homo, arbor, lapis, ſtatua, quæ idem Boetius proprie ſcribit appellari *magnitudines*. Græci, ut ait *d. l. rerum ἑνωμένα* vocant, id eſt, unita corpora. Paulus hoc loco vocat *cohærentia corpora, quæ uno ſpiritu continentur*. Alia vero ſunt corpora, quæ conſtant ex partibus ſeſe contingentibus, ſive cohærentibus inter ſe, non uno quidem ſpiritu, ſed compagine una, quæ ut *lex rerum* ait, dicuntur *συνημμένα*, Latini dicunt compoſita, connexa, conjuncta, cujuſ generis eſt ædificium, quod conſtat ex tignis, ex cæmentis, aliisque ſpeciebus ſeſe contingentibus. Item navis, quæ conſtat ex variis tabulis ſeſe contingentibus, & armarium, quod & fenestram vocat Plautus, *concludere in fenestram firmiter*. Itemque vehiculum, & veſtimentum, cui inſutæ ſunt ſæpe inſitæ multæ, *des bandes*: Hæc ſunt tria corporum genera, quæ ſingula in hac quæſtione excutienda ſunt. Et in primi quidem generis corporibus, quæ ex diſtantibus, & diſjunctis partibus ſunt, quia ſingulæ partes, ut in grege, retinent propriam ſpeciem, propriam ſubſtantiam, ideo cuique minorum ſalva eſt ſuz partis vindicatio. Partis, inquam, certæ, vel incertæ, ut ſi gregi meo immixtæ ſint quædam oves tuæ, & mihi gregis vindicatio competit, & tibi tuarum ovium, *l. 2. b. i.* Si choro meo immixtus ſit quidam ex ſervis tuis, & mihi ſimiliter chori vindicatio competit, & tibi æque ſervi tui: quia chori diſtantia ſunt corpora, & à ſe diſjuncta, ita ut & diſjunctim de ſingulis agi poſſit. Item ſi ex tuo, & meo frumento conſectus ſit acervus, partis cuique ſuz vindicatio competit. Sed hoc caſu partis incertæ, puta, quantum paret in illo acervo ſuum cujuſque eſſe, *l. 5. in prin. b. i.* Et hæc de primi generis rebus. In ſecundi generis reb. ſive corporibus, quæ Paul. in h. l. vocat cohærentia corpora, quæ tamen ejuſmodi ſunt, ut eis ex alieno quid jungi poſſit: neque enim in hominem, vel aliud animal hæc diſputatio cadit, cui nihil ex alieno jungi poteſt: Sed ſi quid ex alieno his corporibus, quæ mea ſunt, junctum ſit, mihi ſoli vindicatio totius corporis, totius rei competit, nulla tibi, quamdiu res tua meæ unita eſt. Sed ſi à toto reſolvi, & ſeparari poſſit, tu poteſ agere ad exhiben-

T

ben-

bendum, ut separaretur à toto pars, quæ tua est, ac separatam deinde vindicare potes. Contra, si separari non possit, necessaria tibi est de pretio rei tuæ actio in factum prætoria. Exempli gratia, si statua meæ brachium tuæ statuæ applumbatum sit, vel si scypho meo ansa, aut fundus scyphi tui, quamdiu ea res in eo habitu sive statu manet, quod ad te pertinet, vindicare non potes: sed quia facile plumbatura resolvi potest, deplumbari potest, tu potes agere ad exhibendum, ut quod tuum in ea re est, separaretur, deplumbetur, ut ejus vindicandi sit tibi copia, & facultas, sed si statuæ meæ brachium tuæ sit ferruminatum, aut si scypho meo ansa, vel fundus tui, quia ferruminatio adamussim exactamve rationem resolvi non potest, nec separari, quod per eam de tuo junctum est meo; ideo neque de eo, quod tuum est agere potes rei vindicatione, neque actione ad exhibendum, ut separaretur, quia separari non potest. Proinde nec si casu quodam brachium statuæ meæ, quod erat tuum, abruptum à statua mea fuerit, id potes vindicare, quia non id ipsum est proprie brachium, quod statuæ meæ cohærebat olim: vel enim minus est in eo, vel plusquam olim fuit in tuo: neque enim abrupti ad exactam rationem potest; quod ferruminatione statuæ meæ ita confusum, & commixtum est, ut exacta ratione deduci non possit: si abruptum brachium posses vindicare, posses & de eo adhuc cohærente meæ statuæ agere ad exhibendum. Hoc autem non potes, ergo nec illud. Denique in hoc genere rerum, quando difficilis est separatio rei tuæ ab universo corpore, rei tuæ nomine, neque tibi vindicatio competit, neque ad exhibendum, sed potes agere de pretio ejus rei adversus me actione in factum prætoria, quæ extremum est juris sui obtinendi, & generale subsidium, aliis actionibus deficientibus: Eadem est ratio scripturæ, vel picturæ appositæ in aliena tab. si quid in charta, aut membrana mea tua manu scripseris, quia ejus scripturæ separatio non est: tibi chartæ, aut membranæ non competit vindicatio, neque eo nomine ad exhibendum agere potes, sed pretium scripturæ consequi poteris per exceptionem doli mali, si chartam, aut membranam apud te habeas, vel si non habeas, per illam in factum actionem prætoriam, ut tandem obtinuit; ratio longe alia est scripturæ, alia picturæ: namque propter excellentiam picturæ plus tibi datur jure singulari, si in tab. mea pinxeris imaginem: nam potior est causa picturæ sive imaginis, quam tabulæ, hoc est tabula picturæ cedere videtur potius, quam pictura tabulæ. Quæ de causa, & tabulæ pictæ tabular. nomen fere amittunt, & nomen imaginis assumunt. Et certe quas *tab. pictas* Livius vocat 38. Polybius in fragmento 28. vocat *τὰς γραφὰς, picturas*. Commune est Græcis picturæ, & scripturæ nomen: & vero tibi, qui pinxisti imaginem in mea tab. datur directa vindicatio tabulæ, quia præcellit causa picturæ, oblato tab. pretio: mihi tantum datur utilis vindicatio tab. si eam teneas oblato picturæ pretio. Hæc sententia obtinuit, l. 9. §. *literæ, de acquir. rer. dom.* non obtinuit sententia Pauli, quæ proponitur in §. *sed & id quod*, picturam tabulæ cedere, quod pictura sine tab. stare non possit. Hæc erat ratio Pauli, sed media sententia obtinuit, ut si dominus tabulæ eam teneat, vindicet pictor ab eo tabulam oblato pretio tabulæ directa vindicatione, & quasi jure potioris. Sin autem eam tabulam pictor teneat, vindicet ab eo tabulam tabulæ dominus utili tantum vindicatione oblato pretio picturæ. Et hæc de secundi generis rebus, de quibus quod diximus, idem plane videtur statuendum esse in tertii generis corporibus, quæ scilicet ex variis partibus se contingentibus composita sunt, ut in navi, armario, ædificio, vehiculo, vestimento: nam quod in ejus generis re mea de tuo junctum est, non potes quidem id tu vindicare quamdiu rei meæ cohæret, cui id cedit accessionis vice: sed si separari possit, potes agere ad exhibendum, ut separaretur, & tum vindicetur à te, ut si navi, vel armario meo junxero tuam tabulam, tuam tabulam vindicare non potes, sed prius debes agere ad exhibendum, ut ea separaretur, ac deinde eam vindicare. Idemque est si vehiculo meo aptaverim tuam rotam, rotam vindicare non potes, sed ut ea separaretur agere potes ad exhibendum, quo sit tibi ejus vindican-

de copia, & facultas. Idem est si vestimento meo tuam purpuram intexuero, si candelabro meo sigillum tuum, si (genus poculi est) phialæ meæ *ἔμβλημα* tuum junxero, si annulo meo gemmam tuam inclusero, gemmam non potes vindicare, sed ut ea separaretur agere potes ad exhibendum, & tunc vindicetur, l. 6. §. 7. *ad exhib.* Sed si quod rei meæ ex tuo junctum est non possit separari, ut si ædificio meo junxero tignum tuum, quo nomine & cæmentum continetur, & testa, & generaliter omnis materia, qua ædificium sit, vel etiam, quæ ad vineæ tutelam necessaria est, ut puta tigni appellatione continentur perticæ, pedamenta, juga, riddicæ: quia vero & tigna tua, quæ juncta sunt ædificio meo, aut vineæ meæ separari non possunt, de his neque tu potes agere rei vindicatione, neque ut separantur, excludantur actione ad exhibendum. Ideo autem separari non possunt, non quia id natura non ferat, nihil enim est facilius, quam tignum eximere ædificio, aut trabem, aut cæmenta, aut vineæ pedamenta: Non, inquam, quia separationem natura non ferat, sed quia lex 12. tabul. nominatim vetat tignum alienum junctum ædibus, aut vineæ resolvi, excludi, eximi, ne diruantur ædificia: publice enim interest non dirui ædificia: ne item vinearum cultura turbetur, l. 1. *de tign. juncto*. Denique tignum tuum quamdiu cohæret ædificio meo, aut vineæ meæ, neque vindicari potest, neque de eo agi ad exhibendum: nisi, inquit, Paulus in §. *pen. adversus eum, qui sciens alienum junxit ædibus*, id est, adversus furem: nam in eum est actio ad exhibendum, non quidem ut separaretur tignum, quia hoc lex vetat, sed quia dolo fecit, quo minus possideret dum id junxit ædibus suis, vineæve suæ, l. 1. *in si. de tign. juncto*. agi, inquam, in eum potest ad exhibendum pretii nomine quanti in litem juratum erit: pretii nomine, quod fecerit juratus actor, non quia dolo desiit possidere: neque enim id possedit ante, neque nunc possidet, quum junctum est ædibus suis. Qui ædes possidet, non possidet singula tigna, l. *qui universas, de acquir. poss.* Non igitur quia dolo desiit possidere, sed quia dolo fecit, quo minus possideret, quia tigna juncta suis ædibus non possidet. Eademque ratione ei dari poterit actio in rem, quia dolo fecit, quo minus tignum possideret, dum junxit ædibus suis. Est enim in eum, id est, in furem actio in duplum ex 12. tab. quæ meram dupli pœnam continet extra rem, l. 2. *de tign. juncto*. At notandum, eandem quoque in duplum actionem ex 12. tab. dari etiam in non furem, qui tignum junxit ædibus suis, id est, qui ignorans alienum tignum, quod erat furtivum, id est, quod alius furto subripuerat, suo ædificio, vel suæ vineæ junxit. Hoc ostendit Paulus in h. §. quod prima facie durum videtur, ut qui bona fide junxit tignum alienum suis ædibus, quasi fur teneatur in duplum, sed ideo tenetur, quia olim non tantum furti erat actio in eum, qui furtum fecerat, sed etiam erat actio furti concepti in eum, qui furtum non fecerat, apud quem tamen res furtiva inveniebatur. Ideoque adversus eum, qui bona fide tignum alienum, quod erat furtivum junxit suis ædibus, est actio in duplum ex 12. tab. quia tignum furtivum apud eum conceptum est, vel tignus furtivus apud eum conceptus est (Utrumque recte dicitur, ut apud Livium sæpe tignus, & tignum) qui tamen habet regressum adversus eum, qui id tignum ei obtulit, ut apud eum inveniretur, non apud se per actionem furti oblato, §. *conceptum, Inst. de oblig. quæ ex delicto*. Actio furti concepti solemnni more per lancem, & licium, idem continet ex 12. tab. quod actio furti manifesti, auctore Gellio. At actio furti concepti alia ratione, quam lance, & licio per licitorem, puta furti non quæsit, sed cogniti facile in ædificio alieno, idem continet, quod actio furti nec manifesti, id est, duplum. Et quod necessario est sciendum, in furem, qui sciens junxit, tota est pœnalis, d. l. 2. in non furem est mixta: id est, continet rem, aut rei pretium, & pœnam in alterum tantum. Unde nunc magis accedo priori sententiæ meæ, maxime monitus in originali Felsti, quod nuper edi curavit Fulvius Ursinus, de tigno juncto legem 12. tab. ita esse perscriptam: *Tignum junctum ædibus, vineæve, & concapit ne solvito*. Mea opinione fuit pro & concapit, esse legendum, & concapitum, id est, conceptum cognitumve,

ut in Glossis veterum *concapito*, id est, concipito, & similiter in 12. tab. *incapito antestari*, id est incipito. Conquiri res furtivæ solebant per lictores lance, & licio, quod Festus interpretatur, res scilicet furtivæ, quæ abditæ erant, quæ non erant in propatulo quæri, deinde cognosci de illis. Quæ autem erant in propatulo, ut tigna ædificiorum, aut vinearum, cognosci tantum. Et ad id facit nonnihil locus fœderis icæ cum Antio. ho apud Livium 58. *si quid ablatum est, id conquirendi, cognoscendi, repetendique jus esto*. Et hæc ita se habent, si tignum furtivum fuerit, quod vel fur, vel non fur junxit suis ædibus: nam si tignum furtivum non fuerit, cessat actio legitima in duplum, quia ea actio tantum est de tigno furtivo, *l. de eo, de donat. int. vir. & uxor*. Quod & tituli de tigno juncto vicinitas cum titulo de furtis satis aperte demonstrat. Sed hoc casu, videlicet quum tignum non est furtivum, erit in eum, qui junxit suis ædibus bona fide, quia furtivum non est, quod apud eum concipitur, & esse cognoscitur: hoc, inquam, casu in eum tantum est actio in factum prætoris de tigni pretio sive æstimatione, *L. qui res, §. ult. de solut.* Et rursus hæc omnia ita se habent, quamdiu tignum cohæret ædificio: nam diruto ædificio ex causa aliqua dominus tigni tignum vindicare, & de eo agere ad exhibendum potest, si nondum sit consequutus duplum ex 12. tab. *§. cum in suo, Institut. de rer. divis.* quod ostendit *§. ultimus* hujus legis. Qui ex alienis cæmentis, quæ etiam veniunt tignorum appellatione, in suo ædificat, domum totam vindicare potest, quia superficies cedit solo. Prior autem dominus non potest cæmenta vindicare, vel eo nomine agere ad exhibendum, ut separentur, quia obstat *l. 12. tab.* diruta tamen domo prior dominus eam vindicare potest, vel agere ad exhibendum, si non ante egerit in duplum. Idemque est, si domus illa à quodam extraneo, non domino, vel ab alio quodam, qui in alieno solo ædificavit, transferit ad bonæ fidei possessorem, vel emptorem, & ab eo usucapta sit: nam etsi usucapta sit domus, dissoluto ædificio, domino competit vindicatio tignorum suorum, & cæmentorum suorum, quia domus usucapta est, non singula cæmenta, & possessa est domus, non singula cæmenta & tigna. Et ideo usucapio domus ei non abstulit dominium cæmentorum, tignorum suorum: quod ostenditur in *l. 7. §. illud recte queritur, de acquir. rerum dom. & l. eum, qui, de usurp. & usucap.*

damnatus præstitit pecuniam; aut in area, quæ fuit petitoris, per errorem insulam ædificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum ædificium. Quod & in area uxori donata, per judicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt. Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum Proculus existimat: quia neque cavere servo meo debeam, nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.

Intelleximus ex l. 23. rei vindicationem ei dari, qui dominium adquisivit jure civili, veluti usucapionis jure, aut jure gentium, veluti traditionis jure factæ à domino ex justa causa acquirendi dominii, vel etiam, ut in eadem l. explicatum fuit, accessionis seu prævalentiæ jure. Nunc intelleximus ex hac l. 27. adversus quem detur. Et primum quidem constat eam dari adversus eum, qui rem possidet, quive dolo malo fecit, quo minus eam possideret. Hoc enim est, quod dicitur in *l. non alias, §. ult. de judic.* in rem actionem esse ex præsentis possessione: ex præsentis scilicet aut præterita, quam amiserit dolo malo, quæ pro præsentis habetur, licet non sit præsens juxta regulam leg. 131. & l. 150. de reg. jur. Hoc idem est, quod dicitur in *l. 1. C. de alien. jud. mut. caus. fac.* In rem actionem possessionem parere adversario, ut in *l. ult. hoc tit.* actionem in rem non pati eum, qui dicit se non possidere. Et hoc etiam titulo in l. 36. eum, qui agit in rem actione frustra agere, si is, cum quo instituit actionem, neque possessor sit, neque dolo desierit possidere. At nonnunquam etiam in rem actione tenetur quasi possessor is, qui neque possidet, neque dolo desit possidere, puta si mentiatur se possidere, & ultro se rei defensionem offerat, & litem contestetur, hoc enim exigitur omnimodo, atque ita frustratur, moretur, decipiat, eludat actorem ignorantem persuadendo ei se rem possidere. Dico si litem contestetur: Nam si cum ante litem contestatam falso dixisset se possidere, pœnitentia actus etiam ante litem contestatam vere dixerit non possidere: absolvitur, quia nondum litem contestatus est, & ex ejus pœnitentia nulla fraus, nulla captio actoris est. Post litem contestatam non est ei integrum negare, se non possidere. Ideoque etiam si id negaverit post litem contestatam eandem condendus est, quasi possessor, vel ex clausula doli mali, dolum malum abesse, & abfuturum esse: quæ pars est stipulationis judicatum solvi, quam interponere initio judicii debet: & hæc ostenduntur obtinere etiam in petitione hereditatis, in omnibus judiciis in rem, vel quæ præparant judicium in rem, ut in actione ad exhibendum, *l. iter, §. non solum, l. qui se liti, sup. de petit. hered. l. 25. hoc tit.* Dammandus, inquam, est quanti actoris interfuit non decipi. Cujus rei & simile argumentum est in *l. electio, §. neque homini, de noxal. aff. l. heres, de petit. hered. mendacium* corrigi potest ante litem contestatam re integra, quia ea res actori non est fraudi, qui nondum quicquam in litem impendit. Post litem contestatam sera est correctio mendacii, id est, si actor veri fuerit ignarus, id est, fuerit deceptus mendacio ejus, qui primum dixit se possidere: Nam si ab initio litis actor sciverit eum non possidere, is certe absolvendus est, quia sciens decipi non videtur, quin potius ipse se decipit, quam decipiatur, qui sciens agit cum eo, quem scit non possidere, *l. 26. hoc tit.* Imo vero in uno casu, qui proponitur initio hujus legis 27. etsi ante litem contestatam ille, qui falso dixit se possidere, & rei defensionem se obtulit, pœnitentia actus mendacium correxerit, dammandus est, quanti interfuerit actoris ignorantis non decipi: puta, si mendacio suo, sive falsa persuasionem effecerit, ut quum dominus agere vellet adversus Titium verum possessorem, non egerit adversus eum. Quare factum sit, ut interim Titius, qui erat bonæ fidei possessor, rei usucapionem impleat, quæ res maxime est fraudi domino. Et ideo etiam correcto mendacio ante litem contestatam, is, qui mentitus est, dammandus est ei, videlicet, quod & exprimitur, si & hoc ex scripto habita testatione, adhibitis testibus actor protestatus sit, puta se ideo non agere cum Titio, quod ille alter diceret se possidere, non Titium, & in re agenda testationem illam proferat, atque adeo per eam judici probet, se dolo illius delusum, & circumscriptum fuisse: mendacium species est doli. Testationem

Ad L. XXVII. cod. *Sin autem, cum à Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, & ideo liti se obtulit: & hoc ipsum in re agenda testatione probavero, omnimodo condemnandus est.*

D **A**d *§.* Possidere autem aliquis debet utique, & liti contestatæ tempore, & quo res judicatur. Quod si liti contestationis tempore possedit, cum autem res judicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Item si liti contestatæ tempore non possedit, quo autem judicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnatur: ergo & fructuum nomine, ex quo cepit possidere damnabitur.

Ad *§.* Si homo petitus, dolo possessoris deterior factus sit: deinde sine culpa ejus, ex alia causa mortuus sit: æstimatio non fiet ejus, quod deteriorum eum fecerat: quia nihil interest petitoris: Sed hæc, quantum ad in rem actionem: Legis autem Aquiliæ actio durat.

E **A**d *§.* Sed & is, qui ante litem contestatam dolo desit rem possidere, tenetur in rem actione: Idque ex Senatusconsulto colligi potest, quo cautum est (ut diximus) ut dolus præteritus in hereditatis petitionem veniat. Cum enim in hereditatis petitione, quæ & ipsa in rem est, dolus præteritus fertur; non est absurdum per consequentias, & in speciali in rem actione dolum præteritum deduci.

Ad *§.* Si per filium, aut per servum pater, vel dominus possideat, & is sine culpa patris, dominive, rei judicandæ tempore ablit: vel tempus dandum, vel cavendum est de possessione restituenda.

Ad *§.* In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit: per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali judicio servum defendit, &

tionem vero hoc loco recte Basilica interpretantur *ἕγγυα- A*
ρον διαμαρτυρεῖται. Testatio ita facta, ex scripto scilicet, & ad-
 hibitis signatoribus, plurimum valet ad fidem faciendam
 judici, dolumque comprobandum, ut *l. ult. de custod. reor.*
testationibus id probandum est, ut hoc loco, & hoc ipsum testa-
tione probavero. Hoc vero testationis genus Ovidius de
 Ponto expressit his verbis.

Confiteor, testere licet, signate Quirites.

Nil opus est legum viribus, ipse loquor.

Illo autem condemnato ob suum mendacium, non est
 existimandum, ideo minus dominum rei posse agere cum
 Titio vero possessore rei vindicatione, videlicet, si non-
 dum Titius rem usucepit, nam & à Titio rem vindicabit,
 quam nondum usucepit, *l. 7. hoc tit.* Et ab illo, qui men-
 titus est, consequetur quanti sua interest: neque enim
 mendax condemnatur nomine possessoris, sed suo nomi- B
 ne ex dolo proprio.

AD §. Possidere. Sequitur in §. 1. *h. legis*. Quotiens in rem
 actione agitur adversus possessorem, ut sequatur con-
 demnatio, non satis, esse, si rem possederit tempore litem con-
 testata, nisi etiam eam possederit tempore rei judicata: nam
 si pendente lite nondum re judicata, sine dolo malo, & culpa
 sua amiserit ejus possessionem, ut puta si res, qua de ageba-
 tur, naturaliter interierit, si homo, qui petebatur sua morte
 interierit, exuerit hominem, condemnandus non est, sive bo-
 næ fidei possessor fuerit, sive malæ fidei, si modo res eo
 modo interierit, quo erat interitura apud actorem, si statim
 ei restituta fuisset, *l. 15. §. ult. hoc tit. l. illud, de petit. heredit.*
 Satis autem est, si rei judicata tempore rem possederit,
 licet eam non possederit tempore litem contestata. Unde C
 inf. in hac *l. rectius Florentini, rei judicandæ tempore*, quam
 vulgares, *rei vindicandæ tempore*. Quia rei judicandæ tan-
 tum tempus spectatur. Ergo & fructuum ratio habetur, ut
 subjicit Paulus, ex eo tantum tempore, quo rem possidere
 cœpit, non ex tempore litem contestata, quo rem non pos-
 sederit. Et hujus sententiæ auctores sunt Proculiani, ut
 Paulus in hoc §. significat his verbis: *Probanda est Proculii*
sententia, ut omnino condemnetur, qui rei judicata tempore
 possidet: licet non possideat tempore litem contestata:
 Quam etiam esse probandam Ulpianus ait in *l. quaesitum*,
 in *princip. de pecul.* Et Proculo adjungit Pegasus, qui etiam
 fuit ejusdem sectæ, itemque Celsus, in *litem videndum*, §.
pen. de petit. hered. Sabiniani dissensisse videntur, quod per-
 peram inchoatum sit iudicium in rem in non possessorem.
 Hi initium iudicii spectabant, illi exitum, quorum sententia D
 probatur, & legis prævaluit: Et addit Ulpianus in *d.*
l. quaesitum, idem servari in actione ad exhibendum, ut *l. 7. §.*
pen. & ult. ad exhib. & in actione de peculio: Nam etsi ni-
 hil sit in peculio litem contestata tempore, cum actione de
 peculio agitur adversus patrem, vel dominum, modo sit rei
 judicata tempore, condemnatio facienda est, ut *l. Fulcinius*,
 §. *si qui actione, quibus ex caus. in possess. eat. l. 26. §. pen. de*
jurejur. Idem etiam servatur in petitione hereditatis, *l. si*
quo tempore, & d. l. item videndum, §. pen. de petit. hered. In
 qua etiam actione dicimus in *l. si à domino, §. pen. eod. tit.*
 quum quæritur, an bonæ fidei possessor factus sit locu-
 pletior, tempus rei judicata spectari, non tempus litem
 contestata.

AD §. Si homo. Proculianorum autem sententiæ congruit E
 etiam, quod sequitur in hac lege, §. *si homo*. Si post litem
 contestatam possessor servum, quo de agebatur, dolo malo
 deteriorem fecerit, puta debilitaverit, aut vulneraverit, uti-
 que officio iudicis continetur, ut habeat rationem damni da-
 ti, ut æstimet quanti deterius servus, qui petebatur factus
 sit post litem contestatam, ut *l. non solum, sup. h. t.* excepto uno
 casu, qui proponitur in hoc §. Si dolo malo à possessore
 servo petito, deteriore facto, postea adhuc pendente ju-
 dicio, pendente lite, is servus, sine dolo malo, & culpa pos-
 sessoris suo fato interierit, non ex vulnere, sed ex fati neces-
 sitate, aut vi majore quadam. Hoc enim casu, ut osten-
 ditur in hoc §. absolvendus est possessor à iudicio in rem,
 quod est de proprietate, quia inepte quæritur de proprie-

tate mortui. Et quia igitur rei judicata tempore non
 possidet servum, ut necesse est, nec dolo culpave sua pos-
 sidere desit. Quod adeo verum est, ut nec æstimare judex
 possit, quanto servus ille deterius factus antea fuerit. Post
 litem contestatam tamen, quia suo fato interempto servo,
 jam nihil ob eam rem actoris interest, & actio in rem, ut
 & actio ad exhibendum datur tantum ei, cujus interest
 rem restitui utroque tempore, scilicet litem contestata, &
 rei judicata, ut est nominatim proditum in *l. 7. §. ult. ad*
exhib. In hac tamen specie actori integra manet actio legis
 Aquiliæ in simplum, si reus confitetur, vel in duplum, si
 negat. Morte hominis petiti extinguitur iudicium in rem.
 Non extinguitur tamen ratione damni dati, id est, dete-
 rioris servi effecti, semel nata actione legis Aquiliæ, quæ
 competit maxime, cum sit pœnalis, etiam ei, cujus inte-
 resse desit. Satis est enim, si olim interfuerit semel, quod
 & in omnibus aliis actionibus locum habet, quæ vel pœ-
 nam, vel id, quod interest, vel vindictam persequuntur, *l. 3.*
§. ult. ad l. Fab. de plag. & l. quæcunque, de oblig. & act. l. doli,
§. ult. de serv. corrup. Et hoc, ut dixi supra, si ab initio is,
 quo cum agebatur in rem, bonæ fidei possessor fuerit, sive
 malæ fidei, si tamen eo modo post litem contestatam
 servus interierit, quo & apud actorem interiisset, si ei in
 tempore restitutus fuisset. Et ita explicandus est §. *si homo*.
 Porro in hoc libro Paulus prius docuit, actionem in rem
 dari in possessorem, eumve, qui possessorem se esse di-
 ceret, id est, qui se liti offerret, eumve, qui post litem con-
 testatam dolo malo desisset possidere.

AD §. Sed & is. Deinde in §. *sed & is, qui*, docet & adver-
 sus eum dari actionem in rem, qui ante litem conte-
 statam dolo malo desit possidere. Præteritum scilicet dolum
 venire non minus in actione in rem speciali, quam in peti-
 tione hereditatis, *l. 13. §. is autem, & l. 25. §. si ante, de petit. hered.*
 quod in petitione hereditatis nominatim est comprehen-
 sum SC. Adriano, ut in ea habeatur ratio doli præteriti,
 id est, admissi ante litem contestatam. Valde supinus est
 error Basilicæ, quæ interpretantur præteritum dolum,
 ἀπορημασθέντων, quasi silentio præteritum, ut præteritum fi-
 lium vocamus. Satis manifestum est, significari præteriti
 temporis dolum, qui scilicet admissus est ante litem con-
 testatam in utroque iudicio, non tantum præteritum dolum
 aut futurum, sed & præteritum venire. Et hoc quoque in
 hoc §. *sed & is* Paulus scribit, se ante dixisse, nempe in
l. si à domino, §. si prædo, sup. de petit. hered. Et argumentatur
 à petitione hereditatis ad actionem in rem specialem:
 inquit, *per consequentias, & in speciali in rem actione*
dolum præteritum deduci. Per consequentias, inquit, quasi
 scilicet magnitudo centumviralis iudicii, quale est petitio
 hereditatis exemplum, sive specimen esse debeat cæteris
 iudiciis privatis in rem. Par enim in omnibus intervenit
 ratio, ne quis quod dolo fecit impune ferat: ergo & in
 omnibus deducitur, ferturque dolus præteritus. Senatus-
 consultum de petitione hered. quod palam definit in ea
 præteritum dolum deduci, per consequentias, & sequelas
 quasdam necessarias iuris, & paris necessitatis, ut Stoici
 loquuntur, *κατὰ τὴν ἀνάγκην* apud Gell. 6. cap. 1. Id Sena-
 tusconsultum locum habet etiam in qualibet actione in
 rem speciali.

AD §. Si per filium. Mox Paulus inquit in §. *si per filium*,
 hac actione teneri etiam eum, qui rem mobilem (spe-
 cies enim hæc congruit tantum rei mobili) possidet per
 alium, puta per filium, aut servum, qui rem mobilem possi-
 det, non suo, sed alieno corpore. Sed si sine culpa ejus rei ju-
 dicandæ tempore absit filius, vel servus, quod tempus po-
 tissimum spectari oportet, ut jam ante dixi, dandum est ei
 spatium certi temporis, intra quod jubeat filium, aut servum
 redire, qui rem mobilem secum pertulit, aut certe cautionem
 eum præstare debere, de re restituenda certa die, aut quum
 in suam potestatem pervenerit, ut in §. 1. *Inst. de off. jud. l. 5. §.*
ult. l. de eo, §. si iusta causa, ad exhib.

AD §. ult. In hoc §. ult. ostenditur, possessorem, qui in rem actione convenitur, petitori reputare posse impensas utiles, & necessarias, quas in rem, quæ ab eo petitur, fecit ante litem contestatam: ut si servum, qui petitur, ægro- tum curarit suis sumptibus, & persanaverit, *l. ult. C. in quibus caus. cess. longi temp. præscr.* vel si domum, quæ petitur refe- cerit, si in agro, qui petitur novellata instituerit, vineta, oli- veta petitionem quidem earum impensarum possessorem non habere, sed reputationem habere opposita exceptione doli mali, quia petitor dolo facit, qui ex aliena jactura lucrum facere tentat, *l. plane, de pet. hered.* Beneficio hu- jus exceptionis possessor rem, quæ petitur, retinet, nec ante petitori restituere cogitur, quam is reddiderit ei im- pensas, quas in eam rem fecit, vel si forte possessor eam ex- ceptionem omiserit, per judicem earum impensarum ratio habetur, ut in *l. sumptus inf. hoc tit.* ut fit in petit. heredita- tis, *d. l. plane.* Et in *d. l. sumptus, a'ovd'et'as,* sine copula ulla, quæ tamen subintelligi debet, scriptum est, sumptus servari exceptione doli posita per officium judicis æquitatis rati- one, quia hæc verba sic exaudienda sunt, exceptioni doli opposita, vel per officium judicis, ut in *d. l. plane, & l. bona fide, de noxal. action. l. 3. §. ult. nautæ, caup. stab. l. iudicata, de except. rei judic. conjuncta l. cum filius, de leg. 2.* Duo enim sunt remedia diversa, exceptio doli, & officium judicis. Hanc autem reputationem impensarum utilium, & neces- sariarum, maxime si res existet, in quam factæ sunt, habet non tantum bonæ fidei possessor, sed & prædo, non quidem ex rigore juris, sed ex æquitate, ut fufius ostendi in *d. l. plane.* Et Paulus quidem hoc loco juris rigorem spectat, quum de bonæ fidei possessore tantum loquitur, ut hæc verba indicant, *per errorem.* Sed benignius tamen est, idem quod hic scribit in bonæ fidei possessore, admittere in præ- done, id est, in malæ fidei possessore, si modo, ut explicat *d. l. plane,* res extet, in quam malæ fidei possessor impendit. Et eadem æquitate moti dicimus indistincte, si ante litem contestatam possessor bonæ, aut malæ fidei servum, qui pe- titur noxali judicio defenderit, & damnatus præstiterit pecuniam, id est, litis æstimationem, noxæ sive damni æsti- mationem, cum id utilius esset, quam servum dedi in no- xam, quæ etiam utilis impensa est, *l. ult. de pet. her.* ejus im- pensæ rationem ferri atque deduci in judicio in rem per ex- ceptionem doli mali, vel per officium judicis. Bivium enim patet possessori cuilibet ad servandas sibi impensas, quas fecit in rem alienam. Itemque si ante litem contestatam possessor in alieno solo, in aliena area domum suis sumpti- bus ædificaverit, qui etiam sumptus proculdubio utiles sunt, maxime si per errorem, ut ait, id est, bona fide, cum existimaret suam aream esse, id fecerit, domino domum vindicante eo jure, quo dicitur superficies semper solo ce- dere ejus esse superficiem, cujus & solum est, quæ regula est non civilis tantum, sed etiam naturalis juris, *l. ult. de su- perf.* Domino, inquam, eo jure vindicante domum in suo solo ab extero inædificatam, per retentionem domus oppo- sita exceptione doli mali, servare eos sumptus potest. Peti- tionem eorum non habet, nullam scilicet actionem habet, qua eos sumptus petat, sed habet retentionem tantum, sicut in jure, atque etiam in oratione quadam Demosthenis: multa sunt exempla, quibus quarum rerum est retentio, non ta- men earum est actio, non est earum petitio. Et in proposito similiter possessor petitionem horum sumptuum non habet, sed retentionem tantum, *l. si in area, de cond. indeb. l. Paulus respond. de doli except. l. 14. in princ. comm. divid. l. id- que, §. 1. de actio. empt. l. sed si vir, §. si vir uxori, de don. int. vir. & uxor. l. 2. Cod. Gregor. de rei vind.* Prædo autem sum- mo jure, nec retentionem eorum sumptuum habet, quia de se queri debet, qui sciens tenere in rem alienam impendit, *l. 7. §. ex diverso, de acquir. rer. dom. l. 1. Cod. Gregor. de rei vind.* Verum ex æquitate etiam retentio prædoni accommodan- da est, si modo ædificium extat incolume, quod sciens im- posuit alieno solo, *d. l. plane:* nisi, ut subjicit Paulus, quæ ex- ceptio locum habet in utroque possessore, petitor negli- gat ædificium, quod in suo solo impositum est, idque patia- tur tollere possessorem diruto ædificio. Quæ exceptio apta-

Ari debet, ut dixi etiam ad malæ fidei possessorem. Tollere ædificium, est diruere ædificium, & materiam secum aspor- tare, quod ruri facile conceditur: in urbe publice interest non tolli, non dirui ædificia, non deformari ruinis urbis aspectum, quod vel lex 12. tab. de tigno juncto satis com- probat. Denique secundum hæc, posset quis dicere, & ar- gumentari in hunc modum: Si satis est possessori, quod pe- titor eum patitur tollere ædificium, nec quicquam ei ampli- us petitor præstare debet: Igitur non satisfit possessori in totum, neque enim inde recipit mercedes fabrorum, asportat tantum materiam, & rudera, aut tigna, non est undeumat, aut sibi reficiat fabrorum mercedes. Denique sola licentia tollendi ædificii, sola deductio materiæ, non re- sarcit possessori omnia ædificationis impendia, & durum videtur esse, ut non ei resarciantur omnia. Verum ut pau- cis respondeam, hæc exceptio, quam hic Paulus subjicit, nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum ædificium: hæc, in- quam, exceptio eo tantum casu locum habet, quo petitor non habet unde possessori ædificii refundat impensas: nam si habet unde eas refundat, omnimodo refundere cogitur per exceptionem doli, vel per officium judicis. Quod si non habet unde eas impensas possessori refundat, melius est possessorem alienæ rei in damno aliquo morari, quam do- minum re sua carere. Cujus rei argumentum etiam est in *l. fundo, inf. h. t.* Subjicit Paulus, etiam judicem, qui de dote cognoscit, arbitrum rei uxoriæ, arbitrum dotis recipiendæ in *l. Titia, de solut.* idem servare in area uxori donata, cui uxor suis sumptibus ædificium imposuit. Nam divortio facto, si mulier agat de dote, & maritus utatur retentione ob aream uxori donatam, quod possit, aut potuit semper ante Iulianum, *l. fructus, §. ob donationem, l. rei judicata, §. 1. sol. mat.* contra mulier poterit marito reputare sumptus ædi- ficii, nisi si maritus, qui non est solvendo, pati paratus sit eam tollere ædificium. Et ita hic locus de dote explicandus est, qui erat concisus nimis, ut solent esse omnia, quæ Pau- lus scribit. Hoc autem, quod dixit servari in area, idem mox jungit, non ita servari posse, si possessor alienum servum ru- dem adhuc, & impuberem erudivit, artemve, aut artificium aliquod edoceri curavit suis sumptibus, qui sumptus etiam utiles sunt, *l. 6. de imp. in reb. dot. fact. l. impensæ, de verb. signif.* Idem servari in hac specie non potest, quod diximus esse servandum in area: Nam si dominus servi non habeat unde impensas eruditionis possessori restituat, quid fiet? carebit ne servo suo? Sic videtur prima specie, quoniam remedium illud, quod adhibetur ædificio in aliena area posito, nimi- rum, ut petitore non existente solvendo, possessor tollat quæ posuit: in hac specie idem remedium adhiberi non po- test. Ars enim, quam servus didicit, ei eripi non potest. Est enim ars habitus intellectus: omnis autem habitus, ut ait Aristot. *δύναμις ἢ ἴσχυς*, id est, amoveri & avelli perdifficilis. In hac igitur specie melius est, ut possessor servi alieni, qui eum erudivit suis sumptibus, suæ pecuniæ damnum faciat, sua pecunia careat, quam ut propter inopiam dominus suo servo careat: exceptis tamen duob. casibus, quorum unus in *l. 29.* ponitur. Si dominus forte, cum esset venalitiarius, id est, mango servorum, mox eum servum promercalem ha- biturus, & propter eruditionem servi ex pretio plus conse- cuturus sit: Nam hoc casu æstimatio facienda est officio ju- dicis, quanto scilicet is servus pretiosior factus sit, ut id vel possessori reddatur, vel servus à possessore retineatur, atque ita dominus carebit suo servo: nisi conquiescit pecuniam, quo refundat sumptus eruditionis, quos etiam mox est re- cuperaturus vendito servo. Et hujus rei argumentum est in *d. l. in fundo, & l. 10. de imp. in reb. dot. fact.* Alter casus est in *l. 30.* si bonæ fidei possessor domino denunciaverit, cum vellet eum servum erudire, ut impensas eruditionis solveret aut faceret, & ipse id dissimulaverit, nec tamen vetuerit, eum servum erudiri: Nam & hoc casu servo suo care- bit, si impensas eruditionis possessori non restituat, vel restituere non possit: quia sciente eo, nec vetante factæ sunt, cujus rei est argumentum in *l. 8. de imp. in reb. dot. fact.* Exceptis his duob. casibus, domino, eidemque petitori ser- vi, quia aliunde impensas eruditionis, & mercedes magi- strorum possessori solvere non potest, possessor eas non repu-

reputat, nec ab eo consequitur per exceptionem doli, vel per officium judicis, sed eis impensis non deductis possessor condemnandus est, ut servum domino restituat.

Ad L. XXXI. eod. *Ceterum, cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum pubertas ejus spectanda est, quia etiam impuberis aliqua operæ esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio ejus percipi potuerunt, quod artificio sumptibus possessoris didicit.*

ET quemadmodum idem Paulus ostendit in l. 31. hoc tantum habet possessor in hoc casu, ut si ab eo dominus petat fructus pueri: nam & pueri sunt operæ, atque adeo fructus quidam: & de puero jam cæpit loqui Paulus in *g. ult. leg. 27. illo loco: Sed si puerum meum cum possideres, erudisses*: hoc, inquam, tantum habet possessor, ut si ab eo dominus petat fructus pueri, eos compenset cum impensis factis in eruditionem pueri, sicut perpetuo, & generaliter obtinet, impensas factas fructuum quaerendorum causa, quemlibet possessorem pensare cum fructibus, & improbe facere petitorum, qui fructus sibi restitui desiderat, non deductis, aut reputatis sumptibus à possessore factis fructuum quaerendorum causa, *l. si à domino, g. ult. sup. de petit. hered.* ubi id fusius explicavimus. Et observandum, quem puerum dixit Paul. in *g. ult. l. 27.* eum in hac impuberem vocari, dum ait, etiam impuberis aliquas esse operas, aliqua esse ministeria: ergo & fructus aliqui sunt: operæ servi, aut mercedes operarum in fructu sunt servi. Itaque pueri nomine in *d. g. ult.* significatur non conditio servilis, ut quum dicitur *marcipor*, aut *quintipor*, id est, Marci puer, aut Quinti puer, sed significatur in illo *g. ultimo*, ætas pupillaris. Solent autem pueri eruditi plerique à quinto ætatis anno usui, & fructui esse, ut proditum est aperte in *l. ult. g. dabitur, de oper. serv.* Unde & in *l. seq.* jam pridem ostendi, esse legendum, *post quintum annum*, non *post 25.* quæ verba pro interpretatione l. proximæ superioris sunt. Quod si artificem fecerit post quintum annum ejus, qui artificium consequutus est, impensæ factæ poterunt compensari cum operis infantis pueri, quia à quinto anno fructus est quidam etiam pueri infantis; & certissimum est, non à 25. tantum servos nobis esse usui, sed à 5. 6. 7. & 8. antequam pubuerint, imo & antequam infantiam excesserint, non autem ante quintum, *l. de arboribus, g. de illo, l. si infantis, de usufr.* Ubi infans dicitur, qui est quinquennio minor, cujus plane nullæ sunt operæ, nulli fructus. Quinquennis vero sunt fructus quidam, & generaliter impuberum sunt ministeria quædam, sunt operæ ei ætati congruentes, quod etiam Paulus ait in hac l. 31. ut si librarii fuerint, id est, *καλλιγραφοί, l. 7. g. dabitur, de oper. serv.* quo exemplo utitur *l. 28. hoc tit.* forte quod pictorem, aut librarium docuerit, vel etiam si calculatores fuerint, si histriones: nam & in scenam producuntur impuberes: si nomenclatores, ut ait *d. g. dabitur*, qui hero aliena nominantur, qui & factores dicebantur, & monitores, *l. ult. in fin. de liber. causa.*

Ad L. XXXIII. eod. *Fructus non modo percepti, sed & qui honeste percipi potuerunt, aestimandi sunt: & ideo, si dolo, aut culpa possessoris res petita perierit, veriolem putat Pomponius Trebatii opinionem putantis, ejusque fructuum rationem habendam quousque haberetur, si non periisset, id est, ad rei judicandæ tempus, quod & Juliano placet. Hac ratione, si nudæ proprietatis dominus petierit, & inter moras usus fructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem usus fructus reversus est, ratio fructuum habetur.*

IN l. 33. Paulus ostendit in actione in rem officio judicis aestimari non tantum fructus perceptos, sed & eos, qui percipi honeste potuerunt, & perceptos quidem honeste, vel inhoneste, ut *l. 27. 28. & 52. de petit. hered.* Eos autem, qui percipi *εὐσεβῶς*, non qui inhoneste. Eos igitur, qui percipi potuerunt honeste, nec percepti sunt, vel ut idem Paulus scribit in Sententiis, eos, quos honestus, & diligens paterfamilias colligere potuisset: & rursus perceptos, etiam si

eos petitor percepturus non fuerit, si ei possidere licuisset, *l. cum hereditas, de petit. hered.* & eos, qui percipi potuerunt à petitore ipso, si ei possidere licuisset, etiam si possessor eos percipere non potuisset, *l. si navis, g. ult. inf.* Loquitur autem Paulus de fructibus perceptis, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam: quoniam ait: *Aestimandi sunt fructus*, scilicet, aestimandi per judicem, & officio judicis, ut *l. non solum, inf. hoc tit.* Quoniam hi soli fructus in aestimatione judicis sunt, qui soli in actionem in rem veniunt officio judicis, qui post litem contestatam, non qui ante percepti sunt, percipere potuerunt: ante percepti nominatim petendi sunt, longe alia ratione, quam in petitione hereditatis, in qua etiam fructus percepti ante litem contestatam veniunt judicis potestate, sive à malæ fidei possessore, sive à bonæ fidei possessore percepti fuerint, si modo ex eis bonæ fidei possessor locupletior sit, & hi etiam, qui à malæ fidei possessore percipi debuerunt, nec percepti sunt: quia hosce fructus omnes quasi augmenta hereditatis, quæ petitur, hereditatis nomen comprehendit, quod nomen est universi juris. Rei autem, quæ petitur nomen, quod nomen est corporis non juris, hosce fructus non comprehendit; quo circa nec petiti intelliguntur, nisi nominatim petiti sint, nec non petiti officio judicis aestimantur, *l. 2. C. de petit. heredit.* quia præteriti temporis ratio nihil pertinet ad officium judicis, *l. adiles, g. idem sciendum, de ædilit. edict.* Quod memini me latius exponere: hanc nimirum differentiam inter actionem in rem specialem, & petitionem hereditatis, quod ad fructuum rationem attinet, in *l. 26. sup. de petit. heredit.* Præterea hoc loco Paulus loquitur de fructibus perceptis, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam, in quorum restituendorum causa certum est, omnes possessores pares esse. Id etiam prior pars hujus legis ostendit illo loco, *res petita*, & posterior pars illo, *si nudæ proprietatis dominus petierit*: neque enim res petita dicitur, nisi post litem contestatam, ut *l. 27. g. si homo, sup.* & apertius in *l. 35.* quæ continuatio est hujus legis *33.* illo loco, *lite contestata*. Infert autem in priori parte hujus legis *33.* Paulus ex eo, quod proposuit initio, fructus aestimari perceptos, & qui percipi potuerunt: Infert, inquam, quod si post litem contestatam res, quæ petebatur, perierit dolo, aut culpa possessoris, ut si homo petitus interierit dolo, aut culpa possessoris: dolo, si eum occiderit: culpa, si ægrum neglexerit, ex Trebatii, & Juliani sententia Paulus ait fructus aestimari, qui, si res non periisset, percipi potuissent usque ad tempus rei judicatæ: nam re pereinpta necesse est rem judicari, *l. 16. sup.* Iterum dico, usque ad tempus rei judicatæ, non usque ad id tempus, quo res perierit. Et refert Paulus, Pomponium existimare hanc Trebatii sententiam esse veriolem: quia dicit veriolem esse, ergo quidam alius juris auctor in alia videtur fuisse sententia, forte Labeo, qui à Trebatio institutus fuit, nec tamen in ejus institutis permanit, sed ab eo sæpissime dissensit. At verisimile tamen non est, Labeonem, vel alium quempiam in alia sententia fuisse, puta, ut existimaret homine petito mortuo dolo, aut culpa possessoris, fructus tantum aestimari quoad vixerit homo, id est, usque ad tempus mortis, non usque ad tempus rei judicatæ. Nemo unquam fuit juris auctor adeo stultus, ut id existimaret. Quid enim est æquius quam plecti dolum, aut culpam possessoris, qua factum est, ut homo interiret post litem contestatam: & plecti scilicet habita ratione, sive aestimatione fructuum, quos haberet, si homo non interiisset: ergo usque ad rei judicatæ tempus, cum & ipsius hominis mortui nomine, quod mortuus sit dolo, aut culpa possessoris post litem contestatam certissimum sit possessorem damnari debere. At è contrario homine petito, suo fato defuncto sine dolo malo, aut culpa possessoris, justa est causa existimandi, fructus aestimari oportere usque ad tempus mortis duntaxat, quia possessor dolo, & culpa caret, non in longius tempus producti aestimationem fructuum. Et ita sensisse Labeonem constat ex *l. pen. inf. hoc tit.* quæ est Labeonis. Et in hac quidem specie, quum homo petitus obiit sua morte, suo fato, semper existimavi à Trebatio dissensisse Labeonem, Pomponium, & Julianum assensisse Trebatio potius, quam Labeoni: Nam & Juliani sententia exstat in *l. 17. g. 1. sup.*

sup. quæ est Juliani, videlicet, etiam homine petito suo fato mortuo sine dolo, & culpa possessoris fructus æstimari debere usque ad tempus rei judicatz: quia et si hoc casu, quod ad hominem petitem attinet, absolvi debeat possessor, quia is homo suo fato interit post litem contestatam, & possessorem fatum præstare non oportet post litem contestatam. Et utique possessor, inquit Paulus, post litem contestatam fatum præstare non debet, ubi tamen Florentiæ perperam factum pro fatum. Ergo quamvis, quod ad hominem petitem attinet, qui suo fato interit post litem contestatam, absolvi possessor debeat, sive bonæ fidei possessor fuerit, sive malæ fidei, dummodo fuerit æque is homo apud auctorem interiturus, si statim ab initio litis ei restitutus fuisset, ut diximus in l. 16. sup. & in l. illud, de petit. heredit. tamen non iniquum est, possessorem, qui non statim hominem restituit, qui maluit litigare, quam restituere, fructuum nomine damnari, qui percipi potuissent, si homo non interuisset usque ad tempus rei judicatz, quamvis petitor percepturus eos non fuerit, videlicet si eos ab alio recipere non possit, ut in l. 21. sup. Et hanc speciem hoc loco in priori parte legis 37. attigisse Paulum opinor: hanc, inquam speciem de homine petito mortuo sine dolo, aut culpa possessoris, & ita scripsisse: *Et ideo si sine dolo, aut culpa possessoris res petita perierit, &c.* In hac specie à Trebatio dissensisse Labeonem, & Trebatii sententiam tamen placuisse magis Pomponio, & Juliano, non attigisse autem in hac specie Paulum superiorem speciem de homine petito mortuo dolo, vel culpa possessoris, in qua non est verisimile non omnes juris auctores idem sensisse: non omnes scilicet rationem fructuum perduxisse usque ad tempus rei judicatz, vel doli possessoris, aut culpæ plectendæ causa. Non est verisimile quentiam rationem fructuum in hac specie coarctasse ad tempus mortis duntaxat. Et hæc de priori parte hujus legis. In posteriore parte Paulus infert aliud, elicit aliud, ex eo etiam, quod initio proposuerat, fructus æstimari, non tantum perceptos, sed etiam eos, qui percipi potuerunt. Ex eo, inquam, infert, quod si cum ejusdem fundi, quam partem male explicat Accursius, unus haberet nudam proprietatem, alter usumfructum, alius possessionem, (constituendæ sunt tres personæ) nudæ proprietatis dominus à possessore fundum petierit instituta in rem actione, & inter moras hujus judicii mortuo, vel capite minuto fructuario, usumfructus ad proprietatem redierit, ex eo tantum tempore fructus æstimari debeant, ex quo usumfructus ad proprietatem rediit, ex quo usumfructus ad petitem rediit, quod etiam ostenditur l. videamus, inf. de usur. quoniam ex eo tempore fructus à petitore percipi potuerant, si ei possidere licuisset. Quod cum eo congruit, quod dixit in l. 27. §. 1. sup. illo loco. Ergo & fructuum nomine ex quo cæpit possidere, damnabitur.

Ad L. XXXV. eod. *Ex diverso, si petitor lite contestata usumfructum legaverit, ex eo tempore, ex quo discessit à proprietate, fructuum rationem non habendam quidam recte putant.*

Ad §. Ubi autem alienum fundum petii, & judex sententia declaravit meum esse: debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore & de fructibus condemnaturum: non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit. Alioquin, ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui: & quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?

Ad §. Petitor possessori de evictione cavere non cogitur rei nomine, ejus æstimationem accepit. Sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem.

Ad §. Eorum quoque, quæ sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat.

ET ex diverso idem Paulus subjicit in l. 35. quæ est ex eodem libro, & conjungenda est cum l. 33. subjicit, inquam, Paulus in ea, quod etiam infertur ex propositione l. 33. si plene proprietatis dominus post litem contestatam adversus possessorem fundi, usumfructum ejus fundi alii legaverit, & vita decesserit, translato judicio in heredem

suum, vel quod est expeditius, si post litem contestatam usumfructum ejus fundi alii donaverit, & decesserit, ex eo tempore, ex quo legati, aut donationis genere usumfructus à proprietate discessit, fructus non æstimari, quia scilicet ex eo tempore petitor, heresve ejus fructus percipere non potuisset. Et hoc est, quod proponitur initio l. 35.

AD §. Ubi autem. Sequitur in §. 1. quod etiam est de fructibus, qui post litem contestatam percepti sunt, aut percipi potuerunt, si fundum alienum petii actione in rem speciali quasi meum, cum non esset meus, & judex per imprudentiam, per errorem sententia sua declaraverit, fundum meum esse, eumque mihi restitui jusserit, quod fit his fere verbis: *Fundum illum, de quo agitur, L. Titii petitoris esse videri: itaque placere illum fundum L. Titii petitori recte restitui:* ut in l. Pomponius, §. sed & is, qui, in fine, de procur. In hoc judicio sententia judicis dominium non addicit, sed declarat, ut loquitur hoc loco, apud quem dominium sit, aut quis rei, qua de agitur, dominus sit, ut l. scilicet, §. sed si queratur, si servit. vindic. Eadem vero imprudentia, qua judex pronuntiavit fundum petitori restitui, qui non erat petitoris, qui jus petendi non habebat, eadem imprudentia, eodem errore, eadem faliva debuit possessorem de fructibus condemnare perceptis, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam: nam si possessor rem restituere debet, ergo officio judicis incumbit, ut & debeat, cogaturque restituere fructus perceptos, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam: neque enim lucro victi possessoris cedere debent, sed petitoris potius, qui existimatur esse dominus rei, quia res judicata pro veritate habetur, neque est æquum, ut victus possessor habeat, quod non esset habiturus, si statim possessionem petitori restituisset. Ergo sive vero, sive falso judex declaraverit rem, quæ petebatur, petitoris esse, debet & simul pronuntiare, ut ei restituantur fructus percepti, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam, aut eorum fructuum æstimatio, quæ erat in duplum ex l. 2. tab. olim: & ob id dicebantur fructus majores, hodie in simplum tantum. Ratio habetur simpli fructuum perceptorum, aut qui percipi debuerunt post litem contestatam.

AD §. penult. In §. penult. hujus legis ostendit, possessore arbitrio judicis non restituente rem, & idcirco damnato in æstimationem litis, quanti actoris interest, vel quanti actor in litem juraverit, ut definit *l. qui restituere, inf. b. l.* non debere actorem, cui possessor solvit litis æstimationem, vel rei, qua de agitur, æstimationem possessori, qui rem retinet, cavere de evictione, quod tamen tentari poterat hac ratione: quia litis æstimatio similis est emptioni venditioni, l. 1. & 3. pro emptore, l. si propter 22. ff. rer. amot. Videtur enim possessor, qui rei, sive litis æstimationem actori solvit, & rem retinet, ab actore rem emisse, actor eam illi vendidisse, nec tamen ideo cavere debet possessori de evictione, quia ex contumacia possessoris id ita accidit, ut eleganter ait *l. ideoque, rer. amotar.* Ex contumacia, inquam, possessoris id ita accidit, ut quasi coactus actor rem possessori vendiderit, de qua agebatur, qui maluit subire litis æstimationem, quam rem restituere. Neque obstat huic §. 1. *l. si donata, inf. de donat. inter vir. & uxor.* quia (ut Accursius paucis verbis notavit, & illa lex demonstrat satis aperte) uxor in specie illius legis, rem sibi donatam à marito possidet. Possidet igitur eam à marito, id est, causam possidendi eam rem uxor habet à marito, quo pœnitentia revocante donationem, ut potest, & vindicante rem, si mulier maluerit ei solvere æstimationem rei, quam rem restituere, primum non restituet ei, non solvet ei nisi justam æstimationem rei, id est, veram æstimationem rei, non quanti maritus in litem juraverit, sed & mulier satis habere debet, si maritus ei caveat de evictione simpli, non ut fieri solet in aliis venditionibus de dupla: Neque enim inter conjuges res geri oportet amare, ut ait *l. si id, quod, §. 1. eod.* inter conjuges rem summo jure geri non oportet, res est apertissima.

AD §. ult. In extremo hujus legis hoc tantum Paulus ait hoc judicio etiam earum rerum, quæ salva substantias quæ

quæ sine interitu dividi non possunt, quæ divisionem non recipiunt, partem peti posse, partem pro indiviso, scilicet partem incertam, ut in *l. quæ de tota, §. i. inf.* non partem pro indiviso, quia ea res divisionem non recipit, veluti partem hominis: hominem dividere, est perdere: sed vindicatur etiam pars hominis, non pro indiviso, sed pro indiviso, eaque deducitur in æstimationem officio judicis, quod & de re qualibet mobili, aut de hereditate dici potest ex *l. 8. sup.* Neque enim animalia, neque res mobiles divisionem recipiunt. Navis est res mobilis: vas est res mobilis: si eam diviseris, perdidisti. Denique res mobilis pro indiviso possideri non potest, nec ullum animal. Hereditas etiam, quæ jus est successionis, divisionem non recipit. Corpora tantum possunt divisionem recipere, non jura incorporalia.

Ad *L. LXXIV. cod.* *Id est, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem præstet.*

Ad *§. Culpa Leg. XVI. cod. L. XII. de usurp. & usucap. Leg. XXVIII. de Verb. sign. & LL. I. & III. Si ager vectigal.*

IN titulo de rei vindicat. restat tantum ex libr. 2. 1. Pauli parva lex 74. Sed quia admonitus sum me in *l. 16. hoc tit.* prætermisisse *§. culpa*, ab eo me expediam, & quidem paucis. Certum est, possessorem, qui in rem actione convenitur, pati æstimationem litis, non tantum si res petita dolo malo ejus perierit post litem contestatam, sed & si culpa, *l. 36. §. i. hoc tit.* At si servum petitem miserit per insidiosa loca, & is perierit per præcipitia aquarum, vel si eum in arenam descendere, & digladiari concesserit, & occisus sit, vel si eum, cum vinciri, & custodiri diligenter soleret, veluti stigmaticum, aut ex genere ferratili, ut Plautus loquitur, si hominem eum non custodierit pendente lite, & is fugerit, vel si navem petitam adverso tempore, veluti brumæ tempore navigatum miserit, & ea naufragio perempta sit. Sed si sine dolo, aut culpa possessoris res petita perierit, quantum ad ejus rei æstimationem attinet, ut si navem petitam congruo tempore navigandam miserit, & commiserit idoneis hominibus, gubernatoribus, remigibus peritis, licet navis perierit, sane non tenetur, quia dolo, & culpa caret. Congruo tempore, inquit Paulus in *§. culpa. M. Tull.* idonea tempestate, ad Q. fratrem. *Primam*, inquit, *navigacionem dummodo idonea tempestate sit, ne omiseris.* Duo igitur exiguntur, ut idonea tempestate navem navigatum miserit, & ut idoneis hominibus eam commiserit: non debuit eam habere otiosam, etsi petita esset: non debuit non ex ea fructum colligere, eam locare, ea uti frui, alioquin fructuum non perceptorum, qui interim percipi potuerunt, nomine damnaretur, sed debuit ea uti frui prudenter, & caute, alioquin culpæ, imprudentiæ suæ nomine damnabitur. Ergo hoc adnotari ad illum *§. culpa*, quem prætermiseram, satis est. Nunc venio ad legem nostram 74. Post actiones in rem speciales directas, & civiles, de quibus supra dixit, & quas in *l. 23. in princip.* dixit competere iis, qui jure gentium, aut jure civili dominium acquisierunt, competere dominis. Post directas, inquam, actiones scripsit in hoc libro Paulus de utilibus, & prætoriis, quæ non dominis accommodantur quasi dominis: ex quarum numero primum est actio in rem, quæ superficiario accommodatur, qua vindicat quasi suam esse superficiem, quamvis non ipse superficiem dominus sit, sed is, cujus est solum, quia certissimum est, superficiem solo cedere, superficiem jus soli sequi, *l. Paulus, §. domus, de pignorb. l. domum, de pignorat. act. l. ult. de superfic. l. qui domum, ad l. Aquil. l. 4. de obligat. & act.* Verum prætor superficiarium tuetur quasi dominum adversus quemvis possessorem, atque etiam adversus dominum ipsum data utili actione in rem, & de possessione utili interdicto uti possidetis, *l. 1. de superfic. l. tutor, §. ult. de pignorat. act.* Superficiarium autem definit in hac *l. 74.* Paulus, eum esse, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem, certamve mercedem præstet. Qui igitur in solo conducto superficiem habet: est enim superficiarius quasi inquilinus, *l. 3. §. pen. de oper. novi nunciat.* sed & est plusquam inquilinus, quia inquilinus nullum in re jus habet, quam inhabitat, superficiarius jus habet in re, & quasi servitutis jus, *l. si*

sibi, §. pen. de leg. 1. Quod jus Doctores nostri appellant utile dominium, sed perperam: nullum est dominium utile: omne dominium est directum, & est proprietas rei, vel jus ejus, quo qui fretus rem suam propriam esse asserit. Ea vero pensio, quam domino superficiarius quotannis infert pro conductione soli, proprio nomine appellatur solarium, quod pro solo pendatur, *l. etiam, qui pot. in pign. hab. l. 2. §. si quis neminem, ne quid in loco publico.* Symmachus 4. Epistol. *Solvere solarium patris jussus est, taxatione pretiorum graviter aggerata.* Justinus 18. *Statuto*, inquit, *annuo vectigali pro solo urbis.* Hæc vero ita dicimus, puta solarium solvi pro conductione soli, ut in eo solo superficiario quasi propriam superficiem impositam habere liceat, hæc, inquam, dicimus, quia plerumque superficiarius in solo conducto superficiem habet, & in solo conducto non ad modicum tempus, puta ad 10. aut 20. aut 30. annos, vel quandiu advixerit, quia si superficiem conduxerit ad modicum tempus, puta ad quinquennium, ut Irnerius sensit recte, quoniam hoc erat solemne tempus omnium conductionum tam privatarum, quam publicarum. Si, inquam, solum conduxerit ad quinquennium tantum, aut in singula lustra, in singula quinquennia, plane inquilinus est, qui nullum jus in re habet, non superficiarius, nec in rem actionem ei prætor daturus est, *l. 1. §. quod autem, de superfic.* Quamvis autem plerumque superficiarius dicatur, qui in solo conducto superficiem habet sub pensione certa, tamen superficiarius etiam dicitur, qui non conduxit solum, sed absque solo separatim superficiem emit certo pretio, sub onere pensionis annuæ, solarium annui, *d. l. 1. §. 1. de superfic.* Is autem, qui in alieno solo suis sumptibus superficiem ædificavit sine permissu domini ob id solum, quod ædificavit non est superficiarius: nisi postea inter eum, & dominum convenerit, ut ædificium sibi haberet sub pensione certa. Et hæc est prima actio in rem utilis prætoris, quæ superficiaria dicitur: est & alia utilis etiam prætoris in rem actio, quæ Publiciana dicitur, & ei competit, qui rem alienam emit bona fide à non domino, necdum ufucepit. Quia ergo dominus non est, datur tantum ei quasi domino utilis, & honoraria in rem actio adversus quemvis possessorem, sed & plerisque casibus, quos Accursius notat in *l. ult. tit. seq. adversus dominum ipsum.* Et de hoc quoque genere actionis in rem utili, id est, de Publiciana hoc libro egisse Paulum dixi in *lib. 19. legib.* quæ titulo sequi tribuuntur *lib. 19.* Pauli ad edictum in Florentinis redditis secundum vulgarem editionem huic *lib. 21.* Cui etiam *lib. 21.* in omnibus editionibus attribuitur *l. 12. de usurpat. & usucap.* quæ omnino pertinet ad actionem Publicianam: negat enim eum posse usucapere, qui rem aliquam sciens emit ab eo, quem prætor vetuit alienare, veluti ab eo, cui interdixit bonis propter dissolutionem morum. Ex quo efficitur necessario, nec eum habere Publicianam actionem, quia quod non potest usucapi, nec Publiciana actione peti potest, *l. 12. §. si res, tit. seq.* Et huic quoque legi 12. ex *cod. lib. 21.* conjungenda est *l. 28. de verb. signif.* quæ ait, alienationis verbo & usucapionem contineri. Quod & verum esse testimonio est lex Julia de fundo dot. non alienando, *l. si fundum, de fun. dot.* eum ergo, qui patitur usucapi rem suam, alienare videri. Et ideo rem ejus, quem prætor vetuit alienare, usucapi non posse est consecutio necessaria: non posse etiam eum, quem prætor vetuit alienare, ut in ea *l. 2.* subjicit Paulus, non utendo servitutes ammittere. Servitutes prædiorum rusticorum non usucapiuntur, sed non utendo certo tempore amittuntur. At si ille, quem prætor vetuit alienare, occasione acquirendi non utatur, ut si hereditatem sibi delatam intra tempora legitima non adeat, si tempore excludatur ab hereditate, vel si optionem servorum sibi datam intra certum tempus, ut *l. 10. ad exhib.* non amplectatur, alienare non videtur: nemo videtur alienare, quod nunquam habuit. Quod servatur etiam in actione Pauliana, & in actione Fabiana, quibus rescinduntur alienata in fraudem creditorum, vel patronorum, non etiam non acquisita non restituntur. Quod sequitur in ea *leg. 28. de oratione soluta*, id est, quæ neque conjunctionem, neque disjunctionem habet, quam Græci *διὰ τὸν* vocant *ἀντιθέτον*, eam pro mente pronuntiantis,

tis, vel pro disjuncta oratione, vel pro conjuncta accipi: A
 Cujus rei multa sunt exempla in jure nostro. Ut si quem
 prætor vetuerit alienare, donare, pignorare, quæ est ora-
 tio soluta, ex mente prætoris hanc orationem haberi pro
 conjuncta, quasi vetuerit, ut neque donaret, venderet, ne-
 que pignoraret. Nam & neque conjunctionem facit. Ter-
 tia, & ultima actio utilis in rem est, quæ vectigalis dicitur,
 sive de fundo vectigali in *l. si finita*, §. *si de vectigalibus*, de
 damno inf. *l. si cum venditor*, de evict. de fundo vectigali,
 sive de fundo emphyteuticario. Fundus vectigalis, & em-
 phyteuticarius idem est, ut demonstrat tit. *si ager vectiga-*
lis, id est, emphyteuticarius petatur, & *l. penult. §. 1. qui satisd.*
cog. Agrum vectigalem, inquit, id est, emphyteuticarium.
 Et de hoc tertio genere actionis in rem utilis ex hoc lib. 21.
 est *l. 1. §. 3. si ager vectigal.* Datur hæc actio emphyteutica-
 rio, qui fundum totum conduxit in perpetuum, vel in lon- B
 gum tempus, sub vectigali annuo sive annua pensione
 certa, quo interim meliorem, & fructuosiorum eum face-
 ret, inferendo, implantando, & omni culturæ genere. Datur,
 inquam, ei ut lis in rem actio ejus vindicandi gratia, si ami-
 serit possessionem, quamvis fundi dominus non sit, &
 datur adversus quemvis possessorem, imo & adversus
 dominum ipsum, ut Paulus ait in hac *l. 1. §. ult.* Et de su-
 perficiario diximus, plerumque eum quasi inquilinum esse,
 imo & plusquam inquilinum, quia jus habet in superficie,
 quod proculdubio jus ἐμβατευτικὸν dicitur in *l. 3. §. pen. de*
reb. eor. qui sub tut. Jus, inquit, ἐμβατευτικὸν, vel ἐμφορευτικὸν,
 solent passim in jure auctores jus superficiarium conjun-
 gere juri emphyteuticario. Sic ex conjunctione igitur juris
 emphyteutici, illo loco intelligitur jus ἐμφορευτικὸν esse
 jus superficiarium, quali ingrediendi, & jus insidendi alieno C
 edificio. Hoc enim est ἐμβατεύσειν, & ἐμβατεύσαι, ut Josuæ
 19. ἡ ἐπορευθήσαν ἐμβατεύσαι πύργῳ. Ita recte dicimus em-
 phyteuticarium quasi inquilinum esse, qui fundum fru-
 endum conduxit, quia fundus fruendus ei locatus est: imo &
 plusquam inquilinum esse, quia non in quinquennium tan-
 tum conduxit, sive in singula lustra, in quæ fieri solebant
 locationes, & conductiones omnes, non in longius tempus,
l. 4. §. pen. de reb. cred. l. qui per collus. de act. emp. l. 3. §. quum
quinquennium, de jure fisci, & sæpe in titulo locati, & apud
 Var. 5. de lin. Latina. Emphyteuticarius non conduxit fun-
 dum in singula lustra, alioquin nudus esset inquilinus, sed
 eum conduxit in perpetuum, ut ait Paulus in *d. l. 1.* vel ut
 idem ait in *l. 3. eod.* ad tempus. i. ad longius, quam quin-
 quennii tempus, ad non modicum tempus, ut recte Glossa
 notavit, puta ultra quinquennium, ut in superficiario dix- D
 imus. Et hic quoque emphyteuticarius jus habet in re,
l. si domus, §. ult. de leg. 1. quod jus ἐμφορευτικὸν dicitur in *l. 3.*
§. pen. de rei vind. Ne mutemus verba juris auctorum, ne
 pro jure emphyteutico dicamus dominium utile, quia etsi
 habet utilem actionem, non ideo apte dicitur habere utile
 dominium: sicut qui habet utilem actionem, non ideo apte
 dicitur habere utile dominium: sicut qui habet utilem
 actionem hypothecariam, non nisi inepte dicitur habere
 utilem hypothecam. Hoc vero jure, quod ἐμφορευτικὸν di-
 citur, conducuntur etiam hodie privatorum agri, olim non
 conducebantur hoc jure, hac lege, sive pactione, sive con-
 ventione, nisi agri civitatum, aut populi Romani. Qua de
 causa & agri vectigales proprie dicebantur, quia vectigal
 proprie est, quod publicum est: perquam improprie, quod
 privatum est, sed pensio dicitur, vel pretium, vel canon, E
 vectigal abusive. Et ob id ex Juliano Paulus in hac *l. 1.*
 alios dicit esse agros civitatum vectigales, alios non vecti-
 gales: non vectigales esse, qui civitatum nomine locan-
 tur, ut privatorum agri locari, id est, colendi dari solent,
 nempe in singula lustra, quod modicum tempus dicitur:
 vectigales autem esse, qui in perpetuum civitatum nomi-
 ne locantur, vel in longum tempus, ut dixi, sub vectigali
 annuo, ita ut nunquam, vel non ante quam locationis,
 conductionis tempus finitum sit, hi agri conductoribus,
 successoribusve eorum auferri possint, quamdiu vectigal
 pendatur suis statis temporibus: nam cessantibus con-
 ductoribus, aut successoribus eorum in solvendo vecti-
 gali, sane tum agri eis auferri possunt, quasi commissi rei-

Tom. II. Post,

publicæ vel civitati, videlicet si cessaverint per biennium,
 ut olim obtinuit, & obtinet etiam hodie in agris eccle-
 siasticis, *l. quero*, §. *inter*, *l. cum domini*, ff. *loc. & Novel. 7.*
 In privatorum autem agris, si cessaverint hodie per trien-
 nium in solvendo vectigali ex constitutione Justin. *l. 2. C.*
de jure empht.

Ad L. ult. Si usufr. pet. Qui de usufructu judicium accepit, si
 desierit possidere sine dolo, absolvetur. Quod si liti se obtulit,
 & quasi possessor de usufructu actionem accepit, damnabitur.

Paulus postquam dixit de actione in rem speciali, sive
 de vindicatione rerum singularium, quæ corporales
 sunt, cum directa, tum utili, transit ad vindicationem ser-
 vitutum, quas res corporales personis, aut rebus debent.
 Transit scilicet à vindicatione rerum corporali ad vin-
 dicationem rerum incorporali. Servitutes enim res in-
 corporales sunt, & earum duo genera: aliæ, quas res cor-
 porales personis debent, ut usus, & usufructus: Aliæ, quas
 res rebus debent, ut servitutes urbanorum prædiorum,
l. 1. de servit. Ac primum de vindicatione usufructus hoc
 habemus ex Pauli libro 21. in *l. ult. si usufr. pet.* quod &
 in vindicatione rei corporalis servari constat ex *l. 25. & 27.*
de rei vindic. Eum, qui de usufructu judicium accepit, id
 est, reum, cum quo is, qui agit confessoria in rem actione,
 usufructum fundi suum esse petens, litem contestatus
 est, si ante rem judicatam sine dolo malo, aut culpa desierit
 fundum possidere, ut si fundus chasmate perierit, terræ
 fragore, absolvendum esse, quia nulla est in rem actio
 efficax, nisi adversus eum, qui rem, qua de agitur, vel de
 cujus jure agitur, possidet rei judicandæ tempore, *d. l. 27.*
§. 1. & §. si per filium, *l. quæsum*, in princip. *de pecul.* Cæ-
 terum præteritorum fructuum ratio habenda erit, *l. 5. §.*
ult. hoc tit. l. 16. de rei vind. Idemque est, si dominus fundi
 egerit negatoria actione adversus possessorem, qui usum-
 fructum contendit ad se pertinere. Hic enim, qui hoc
 ostendit, videtur naturaliter fundum possidere jure usus-
 fructus, *l. naturaliter*, *de acquir. possess.* M. Tullius pro
 Cæcinnam: Cæcinnam, inquit, propter usufructum possidere
 non nego, vel etiam usufructum quasi possidere, *l. ait*
prætor, §. item ei, ex quib. caus. major. *l. 3. §. pen. de vi, & vi*
arm. Nam & hic, qui se fructuarium dicit, cum quo do-
 minus fundi agit negatoria, si sine dolo malo, & culpa ante
 rem judicatam desierit possidere, id est, si desierit habere
 facultatem restituendi, ut *l. 1. §. quod ait prætor, quod legat.*
nom. absolvendus est. Is autem (quæ est alia species) qui
 ut subjicit Paulus in hac *l.* se obtulit liti de usufructu sine
 causa, cum non possideret, nec dolo desisset possidere,
 quive tanquam possessor actore ignorante de usufructu
 actionem accepit, id est, qui jam litem contestatus est, hæc
 tria idem possunt, judicium accipere, vel suscipere, actio-
 nem accipere, & litem contestari. Hic, inquam, si tanquam
 possessor, cum mendacium ejus ignoraret actor, litem con-
 testatus sit, omnino condemnandus est, quia decepit acto-
 rem: nec ei jam post litem contestatam integrum est pœ-
 nitere, & negare se possidere, *d. l. 25. de rei vindic.* Et hæc
 hæc est sententia hujus legis ult. nec quicquam amplius ex
 Paulo habemus de vindicatione usufructus.

Ad L. III. de Servit. Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ
 in superficie consistunt.

Idem tamen Paulus postea dicturus de vindicatione
 servitutum, præmisit in *l. 3. de servit.* servitutes prædio-
 rum alias in superficie consistere, alias in solo, quæ verba
 Accursius non intellexit, ut in extremo ostendam. Ait, præ-
 diorum generaliter, id est, servitutes omnium prædiorum
 urbanorum, & rusticorum, vel in superficie consistere, vel
 in solo. Et ait, consistere. Consistunt autem servitutes in eo
 prædio potius, cui debentur, quod prædium dominans vo-
 catur, quam in prædio serviente, quod eas servitutes debet,

M

nimi-

nimirum à prædio serviente profectæ in prædio dominante consistunt, & prædii dominantis jura esse dicuntur, *l. arbor, §. ult. comm. divid.* quam in hanc rem hic Bartolus recte adfert. Inherent quoque servitutes prædio, dominantis nimirum, ut & ususfr. dicitur inherere personæ, cui debetur. Et inde *§. prædiorum, Instit. de servit.* prædiorum, inquit, urbanorum servitutes sunt eæ, quæ ædificiis inhaerent: ædificiis scilicet dominantibus. Id vero demonstrat aperte *lex servitutes, tit. seq.* quæ servitutes in superficie consistere dicit eas, quæ pertinent ad superficiem, id est, quæ superficiei debentur, ut jus tigni immittendi ex meis ædibus in tuas ædes, ut in tuis requiescat, utve à tuis ædibus sustentetur: vel, ut ait, jus mænianum in tuum immittendi, ut jus stillicidii in tuum projiciendi. Ex ædibus igitur meis: nam mæniana, aut stillicidia non prodeunt, nisi ex prædiis, ex ædibus meis. Sed non adjicit in ædes tuas, sed in tuum, quia non tantum in ædes tuas, sed & in aream tuam, vel cloacam tuam mænianum, aut stillicidium proici potest. Tignum autem immitti ex ædibus meis non potest, nisi in ædes tuas. Proprie immitti dicitur trabes, vel tignum, quod aliquo loco requiescit, *l. malum, §. 1. de verb. signif.* Improperie autem mænianum dicitur immitti, quod nusquam requiescit: quod imo ne usquam requiescat, Zeno constituit in *l. 12.* quæ est constitutio græca, *C. de ædific. privat.* Improperie igitur eadem lex *servitutes* dixit, mænianum immitti, in qua sane manifesta est *πλοκή*, ut Grammatici vocant, in usu ejus verbi immittere. Nam immittere tignum proprie est eo protendere, ubi requiescat. Immittere mænianum improprie dicitur pro projicere, ita ut sit in suspensio, nec usquam requiescat. Et cum ea *l. dicat*, servitutes eas, quæ in superficie consistunt, possessione retineri: & quod idem est, quasi factio quodam, ut ait, nam possessio magis est facti, quam juris, *l. 1. §. adipiscimur, de acquir. possess.* Possessione, inquam, retineri, & factio quodam, puta immisione tigni, aut projectione mæniani, aut stillicidii perpetua. Cum igitur ea lex hoc dicat, aperte dicit, eas servitutes in superficie consistere, quæ superficiei, sive superficiei debentur. Et his consequens est, atque consentaneum, ut & illæ similiter dicantur consistere in solo, vel quod idem est pertinere ad solum, quæ solo debentur, puta ut mihi liceat in meum solum, in meam vineam ire per tuum ædificium, & per aream solumve tuum, ut in *l. certo, de servit. rust. præd.* Vineis enim, quæ est species illius legis, acquisita servitute, vinearum appellatione solum significatur, non vites, non arbuta, quæ solo implantata sunt: ideoque vitibus sublatis servitus manet, quæ non maneret si acquisita esset vitibus, non solo. Et est in illa *l. alia πλοκή* in verbo vineæ. Uno enim loco vineæ accipiuntur pro vitibus, cum ait, vineis sublatis servitute manere, nisi aliud actum sit. Altero loco vineæ dicuntur sola, in quibus vites consistunt, quum ait, certo generi agrorum, ut vineis servitute acquiri posse. *πλοκή* est unius verbi in eadem oratione diversa significatio, ut quum dicimus, *amici dum vivimus, vivamus.* Et apud Cornificium, *avium cantus ducit nos ad avium.* Superficies porro, vel superficies non est tantum ædificium, sed etiam quodcumque solo impositum, insitum, implantatum est, ut vineæ superficies sunt vites, arvi segetes: silvæ, sive saltus arbores, neque igitur idem est superficies, & ædificium: Nam & ædificium constat ex duabus partibus, ex solo, & superficie, *l. eum, qui ædes, de usurp. & usuc. l. solum, de rei vindic. l. qui res, §. ult. de sol.* Ædes dicunt illæ leges, sed & ædes ædificia sunt: at non omnia ædificia ædes. Quapropter ea recte separavit Titus Livius 38. *quæ ædes, ædificiave intra fines regni Antiochi sunt.* Superficies autem per se dicitur sine solo, & nonnumquam ædificium pro superficie tantum accipitur, in *l. domo, de pignorat. act. l. 9. §. questum, de dam. infec.* Et ita hanc legem interpretandam esse censo, non ex interpretibus, sed ex legibus ipsius, ex *l. l. servit. & d. l. certo.* (†) Accurcius fertur in aliam omnino interpretationem. Ac primum facit servitutum divisionem, sicque accipit, ac si servitutes, quæ in superficie consistunt, sint servitutes prædiorum urbanorum. Quæ autem in solo

consistunt, rusticorum prædiorum. Male: Nam & servitus prædii urbani in solo consistere potest: puta, ut mihi liceat cloacam immittere in tuas ædes, servitus est urbani prædii auctore Cajo 2. Instit. quæ tamen in solo consistit ædium mearum, in quo est cloacarum origo. Idemque erit, si iter per urbana prædia constituatur, ut *l. inter, communia præd. vel aquæ ductus, l. si ego, §. 1. de Publ. in rem act.* Contra servitus rustici prædii potest in superficie consistere, veluti, ut mihi liceat tollere altius prætorium meum, & officere prospectui tuo, si tuum prætorium meo sit vicinum, quod non raro evenit, ex sententia Neratii, qui prætorium accipit pro prædio rustico. Ea servitus est servitus rustici prædii, *l. 2. de servit. rustic. prædior.* quæ tamen in superficie consistit prætorii mei. Item si hoc agatur, ut vineis meis, quamdiu in eo habitu fuerint, servitus debeatur, rustica est servitus, quæ tamen in superficie est, & in vitibus, non in solo consistit, *d. l. certo.* In hac quoque interpretatione Accurcius non perseverat, sed tranlit ad aliam, & ait in superficie consistere servitutes constitutas à superficiario, vel emphyteuticario: In solo autem consistere servitutes constitutas à domino. Etiam male: Nam hæc interpretatio coarctat nimis verba Pauli: Pertinet enim hæc interpretatio tantum ad prædia aliena, in quibus quis jus superficiei, sive *ἐμφυτευτικόν*, aut jus emphyteuticum habet, & ad servitutes, quæ in superficie jure prætorio constituuntur, non jure civili: neque enim ipso jure civili valent, quæ constituuntur à superficiario, vel emphyteuticario, sed jure prætorio tumentur, *l. 1. §. ult. de superfi.* Permaneamus igitur in ea interpretatione, quam initio protulimus.

C Ad L. VI. eod. *Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam consui potest.*

I Dem Paulus in lege sexta ait, *ad certam partem fundi, &c.* Certa pars, est pars pro diviso: certum dicitur à cernendo, ut certa pars sit ea, quæ cerni potest, & digito demonstrari. Denique certa pars est pars pro diviso, *l. placeat, quibus modis ususfr. amittit. l. 1. §. hoc interdictum, uti poss.* In parte pro diviso, quia ea jam totum est, totumve efficit quoddam, totum quoddam est, post divisionem in parte pro diviso servitus imponi, ac constitui, aut quæ jam imposita, aut constituta est, remitti potest: non in parte pro indiviso, quæ in parte, non in toto consistit, neque cerni, neque demonstrari potest, quæ solo intellectu abstrahitur, & percipitur, *l. seq. in fine, l. 1. 1. & 17. h. l. 6. §. si quis partem, inf. commun. præd.* in parte, inquam, pro indiviso servitus constitui non potest, quia pro parte indivisa, uti servitute non possum, quin ea utar ex fundo toto. Usus servitutis est individuus, denique in hac *l. 6.* hoc vult Paulus, non tantum fundo servitute imponi, aut impositam remitti posse, sed etiam loco, id est, certæ portioni fundi.

Ad L. XXI. de Servitut. quæ alias *L. I. de Servit. urban. præd.* Si intercedat solum publicum, vel via publica: neque itinervis actusve, neque alius tollendi servitutes impedit, sed immittendi, protegendi, prohibendi: item fluminum, & stillicidiorum servitute impedit, quia cælum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

Ad §. Si usufructus tuus sit, ædium proprietatis mea, quæ onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi potest: tecum nullo modo.

I Dem Paulus in *l. 2. 1.* quæ debet esse lex ultima h. t. non ut in Florentinis prima tituli sequentis, tractat de eo, an si inter meum, & vicini prædium intercedat solum publicum, aut via publica, ea res impediatur, quo minus in prædio vicini servitus possit constitui: Et non impediari quidem ea re ait itineris, vel actus servitute altius tollendi suas ædes, & officendi: prospectui vicini, quia per viam publicam, locumve publicum cuilibet commeandi jus est, & sublatis ædibus nihil ea res officit loco publico: attamen impediari servitute immittendi tigni, aut protegendi tecti, protendendive, aut projiciendi stillicidii, aut projiciendi pri-

(†) Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 12.

privati fluminis; proiciendæ aquæ scilicet, quæ crescit in meo, quia intercedente via publica ex meis ædibus in tuas immitti, protegi, protendi, proiici nihil potest, quin officiat aeri, qui est super viam locumve publicum, qui & ipse aer publicus est, & liber esse dicitur, non minus quam locus ipse publicus, ac patere omnib. Hæc satis perspicua sunt. At addit de servitute oneris ferendi agi actione confessoria. i. eam servitutem vindicari, non adversus fructuarium, sed adversus proprietarium in solidum. Si forte ædium, quæ onus vicinarum ædium ferre debent alius sit fructuarium, alius proprietarium, confessoria actione non agi de ea servitute cum fructuario, sed cum proprietario in solidum, quamvis solidam, id est, plenam proprietatem non habeat, nimirum abscedente usufructu, quia proprietati ædium ea servitus imposita est, non usufructui, quia ea servitus est in rem, & nomine rei proprietatis significatur, non in personam. Quod & in omnibus aliis prædiorum servitutibus locum obtinere ait l. 6. §. hæc etiam, inf. si serv. vind. Ut sc. & cæteræ omnes servitutes vindicentur adversus proprietarium tantum, non adversus fructuarium, sed de servitute oneris ferendi dubitabatur, quia in hac servitute hoc est proprium, ut qui eam debet, reficere debeat parietem oneri ferendo suis sumptibus: & videbatur refectio potius pertinere ad fructuarium, ut & cæteræ refectioes dicuntur pertinere ad fructuarium, l. 7. §. quoniam, de usufr. Et quamvis aliarum servitutum non sit ea natura, ut aliquid faciat, qui eas debet, l. 15. §. ult. h. t. excipienda tamen est servitus oneris ferendi: nam refectio parietis, aut columnæ oneri ferendo, pertinet ad eum, qui servitutem debet, l. eum debere, sit. seq. l. 5. §. etiam, si serv. vind. Sed tamen negatur in §. 1. hujus legis 21. refectioem ad fructuarium pertinere, quum negatur agi posse confessoria adversus fructuarium. Quod autem dico idem obtinere in aliis servitutibus pugnare valde cum l. 1. §. competis, de aq. & aqua plur. & l. 10. §. ult. si serv. vind. quæ dicunt, servitutem posse vindicari adversus quemlibet, qui prohibeat nos ea uti, non adversus dominum tantum: Sed loquuntur de servitute, quæ jam cœpit, & prædio imposita est, quam tueri, & nobis defendere seu vindicare possumus adversus quemvis, qui nos ea uti prohibeat. Loquuntur de servitute, quæ jam cœpit, quæ jam prædio imposita est: de ea, quæ nondum cœpit, dicimus adversus dominum tantum prædii servitutis agi posse, ut eam constituat, & cedat. Et hic est primus locus de vindicatione servitutum.

Ad L. VII. de Servit. præd. rustic. Qui sella, aut lectica vebitur: tæ, non agere dicitur. Jumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, & plaustrum ducere, & jumenta agere potest. Sed trahendi lapidem, aut tignum, neutri eorum jus est: quidam, nec hastam rectam ei ferre licere: quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret; & possent fructus eo modo ladi. Qui viam habent, eundi, agendique jus habent: plerique & trahendi quoque, & rectam hastam referendi, si modo fructus non ladat. Ad §. In rusticis autem prædiis impedit servitutem medium, quod non servit.

Pergam de eadem actione dicere in l. 6. de serv. rust. præd. Servitutes prædiorum rusticorum plures sunt, frequentiores hæc 4. iter, actus, via, aquæ ductus. De tribus primis itinere, actu, via magna est controversia, vel ἀμφισβησία potius inter juris interpretes, ducta ex eo, quod in l. 1. h. t. Iter definitur esse jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi: Actum vero hoc amplius, jus esse agendi, vel jumentum, vel vehiculum. Viam autem ex itinere, & actu constare. Eum, qui actum habet, & iter habere, etiam sine jumento, aut vehiculo, id est, ire solum posse, quia actus constitutus est, etiam si nihil agat, nihilve ducat: Eum vero, qui viam habet, utrumque habere, iter & actum. Unde quaeritur, quid igitur distat via ab actu? Memini me semper dicere eum, qui actum habet, per consequentias

Tom. II. Post.

tantum, non recta, & principaliter & iter habere, vel ex occasione potius, quam jure, ut ait l. 2. de rivis. Ideoque & actum duntaxat, non iter ab eo vindicari posse, l. 4. §. 1. si serv. vind. eum vero, qui viam habet, utrumque habere principaliter, & vel iter, vel actum separatim, vel utrumque simul iter, & actum, aut uno verbo viam vindicare posse. Hæc est summa, & præcipua differentia. Sed sunt etiam aliæ: Viæ latitudo lege 12. tab. finita est, nimirum, ut sit in porrectum, in directum 8. pedum: in anfractum, οὐκ ἀπέψυον, in flexum, sexdecim pedum, in flexu viæ altero tanto majus est spatium, propter vehiculorum obvertendorum facilitatem. Et hoc ostenditur in l. seq. & l. 6. §. ult. quemadmod. servit. amittant. Actus autem latitudo lege finita non est, sed finitur conventionem contrahentium, vel judicio testatoris, qui actum legat, vel arbitrio boni viri, l. certo, §. latitudo, inf. h. t. Rursus via non est, nisi qua & jumentum, & vehiculum ire potest, quod via dicatur quasi veba. Unde vehiculum, & in Cod. Th. Tot vebas debere municipes in causam reip. id est, tot vicibus debere eos vehiculis vehere onera, quæ ad rempubl. pertinent, veluti annonam, & in idiotismo nostro vox des corvees, nihil aliud est, quam corporis veba. Via igitur non est, nisi qua vehiculum, & jumentum ire potest. Actus est etiam, qua vehiculum duci non potest, modo agi jumentum possit, l. 13. de servit. inf. h. t. l. 23. h. t. Vehicola proprie dicuntur, quibus jumenta, & pecora aguntur, aut minantur, quod minis scilicet adigantur. Ovid. 1. Fastorum.

Pars, quia non veniunt pecudes, sed aguntur ab actu, Nomen agonalem credit habere Deum.

Ponitur & alia differentia in hac l. quæ est de itinere, actu, & via. Et docet, quid intersit inter iter, & actum, quidque inter actum, & viam. Eum, qui iter habet, non tantum ire pedibus & ambulare, id est, spatium valetudinis causa posse, sed etiam equo vehi, ut l. 12. inf. h. t. vel ut ait l. 7. Sella vehi, aut lectica, sella gestatoria, ut Sveton. loquitur, sella portatoria, ut Cellius Aurelianus medicus chronicon lib. 1. cap. 1. & 5. & lib. 2. cap. 1. ubi eam sellam fertorium vocat. Sella sedemus, lectica decumbimus, sive jacemus, utramque ferebant servi, & lecticam plerumque 8. Unde & octofori, & 8. lecticariorum legatum, l. 8. §. ult. de leg. 1. Nunc lecticis, sive carrucis dormitoriis subjunguntur equi, ut l. uxori, de aur. & arg. leg. Porro is, qui iter habet tantum, potest ire pedibus potest quidem transire, vel ambulare, id est, spatia facere multa subinde valetudinis causa, aut equo vehi, sella, vel lectica, verum jumentum etiam agere, aut plaustrum, aut vehiculum ducere non potest: is, qui actum habet, & ea omnia facere potest, quæ is, qui iter habet, & præterea etiam jumentum agere, & plaustrum, aut vehiculum ducere. Trahere autem tignum aliquod ingens, vel lapidem neuter potest, neque etiam hastam rectam ferre, ut hic Paulus ait, sed supinam ferre debet, hastam demittere debet, non erigere, quia hastæ erectio nihil pertinet ad causam itineris, vel actus, id est, hasta recta non fertur eundi, vel agendi causa, hasta recta nihil facit ad iter, vel actum. At si eam rectam ferre liceret, possent eo modo decuti fructus actui junctarum arborum, quod erat vetitum lege duodecim tab. puta ne quis arbores alienas cederet, aut feriret cædendi causa, aut stringeret, id est, deglabraret, decorticaret, l. cedere, arb. furt. cæs. forte & ne quis quatefaceret, & fructus decuteret. At qui viam habet, etiam trahere lapidem, aut tignum, vel hastam rectam ferre potest, quia cum via latior sit, quam actus, id utique facturus videtur sine læsione arborum, & fructuum, cujus tamen rei si quis justus metus existat, forte via ex conventionem angustiore facta ex l. 23. inf. h. t. & ab hasta recta gestanda, & à tractu lapidis, aut tigni, qui viam habet abstinere debet, quæ est sententia Pauli: ita enim servitutibus, quæ nobis competunt uti debemus, ut ne quid fiat extra causam earum, extra utilitatem prædii nostri, quod vicinis damno esse possit, videlicet si nihil laturi sumus, nisi ut officiamus vicinis, ut ait l. in fundo, de rei vind. Et hæc sunt differentie inter iter, & actum, & viam, & actum, verissimæ

V. 2

& cer-

& certissimæ: nec ab aliis, quæ diximus discrepant leges, quæ dicunt aliud esse iter, aliud actum, l. 11. §. si iter, de excep. rei judic. l. si pupillus, §. ult. de novat. quia & hoc ipsum nos diximus plus esse actum, quam iter: & plus esse viam, quam actum: Viam in se propalam continere & iter, & actum. Idemque prorsus esse viam cedere, & cedere iter, & actum, ut in l. si eo loco, §. 1. si servit. vind. Prius dicit viam, posterior iter, & actum, quemadmodum l. 2. inf. quemad. serv. amit. l. 13. §. 1. de acceptil. Actui non propalam, sed tacite, & per consequentias iter inest, ad agendum scilicet, & ducendum, & eum tamen, qui actum habet, non tantum agere jumentum, aut vehiculum ducere posse, non tantum ire posse agendi, vel ducendi causa: sed quod minus est, per se etiam sine ullo jumento, aut vehiculo ire, aut ambulare posse, ut est aperte, & sine vitio scriptum in l. 1. h. s. Quod & d. l. 2. quemad. servit. amit. quæ est ex eodem libro Pauli, plane comprobatur.

Ad L. II. Quemadmod. servit. amitt. Qui iter, & actum habet, si statuto tempore tantum jervis, non perisse actum, sed manere Sabinus, Cassius, Octavianus ajunt: nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet.

DUm ait, Eum, qui iter, & actum habet, id est, qui viam habet, ut jam exposui, si constituto tempore ad non utendo amittendam servitutem jervis tantum, non egerit ulla jumenta, aut vehicula duxerit, non amisisse actum ex Sabinianorum sententia, quia verum est, & eum via, aut actu usum, qui solo itinere usus est, quia & iter per se solum in via, vel in actu inest. In via nominatim; in actu, tacite. Et eum quoque, qui actum habet, per se, sine jumento, aut vehiculo ire, & cundo actum retinere, quod nostris est usurpare posse. Actum, dico, sine itinere esse non posse, scilicet ad agendum, vel ducendum, l. 1. de adim. leg. Rursus dico actum sine itinere esse, ex l. 4. §. 1. si servit. vindic. Nam & hoc, & illud verum est, nec ulla est pugnancia: actum, inquam, sine itinere esse, quia actus tantum ceditur, non iter nominatim; idcirco & actus tantum, qui cessus est vindicari potest, non iter, quia ita est contracta servitus, ut ait l. cetero, ff. de servit. rust. Et actionem sequi oportet contractus formam, quo cessus est actus, non iter, aut si etiam nominatim cessus est iter, jam via est, quæ celsa est, non actus. Cæterum, ut dixi, is, cui actus cessus est, per se solus ire, & ambulare potest: sicut & is, cui cessus est iter, non tantum ire, & transire, sed quod minus est, deambulare potest, quamvis jus deambulandi non sit per se servitus prædii, l. 7. de servit. non sit jus prædii, sed hominis: jus, quod hominem respicit, hominis sanitatem, aut voluptatem, non prædii utilitatem. Unde lex 1. de servit. rust. iter est, inquit, jus eundi ambulandi hominis. Quomodo etiam legendum est in Institut. Sed cui licet quod plus est, ei non debet non licere quod minus est. Cui licet ire, & transire pedibus, vel equo, vel sella, vel lectica, cur non licebit ei ambulare, cur non licebit etiam ire per se? cui licet hoc amplius agere jumentum, aut vehiculum ducere, cur non licebit, & ire per se, & deambulare? Nihil est verius. Imo exemplo actus recte dices, aquæ haustrui tacite inesse iter ad hauriendum, sive aditum ad fontem ex occasione magis, & consequentia, quam jure, ut l. 3. §. qui habet, hoc tit. Et tamen per se non aquæ hauriendæ causa eodem itinere eum ire posse, qui aquæ haustrum habet, vel fontis visendi, vel ambulandi valetudinis causa. Quidni? Res est manifestissima.

Ad §. ult. In rusticis autem prædiis impedit servitutem medium prædium, quod non servit.

Sequitur in hac lege septima, In rusticis, &c. quod conjungendum videtur cum eo, quod dixi supra in l. ult. de servit. Si medius intercedat locus publicus, aut via publica inter meum, & tuum prædium, itineris, vel actus servitutem non impediri, adde vel aquæ haustrum, ex l. si prius, §. via, de aqua, & aqua plur. arc. Quia & cuilibet jure publico per locum publicum, aut viam publicam liber transitus est,

liber com meatus. Si tamen medium intercedat prædium alterius, non locus publicus, quod meo non serviat, sane ea res impedit, quo minus tuum prædium meo iter, vel actum, vel aquæ haustrum debere possit. Si tamen, & prædium alterius meo serviat, iter, vel actus non impeditur ex meo prædio in tuum, vel ex tuo in meum, sicut si medius sit fundus alterius, inter me, & te haustrum servitutem in fundo tuo ex fonte, qui in eo oritur, imponere possum, si modo mihi medius dominus cesserit iter, non aliter, quia medius fundus, qui non servit, mihi obstaculo est, d. l. si prius, §. ult. Et ait Paulus, medium prædium, quod non servit, prædium igitur alienum, non tuum, non meum. Nam meum prædium, quod est inter aliud meum prædium, & tuum, non impedit servitutem itineris, vel haustrum, quamvis medium prædium mihi non serviat, cum sit meum, d. l. si prius, §. licet, l. 8. §. ult. iit. seq. l. si cum servitus, inf. quemad. servit. amit. Et similiter, si medium prædium sit tuum, ea res non impedit, quo minus tu in ulteriori tuo prædio, aut per ulterius tuum prædium mihi cedas iter in meum, si modo & id mihi cedas per medium tuum prædium, non aliter. Et hæc de rusticis servitutibus. Alio jure est servitus altius non tollendi: Nam & si inter meas, & tuas ædes sint intermedia ædes alterius, quæ meis non serviant, possum tuis imponere servitutem altius non tollendi, ne prospectui meo officias, quia donec medius dominus suas non extollit, utilis mihi servitus ea est: quod est relatam in l. 5. si servit. vindic. & merito huic §. ult. leg. 7. conjungendum est: & conjuncto utroque capite, inde constituenda est hæc separatio in hac re inter servitutes rusticorum prædiorum, veluti inter actum, viam, aquæ haustrum, & servitutem altius non tollendi, quæ urbanorum prædiorum servitus est, vel etiam servitutem altius tollendi, quæ ejusdem generis est: nam etsi media ædes Titii inter meas, & tuas tuis non serviant, possum tibi cedere servitutem, ut altius ædes tuas extollas, si velis, contra morem antiquum ædificiorum urbis nostræ, ut luminibus meis officias, l. 7. §. 1. commun. præd.

Ad L. VII. Si servit. vindic. Harum actionum eventus hic est, ut victori officio judicis, aut res præstetur, aut cautio. Res ipsa hæc est, ut jubeat adversarium iudex emendare vitium parietis, & idoneum præstare. Cautio hæc est, ut eum jubeat de reficiendo pariete cavere: neque se, neque successorum suos prohibebituros altius tollere, sublatumque habere, & si caverit, absolvetur. Si vero neque rem præstat, neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem juraverit.

Postrema recitatio, quæ sequetur, hunc absolvet lib: Hæc lex est de servitute, quæ oneris ferendi causa imponitur ædibus vicini: in qua hoc proprium, & singulare est, ut tamen si aliarum servitutum ea non sit natura, ut aliquid faciat is, qui eas debet, sed ut patiat, vel non faciat aliquid, l. 15. §. ult. de servit. & l. seq. §. distat, hoc tit. tamen is, qui debet servitutem oneris ferendi, cogatur reficere parietem ædium suarum ad sustinenda onera vicini, & idoneum reficere, utque eo nomine cum eo agi possit actione confessoria, nempe hoc modo: sibi jus esse adversarium cogere ad reficiendum, vel fulciendum, aut restituendum parietem, aut columnam, vel simulachrum, ut erant olim Telamones, & Cariatides ad onera ferenda, ut vocabant, quod ferat onus ædium actoris, l. prox. §. etiam, sup. hoc tit. l. eum debere, sup. de servit. urbanor. præd. Cum illo, inquam, agi potest, qui suis ædibus imposuit servitutem oneris ferendi: cum illo, nempe cum domino proprietatis, ut parietem reficiat, restituat, non cum fructuario: Nam si earum ædium usufructus sit alterius, hujusmodi refectio, aut restitutio, fructuario non incumbit. Quod jam habuimus sup. in l. ult. §. ult. de servit. Et harum quidem actionum, ut Paulus ait in hac l. 7. quæ videlicet sunt de servitute oneris ferendi, vel ut inferior vicinus æquo animo sustineat onus ædium vicini superioris, cui ea servitus debetur, vel ut parietem reficiat, aut collapsum restituat, vel ut emendet vitium, sive convitium, ut loqueban-

bantur, quod paries facit: Paulus, inquam, in hac l. 7. A docet, harum actionum hunc esse exitum, & eventum, ut superiori vicino, si iustam vincendi causam habere videatur, quo solo & jam victor esse videtur, victorque appellatur hoc loco, qui tamen nondum obtinuit sententiam, primum iudex arbitretur, & jubeat adversarium actori, id est, superiori vicino rem præstare, aut cautionem: rem, puta, ut reficiat, aut restituat parietem oneri ferundo destinatum, ut emendet ventrem, quem paries facit, ut nostri auctores loquuntur, ut emendet vitium parietis: vel cautionem, puta ut jubeat adversarium cavere, id est, satisfacere de reficiendo pariete, & neque se, neque successores suos prohibituos, quo minus superior vicinus ædes suas altius tollat, vel altius sublatas habeat. Hanc enim servitutem oneris ferundi superiori vicino, qui ædes superiores possidet, inferior debet: ut & aperte indicat lex, quæ sequitur in principio, quo maxime distat à servitute tigni immittendi, quam etiam superior vicinus inferiori debere potest. Et ita ut dixi, si caverit inferior vicinus superiori, absolvitur: sin vero neque ita caverit, neque rem præstiterit, ad extremum definitiva sententia damnatur, quanti actor in litem juraverit, id est, quanti actor juratus eam rem, sive litem æstimaverit. Damnationem, sive absolutionem præcedit arbitrium, sive officium judicis, quo rem, aut cautionem actori præstare jubeat, ut fit etiam in vindicatione rerum corporalium, nempe, ut possessor, qui dolo malo, neque rem restituit, neque cavet de ea restituenda, tanti damnetur, quanti actor in litem juravit: Qui vero restituit, aut cavet, cum in præsentia non potest restituere: Qui, inquam, restituit, aut cavet, absolvatur, l. qui restituere, de rei vindic. (†) Ex quo intelligimus, non tantum rerum corporalium, sed etiam incorporalium, puta servitutem etiam vindicationem esse arbitriam, quia damnationem, vel absolutionem in omni vindicatione præcedit arbitrium, officium, iustum judicis, quo jubet sine cunctatione rem actori restitui, vel præstari cautionem vice rei. Paulus loquitur de eo, cum quo agitur de servitute oneris ferundi, qui iudicio adest, & rem defendit. Itaque nihil ad hanc legem pertinet lex si prius quam, de novi operis nuntiatio. quam in medium adducit Accursius, quia ea lex est de reo, de vena ejus, qui rem non defendit. Transeamus ad l. 9. b. t.

Ad L. IX. eod. Si eo loco, per quem iter mihi debetur, tu ædificaveris: possum intendere jus mihi esse ire, agere. Quod si probavero, inhibebo opus tuum.

Ad §. Item Julianus scripsit, si vicinus in suo ædificando effeceris ne stillicidium meum reciperes: posse me agere de jure meo, id est, jus esse immittendi stillicidium: sicut in via diximus. Sed si quidem nondum ædificavit: sive usum fructum, sive viam habet: jus sibi esse ire, agere, vel frui intendere potest. Quod si jam ædificavit dominus: is, qui iter, & actum habet, adhuc potest intendere jus sibi esse: fructuarius autem non potest: quia amisit usum fructum, & ideo de dolo actionem dandam hoc casu Julianus ait. Contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, ædifices, recte intendam, jus tibi non esse ædificare, vel ædificatum habere: quemadmodum si in area mea quid ædifices.

Ad §. Qui latiore via, vel angustiore usus est, retinet servitutem: sicut qui aqua, ex qua jus habet usendi alia mixta usus est, retinet jus suum.

SI eo loco ædificas, per quem mihi iter debes, prohibere te possum per actionem confessoriam, agendo, jus mihi esse ire, vel ire & agere, quoniam si in ea actione probavero, mihi jus esse ire agere, inhibebo opus tuum, ædificium tuum. Et hoc proponitur initio h. l. Ubi iter, quod notandum, accipit pro via, quia dicit ire agere, & mox in §. 1. id se de via dixisse ait. Quum autem dicit opus novum inhiberi posse per actionem civilem de via, per vindicationem viæ, tacite demonstrat, quod est verissimum, hoc solum remedium suppetere inhibendo operi instituto: nec posse etiam te prohiberi per novi operis nuntiationem. Et ita propalam scriptum est à Juliano in l. qui viam, de nov.

op. nunt. ex quo hoc Paulum scripsisse verba, quæ sequuntur, indicant, à quibus incipit §. 1. item Julian. scripsit. Ergo si ædifices eo loco, per quem mihi debes viam, non possum te prohibere per novi operis nuntiationem, quo minus ædifices, sed per vindicationem viæ tantum. Et tamen in l. 6. §. ult. sup. h. t. dicitur, quod adversari etiam videtur huic legi de servitute oneris ferendi, eum, qui deteriorem parietem facit, qui parietem oneri ferundo mutat in deterius, aut per rei vindicationem, aut per novi operis nuntiationem prohiberi posse. Cedo rationem differentie. Ratio differentie hæc est, quia ut jam ante dixi servitutem oneris ferundi vicinus inferior superiori debet. Et ideo inferior non potest ædes suas altius tollere, sed eas depressas, & humiles habere cogitur oneris superioris vicini ferundi causa: eoque nomine superior vicinus cum eo agere potest jus inferiori vicino non esse altius ædificare, aut altius ædificatum habere. Itaque non mirum, si & per novi operis nuntiationem prohiberi inferior vicinus potest, ne ædificet, & ratio servitutis ejus est onus. Quid vocas onus? Onus tantum ædium superiorum, onus univrsarum ædium superiorum sustinendarum: non quod sint superpositæ ædes ædib. sed quod superior pars ædium superiorum ab inferioribus sustineri debeat. Idemque servatur in servitute altius non tollendi, ne luminibus, vel prospectui officiat: nam qui eam servitutem debet, si altius ædificat, prohiberi potest, non tantum per actionem civilem, id est, per vindicationem servitutis, sed etiam per nuntiationem novi operis, l. iter, de servit. urb. præd. quia ei, cui ea servitus debetur, licet agere jus non esse vicino, se invito altius ædificare, vel altius ædificatum habere. Et quod dicitur in l. 1. §. jus, de remiss. ei jus esse nuntiandi novi operis, qui servitutem habet, de hujus generis servitute dicitur, quam qui habet, intendere potest jus non esse vicino ædificare, non de omni servitute. Certe qui habet iter, vel actum, vel viam, vel aquæductum in fundo vicini, intendere non potest vicino jus non esse eo loco ædificare, per quem illi actus, iter, via, aquæductus debetur, quia ita non est contracta servitus, & ejus quoque loci solum ejus est, qui eam servitutem debet, non ejus cui debetur, l. 4. in princ. hoc tit. l. 2. §. viam, ne quid in loco publ. Et quia igitur is, qui iter, vel actum, vel viam habet, intendere hoc tantum potest jus sibi esse ire, vel ire agere per illum locum, vel etiam vicino jus non esse in eo loco ædificare, ideo nec in eo loco, in suo nimirum solo, ædificantem vicinum prohibere potest per novi operis nuntiationem, sed per vindicationem servitutis tantum, eo probato scilicet eam servitutem sibi deberi. Jus nuntiandi novi operis adversus ædificantem, ei tantum competit, qui & agere possit civiliter jus non esse vicino, se invito ædificare. Eandemque esse rationem servitutis stillicidii recipiendi Paulus indicat in §. 1.

AD §. Item. Nam vicino, qui stillicidium recipere debet in ædes suas: vel in aream, ædificante in suo, atque ita ædificantem, ne stillicidium meum recipiat, contra servitutem, quam mihi cæssit, ego non possum intendere jus ei non esse ædificare: quia ita contracta servitus non est: & consequenter, nec prohibere eum possum per nuntiationem novi operis, sed vindicare tantum possum servitutem stillicidii projiciendi, vel ut improprie loquitur, stillicidii immittendi, quo iudicio, si probavero eam servitutem mihi deberi, inhibebo opus vicini. Et hac ratione sola, non etiam per nuntiationem novi operis. Denique vicino in suo ædificante, & impediante servitutem itineris, vel actus, aut viæ, aut aquæductus, aut stillicidii projiciendi, quæ mihi competit, novum opus ei nuntiare non possum. Sed sive nondum ædificavit, sive jam ædificavit, servitutem, quæ mihi competit, tantum vindicare possum: neque enim immolatio, aut inædificatio eam servitutem extinguit, ut & id declarat eleganter Paulus. Alia est ratio ususfr. Nam si dominus proprietatis in area, cujus ususfr. alterius est ædificaverit, ususfr. area extinguitur, quasi mutata re, & ideo vindicari non potest. Quinimo hoc casu superest tantum fructuario adversus dominum proprietatis, qui in area ædificavit, actio de dolo, & fraude in id, quod interest, l. repeti, §. ult.

(†) Vide Merrill. Variant. ex lib. instit. Cujac. cap. 1.

§. ult. quib. mod. ususfr. amit. Et hæc quidem scribit hoc loco Paulus de domino, qui eo loco ædificavit, aut ædificare molitur, aut parat, per quem alii supradictæ servitutes debentur. Contra si non dominus eo loco ædificet, sed is, cui servitus debetur, tunc sane recte dominus ager cum illo jus ei non esse ibi ædificare, aut ædificatum habere, sicut si in area sua ille tentaret ædificare, & consequenter poterit dominus ei nuntiare novum opus. Denique vel per civilem actionem eum prohibere poterit, vel per nuntiationem novi operis. Et hæc est sententia §. primi elegantissima.

Ad §. ult. In §. ult. ait, eum, qui viam habet, non amittere viam quasi non utendo, si statuto tempore ad eam amittendam non utendo, ea via usus sit, vel angustiore, vel latiore, quia & qui via angustiore utitur, tota via uti videtur: neque igitur viam inusu amittit, imo usu totam retinet, & usurpat, si vel minimum via utatur, si vel angustiore, vel latiore via utatur. Ac similiter eum, qui aquæ ductum habet ad certum modulum, ut puta si ei datus sit digitus aquæ, ut in *l. Lucius 37. de servit. præd. rusti.* eum non amittere aquæ ductum, si vel minorem aquæ modulum duxerit statuto tempore, vel ampliolem alia immixta aqua, quoniam & hic toto modulo usus intelligitur. Quæ est sententia §. ult. Et mox arbitror Paulum attigisse, quod est in *l. 2. tit. seq. quæ jam exposita fuit: pari etiam ratione scilicet eum, qui viam habet, viam retinere, & usurpare, non amittere, vel eum, qui actum habet, eum non amittere, si jerit tantum statuto tempore, non etiam egerit jumentum, aut duxerit vehiculum: quia & hic tota servitute usus intelligitur, quia partis usus totius servitutis usurpatio est, *l. 8. §. ult. & l. 9. tit. seq.* vel eo maxime, quia servitutis prædii usus individuus est, *l. via, de servit.* Non potes uti partim servitute, partim non uti, sed dum, vel minimum ea uteris, tota uteris: & eam igitur quasi usu retines, non inusu amittis. Et hoc in usufructu, qui est dividuus, proculdubio expeditius est, ut domus, vel insulæ usufructu legato, vel cesso, quamdiu quælibet portio insulæ, vel domus remanet, totius soli usufructus usurpetur, & retineatur, *l. si cui insulæ, sup. de usufr.**

Ad L. II. ad Exhib. Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat experiundi sit copia.

Hæc omnes leges seqq. sicut superiores pertinent ad rei vindicationem. Ac primum *l. 2. ad exhib.* est certissimum ad eam pertinere, cum respiciat aperte ad actionem ad exhibendum, quæ maxime propter rei vindicationem inducta est, ut ait *l. 1. hoc tit.* ut scilicet res, posteaquam exhibita fuerit, vindicetur, *l. 3. §. est autem, hoc tit. l. 2. commod. l. 2. epil. heredit. l. in rem, §. item quæcumque, de rei vindic. l. 3. §. si ipse, de tab. exhib.* Et est actio ad exhibendum de re mobili tantum, *l. ad rem, de procurat.* nam de immobili non agitur ad exhib. cum sit in proapatulo. Hoc vero est, quod ait *l. 2. hujus tit.* Exhibere scilicet, esse facere in publico, rei mobilis scilicet, aut se moventis videndæ, aut cognoscendæ potestatem, sive copiam. Et alibi, præsentiam rei præbere, *l. 2. de verb. signif.* Quo fine? ut ei, qui agit, sit statim copia experiundi, puta agendi in rem actione, propter quam actio ad exhibendum comparata est, quamve præparat actio ad exhib. sicut interdictum de liberis exhibendis præparat interdictum de liberis ducendis. Exhibentur enim ut postea ducantur, & sic exhibentur res, ut exhibitæ vindicentur. Denique acturus in rem prius agit ad exhibendum, ut re exhibita mox apud eundem judicem eam rem suam esse petat. Actio directa, id est, actio principalis, quam intendit is, qui sibi rem exhiberi desiderat, est rei vindicatio: hæc ei principaliter est in animo, *l. 3. §. ibid. & l. si quis hominem, hoc tit.* ubi actio directa, est principalis, quæ est rei vindicatio, quam potissimum intendit, qui agit ad exhib. Et recte, & eleganter Ulpianus in *l. Julianus, §. quantum, hoc tit.* idcirco agi ad exhibendum, ut actor copiam rei habens, possit exsequi actione, quam destinavit, in nullo causa, quam intendit, læsa, id est, ut possit prosequi rem, quam animo destinavit, in nullo causa, quam intendit, principaliter scilicet, læsa, id est, re exhibita integra, incolumi,

& cum omni causa sua: alioqui non videtur exhibita. Et hoc adnotasse ad hanc *l. 2.* satis abundeque est.

Ad L. LI. de Contr. empt. Littora, quæ fundo vendito conjuncta sunt, in modum non computantur: quia nullius sunt, sed jure gentium omnibus vacant: nec viæ publicæ, aut loca religiosa, vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solent, ut viæ, item littora, & loca publica in modum cedant.

Pertinet etiam ad rei vindicationem *lex 51. de contrab. empt.* & conjungenda est cum eo, quod idem Paulus dixit *sup. in l. in rem, §. 1. de rei vindic.* Loca sacra, vel religiosa quasi nostra, in rem actione peti non posse. Sane, quia non sunt nostra, quia nullius in bonis sunt, adeo ut nec publicis bonis adnumerentur, nec privatis, nec publicis igitur, *l. 17. de verb. signif.* Iis enim convenienter ait Paulus in hac *l. 51.* si in vendendo fundo, ut sit, venditor dixerit modum fundi, puta centum jugerum esse, in eum modum non cedere littora, quæ fundo conjuncta sunt: Fac fundum esse maritimum, quia littorum proprietas nullius est, & usus tantum eorum publicus, sive communis est jure gentium, *l. præscriptio, de usurp. & usuc. §. littorum, Instit. de rer. div.* quia, inquit Paulus nullius sunt, sed jure gentium omnibus vacant: non etiam cedere in modum fundi, quem venditor dixit, vias publicas, quæ in fundo sunt, si quæ sint, quia & hæc nullius sunt, adeo ut nec publicis bonis adnumerentur, *d. l. 17.* sed publicis usibus deserviunt: viis publicis junguntur etiam limites in *l. id quod, §. ult. de peric. & comm. rer. vend.* Nempe limites, qui dicuntur actuarii, per quos iter populo debetur, sicut per vias publicas ex *l. Sempronia, & Cornelia, & Julia,* ut Higynus scribit lib. de Limitibus constit. Addit Paulus in hac lege, non etiam cedere in modum agri loca religiosa, vel sacra, veluti *πολυδένδρα*, quæ nos *dormitoria, κοιμητήρια*, vocamus, vel mausolea, quæ fundum tangunt quæ Frontinus, & Urbicus videntur in lib. de limitibus vocasse *messilea*. Loca autem sacra. ut lucos, paganorum more, aut templa: hæc, inquam, omnia, non cedere in modum fundi venditi, nisi (addenda est una exceptio) in contrahendo ita actum sit, ut vel littora, vel viæ publicæ, vel limites actuarii, vel loca publica, aut loca sacra, aut religiosa in modum agri cederent: ea enim conventio valet, & venditori proficit, *d. l. id quod, §. ult.*

Ad L. XLIII. Locati. Si vulneraveris servum tibi locatum: ejusdem vulneris nomine legis Aquiliæ, & ex locato actio est: sed alterutra contentus actor esse debet. Idque officio judicis continetur, apud quem ex locato agetur.

Item hæc lex accommodanda est ad rei vindicationem hoc modo. Sicut si servum tibi locatum vulneraveris, ejusdem vulnerati nomine *l. Aquiliæ, & ex locato* adversus te locatori actio competit, sed officio judicis, apud quem locator agit eo nomine ex locato, continetur, si in eam actionem locator deducat causam vulneris, æstimationem ejus damni, ejusque rationem in judicio locati habere velit, ut remittat actionem *l. Aquiliæ,* atque ita ut alterutra sit contentus, quod proponitur in *l. 43.* Ita vero profusus, si possessor servi alieni, eum deteriolem fecerit, ejusdem facti nomine in eum domino competit actio *leg. Aquiliæ, & actio in rem,* sed in actione in rem per judicem ratio habebitur, id est, æstimabitur quanti servus deterior factus sit, ita demum si actor remittat actionem *leg. Aquiliæ, l. non solum, de rei vindic.* Finge, inquit, debilitatum fuisse servum, aut vulneratum: debilitatum intelligit fustibus, aut flagellis, ut sæpe in martyrologiis legimus, Christi martyres debilitatos fustibus, aut flagellis, aut taureis, ut vocantur. Si dominus prius egerit *l. Aquilia,* non poterit deinde in judicio in rem deducere causam damni, causam debilitati, aut vulnerati servi, qui petitur, quia actio in rem arbitrarium judicium est, & arbitrio æquitatiq; judicis, quasi viri boni congruit, ne id fiat, id est, ne bis idem exigatur, ne exigatur æstimatio rei judicio in rem, quæ jam exacta est prius actio-

ne

ne l. Aquilia. Sed si dominus egisset in rem, & causam damni in hoc iudicium deduxisset, ejusque rationem iudex habuisset, sane postea non prohiberetur agere actione leg. Aquilia, vel in id, quod amplius in ea est, quia actioni l. Aquilia præter æstimationem damni, est etiam pœna: non prohiberetur, inquam, agere l. Aquilia, quia hæc actio est stricta, non bonæ fidei, non arbitraria, ut in ea possit aliquid iudicis arbitrium. Ideoque in iudicio in rem, quo prius agitur, arbitrio iudicis, apud quem agitur, congruit, ut non aliter damni æstimationem faciat, quam si remittatur actio l. Aquilia, cum maluerit actor agere in rem, quam l. Aquilia. Ab initio cur non elegit l. Aquilia? cur elegit potius actionem in rem? Contentus ergo sit simpli, & remittat pœnam actionis l. Aquilia, prælitata cautione, qua promittat, se non acturum l. Aquilia, l. si à domino, §. si possessor, de petit. her. l. unde queritur, commod. l. si merces, §. culpa, hoc tit.

Ad L. XXV. de Verbor. significat. Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est: quia usufructus non domini pars, sed servitutis sit: ut via, & iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse, hoc & Julianus: & est verius.

Ad §. Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari. Nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.

Non est etiam dubium, hanc legem ad rei vindicationem pertinere, quia ait nos recte intendere, recte dicere, fundum nostrum esse, id est, recte totum fundum vindicare hoc modo: Si paret totum illum fundum, qui est in agro illo, ex iure Quiritium meum esse: non tantum, si plenam, & solidam proprietatem fundi habeamus, sed etiam nudam tantum, usufructus autem sit alterius, quia rei vindicatione dominium proprietatis vindicatur. Et usufructus hujusce domini pars non est, licet quibusdam casibus habeatur pro parte domini: non est, sed habetur quandoque, aut fingitur quandoque habere instar domini, ut furtus exposuimus lib. 2. ad leg. 4. de usufr. Denique usufructus non est pars proprietatis, sed servitutis, inquit, per quam fundus servit homini, cui debetur usufructus: sicut, inquit, iter, & via. per quam fundus servit fundo: iter, aut via servitus est prædiorum, & rerum, id est, quæ debetur rebus, & à rebus. Usufructus est servitus hominis, id est, quæ debetur homini à rebus quibuscunque, l. 1. §. 15. de servit. Colligamus in pauca rationem Pauli. Recte dico, totum fundum meum esse, recte eum vindico totum, etiam si usufructus sit alienus, non meus, quia usufructus non est pars domini, sed servitutis: non dicitur autem falso res tota nostra esse, cuius nulla pars dici potest alterius esse: si non falso, ergo vere dicitur tota nostra esse. Et hoc loco recte, id est, vere, ut *lin rem, §. si quis rei, de rei vind. vere statuam suam diciturum*. Sed observandum est in hac lege esse *πλοκῶν* in verbo *partis*, quum dicit, usufructum non domini partem esse, sed servitutis: repeti enim debet *αὐτὸ τὸ κοινὸν* sed servitutis partem esse. Nam usufructum non esse domini partem, est, non esse veluti membrum totius, quia etiam sublato, & abscedente usufructu manet dominium integrum, & perfectum, l. *Marius, §. fundo, de leg. 2. l. si à reo, §. si reo, de fideiuss. l. 13. §. 1. de acceptil.* Usufructum autem esse partem servitutis, est, esse speciem servitutis. Quo modo & M. Tullius sæpe partes vocat, quas formas, vel species dicimus. Ex his genus constat, ex illis totum constituitur, ex formis scilicet, sive speciebus genus constat: ex partibus, quæ proprie partes dicuntur, totum constituitur. De speciebus genus affirmatur, non de partibus totum. Generis natura universa in nulla suarum partium inest. Genus speciebus natura prius est: totum vero partibus, & tempore, & natura posterior. Porro ex his intelligimus, in titulo de rei vindicatione, rei appellatione significari non tantum plenam, sed & nudam proprietatem. Et hoc cum docuisset Paulus, subjicit in hac ipsa l. §. Quintus, de parte rei cujusque eam dupliciter accipi, pro indiviso,

A vel pro diviso: pro diviso esse certam, pro indiviso incertam. Et ex Servii sententia, utramque partem recte vindicari: partem pro diviso absque dubio, quia totum quoddam potius est, quam pars: & commune pro diviso, proprium potius, quam commune; proprium pro regione cujusque, quam cuique divisio attribuit: sed & partes pro indiviso vindicari possunt, ut l. 3. §. ult. l. 76. §. 1. de rei vindicatis. Hæc proprie est pars: & proprie commune, quod pro indiviso est commune. Unde & agri compascui, sive compascua, ut Aggenus Urbicus scribit, quidam vocant pro indiviso, quæ alii *communalia*, quod verbum hodie retinet idiotismus, commune individuum, ut ait lex 3. *C. in quibus caus. cessat præscript. long. tempor.* Et Servius non ineleganter ait, *partis appellatione utramque partem significari, vel pro diviso, vel pro indiviso*, & utramque, quoniam ad id hæc lex respicit, vindicari posse. Non ineleganter Græci interpretantur *κοινῶς*, non *ἰσῆτε*. Et ita sæpe in libris nostris scribitur *eleganter*, id est, perite, scite admodum.

Ad L. CXXIX. de Regulis juris. Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit.

Ad §. Cum principalis causa non consistit: ne eadem quidem, quæ sequuntur, locum habent.

Hæc lex sane non potest apte, aut vere ullo modo aptari ad rei vindicationem. Et videtur non libro vigesimo primo attribuenda esse, sed libro vigesimo, quoniam apte potest accommodari ad petitionem hereditatis, de qua fuit liber 20. Qua tamen actione non tenetur quali dolo malo desierit possidere quidquid ex hereditate alienavit, æris alieni hereditarii exsolvendi gratia, quia hæc causa necessaria est, l. non solum, de petit. heredit. Sed neque creditor, cui possessor hereditarius, hereditatis pecuniam solvit hereditario nomine, tenetur conditione indebiti, l. de hereditate, C. eod. Etiam si ab eo acceperit pecuniam, cum sciret heredem eum non esse, quia, ut ait in principio hujus l. nihil dolo creditor facit, qui suum recipit à quocunque solvente. Creditor hereditarius est etiam is, cui legatum relictum est, l. hereditariarum, de obligat. & actio. Et ideo si possessor hereditatis, quasi heres ex testamento legatum solverit, vel non exacta cautione evicta hereditate legatum reddi, vel etiam exacta cautione, ut l. 6. de petit. heredit. Idemque omnino dicemus, nisi postea testamentum injustum, aut ruptum, aut irritum, aut falsum pronuntietur. Hoc enim casu is, cui legatum solutum est, tenetur ex cautione, si interposita sit, vel tenetur conditione indebiti, quia legatum id indebitum fuisse apparet. Quum enim, ut Paulus subjicit, principalis causa non subsistit, neque ea quidem, quæ sequitur, locum habebit. Et principalis causa est testamentum, id est, heredis institutio. Tribus tantum verbis fit heredis institutio: *Titius heres esto*: hæc sola heredis institutio, testamentum facit. Quum autem testamentum non valet, nec legata, nec fideicommissa, nec codicilli quidquam valent. Hoc est certissimum, & hoc casu indebiti conditio dabitur, non possessori, qui solvit ex hereditate, sed vero heredi. Neque hoc est novum, ut alius, quam qui solvit repetat solutum, & condicat, l. 2. §. 1. l. 5. de cond. indeb.



JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XXII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. penult. Naut. caup. stabul. Licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis diverteris: non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum injuria passus es.

Ad §. Si fervo meo in nave, vel in caupona utaris, & damnum mihi det, vel furtum faciat: quamquam & furti actio, & damni injuria mecum sit, hæc tamen actio, quia in factum est, etiam

etiam servi mei nomine adversus te competis. Idem dicitur A
et si communis sis. Tu tamen, quod mihi præstiteris ejus nomi-
ne, vel communi dividendo, vel pro socio actione, aut si par-
tem ejus, vel totum conduxisti, etiam ex conducto habebis me
obligatum.

Ad §. Sed si damnum in eo datum sit ab alio, qui in eadem na-
ve, vel caupona est, cujus factum prætor æstimare solet: non
putat Pomponius ejus nomine hanc actionem utilem futuram.

Ad §. In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi
causa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui
hospitio repentino recipitur, veluti viator.

Ad §. Possumus autem furti, vel damni injuriæ actione uti
cum nautis, ut certi hominis factum arguamus; sed una con-
tenti esse debemus. Et si cum exercitore egerimus, præstare
ei debemus actiones nostras, quamvis ex conducto actio ad-
versus eos competat exercitori. Sed si absolutus sit exercitor B
hæc actione, deinde agatur cum nauta, exceptio dabitur: ne
sapius de ejusdem hominis admissio queratur: & contra si de
admissio unius hominis actum sit, deinde in factum actione
agatur, exceptio dabitur.

POST vindicationes, de quibus dixit superiori-
bus Libris XX. & XXI. Paulus sequutus ordinem
edicti perpetui, hoc Libro XXII. proposuit noxales
actiones, de quibus etiam nonnihil ante dixerat
lib. 18. sed ex occasione magis, quam ex ordine edicti per-
petui, cum tractaret potissimum de jurejurando, de quo &
in tractatu de noxali actione incidit quæstio, sive inspectio
quædam. Et ex earum quoque genere quasdam proponere
antevererat lib. 19. veluti servi corrupti, & de dejectis,
vel effusis. Quæ vero ex hoc lib. 22. prima lex se offert, ea C
est *l. pen. naut. caup. stab.* explicatu sane quam difficilis,
neque omnium hominum lex. Initio ostenditur, actionem
in factum prætoriam ex edicto prætoris adversus exercito-
rem navis, vel cauponæ, & diversorii, vel stabuli meritorii
dari vectori, aut viatoribus, non tantum si contracta loca-
tione conductione, certa mercede navi vehantur, vel in
caupona diversentur, vel in stabulo eorum jumenta stabu-
lentur, sed & si gratis navigarint, aut si in caupona gratis
diverterint, aut si jumenta sua gratis stabulati fuerint, nul-
lo dato, aut convento vecturæ, vel mansionis pretio, ut
l. 3. §. si vero res, & l. 6. sup. hoc tit. Et ait, in factum actio-
nes, plurativo numero, quia edicto prætoris duæ sunt, qui
Latinis numerus pluralis est; duæ in exercitorem navis,
aut cauponæ, aut stabuli, sunt actiones in factum. Una est
ex contractu, id est, ex recepto, si exercitor res sibi com- D
missas, & creditas à vectoribus, aut viatoribus salvas fore
recepit à furto, & damno: neque enim solet recipere om-
ne periculum: non solet recipere vim majorem, vim divi-
nam, sed periculum tantum furti, vel damni dati: si eæ sci-
licet res in navi, vel caupona, vel stabulo furto subreptæ,
aut deteriores factæ fuerint ab iis, quorum opera, & mini-
sterio in navi, caupona, stabulo utebatur, sive liberi, sive
servi fuerint, & sive servi alieni, sive proprii; in propriis
hoc casu cessante noxali actione, ut *l. 3. §. item si servus, hoc
tit.* vel etiam si subreptæ, aut corruptæ fuerint ab aliquo ex
vectoribus, aut viatoribus, tametsi nulla exercitoris culpa
intervenerit: nisi enim eas res exercitor restituat ei, à quo
recepit, cuique recepit salvas eas fore, hac actione in fa-
ctum tenetur in id, quod interest. Altera actio in factum
est, non ex contractu, ut illa scilicet, sed quasi ex maleficio, E
qua etiam exercitor tenetur in duplum, si res, quas vecto-
res, aut viatores intulerunt subreptæ, aut deteriores factæ
sint ab iis, quorum opera navem, cauponam, stabulum
exercebat, tametsi eas salvas fore non receperit. Utraque
actio est honoraria, sive prætoriam: scilicet prior ex contra-
ctu, posterior quasi ex maleficio. Item priori actione exer-
citor non tantum suorum hominum factum præstat, sive
liberi, sive servi fuerint sui, vel alieni, sed etiam factum ve-
ctorum, aut viatorum. Posteriori autem actione suorum
hominum tantum factum præstat, sive liberi, sive servi
alieni fuerint, non si servi proprii fuerint. Vectorum aut-
tem, aut viatorum factum non præstat, sed eorum tantum,
ut dixi, quorum opera utitur in exercenda navi, caupona,

vel stabulo, sive fuerint liberi homines, sive servi alieni,
quia aliquatenus culpæ reus est, quod opera pravorum ho-
minum utatur in exercenda caupona, navi, aut stabulo, *l. 5.
§. ult. de oblig. & act.* Nam quum eos adhibebat ad instruend-
dam navem suam, vel cauponam, debebat explorare cujus
fidei, cujus innocentia essent. In suis servis venia dignus
est, si quales quales adhibuit ad instruendam navem, vel
cauponam suam, *l. seq. §. servorum*: Et ideo, ut ait, servorum
suorum nomine tenetur tantum noxali actione furti, vel
damni injuria dati, non in factum actione posteriori ex hoc
edicto. Porro hæc duæ actiones dantur, ut initio hujus legis
proponitur, non tantum his, qui certa mercede, sed & his,
qui gratis navigant, vel diversantur, vel stabulantur, si
furtum, vel damnum injuria passi sunt in navi, vel caupona,
vel stabulo.

AD §. Si servo. Additur in §. 1. hujus legis, quod valde no-
tandum est: etiam ex hoc edicto adversus exercito rem
recte agere viatorem, aut vectorem servi sui nomine, id est,
qui in dominio viatoris, aut vectoris est, puta si servi sui
opera, si servi viatoris, aut vectoris opera in navi, aut caup-
ona exercitor utebatur, & is domino suo in navi, vel caup-
ona damnum dederit, vel furtum fecerit: neque pugna-
re, aut obstare quicquam huic sententiæ, quod dominus
exercitori tenetur actione noxali furti, vel damni injuria
dati ex *l. Aquilia* propter servum suum, qui furtum fecit,
vel damnum dedit, quia hæc ratio quidem efficit, ut subti-
liter respondet Paulus, sed obscure tamen, ut non possit
dominus ejus servi nomine cum exercitore agere noxali
actione, qui scilicet (ut est in veteri regula juris) tenetur
noxali actione, non potest agere noxali actione unquam,
*l. sed si unius, §. si servus, de injur. l. ut tantum, §. si servus, de
servo corr. l. pen. C. de furt.* Verum actio, qua dominus agit
cum exercitore in proposito casu servi sui nomine, est actio
in factum ex hoc edicto. Est actio in factum, inquit Paulus,
quod de utraque actione in factum accipi velim, sive ex
contractu nascatur, sive quasi ex maleficio. Est actio in fa-
ctum, in qua scilicet prætor, ut paulo post ait, æstimat fa-
ctum ejus, qui damnum dedit, vel furtum fecit. Est actio in
factum, in qua scilicet omnino venit æstimatio facti, sive
reatus, æstimatio admissi delicti. Denique est in factum
actio, non noxalis actio furti, vel damni injuria dati. Ergo
non offendimus in veterem illam regulam, cum domino
servi sui nomine in exercitorem damus actionem in fa-
ctum, quia actionem in factum damus, non noxalem actio-
nem, quæ utique in dominum nunquam est. Et subjicit
idem eise, si servus fuerit communis inter exercitorem, &
viatorem, & cum ejus opera in caupona exercitor uteretur,
damnum viatori dederit, qui alter est ex dominis suis, fur-
tumve ei fecerit: nam & ejus servi nomine viatori in exer-
citorum ex hoc edicto dantur actiones in factum. Sed quod
exercitor ei præstiterit, ab eodem id consequetur actione
pro socio, vel communi divid. *l. 8. l. cum servus, de nox.
act. l. 61. in princ. de furt.* vel actione ex conducto, si servi
partem à viatore socio suo conduxerit. Priori etiam casu,
si servum viatoris proprium exercitor totum conduxerit,
ut ejus opera in navi, vel caupona uteretur, quod exercitor
domino præstiterit, ejus servi nomine conventus actione in
factum ex hoc edicto, id ab eo consequetur actione ex con-
ducto. Et ita sunt accipienda hæc verba Pauli: *aut si par-
tem ejus, aut si totum conduxisti, etiam ex conducto habebis
me obligatum*, ut quod ait *partem*, referatur ad servum
communem: quod ait *totum*, referatur ad servum proprium
vectoris, aut viatoris. Quia vero iis casibus, quod præstite-
rit exercitor vectori, aut viatori conventus actione in fa-
ctum ex hoc edicto, id mox ab eodem superioribus casibus
repetere potest pro socio, vel communi dividendo, vel ex
conducto: ideo recte dices, & ab initio agentem vectorem,
aut viatorem actione in factum adversus exercitorem ob
factum servi proprii, vel communis, posse submoveri ab
exercitore, opposita vulgari exceptione doli mali. Dolo fa-
cis qui petis, quod redditurus es, *l. 8. de doli except.* Hic
erat locus difficilior hujus legis.

Ad

AD §. Sed si damnum. Sequitur in §. sed si damnum, quod etiam aliquantum difficultatis habet; si servo vectoris, aut viatoris, cujus opera exercitor in navi, vel caupona utebatur, aut gratuita, aut conductitia, nihil refert, si ei, inquam, servo damnum datum sit, puta si corpori ejus nocitum sit ab alio, qui in eadem navi, vel caupona erat, si vulneratus, aut debilitatus fuerit ab alio, cujus factum alias prætor æstimare solebat, puta ab alio quocunque, aut viatore, aut vectore, in actione priori in factum, quæ est de recepto, vel ab alio quoque, nauta scilicet, sive remige, aut ministro cauponio, in posteriori actione in factum, quasi ex maleficio, hoc, inquam, casu ejus servi nomine domino exercitor nulla tenetur actione in factum: non posteriori, quia ei locus non est, cum ministeria, quibus exercitor utitur, sibi invicem damnum furtumve fecerint, l. seq. §. sed si quid nautæ. Sed tum duntaxat locus ei est, quum illa ministeria vectoribus, aut viatoribus damnum furtumve fecerint, non etiam priori actioni in factum, quia exercitor ministeria, quibus utitur, sive eorum salvas fore non recepit, sed res vectorum, aut viatorum tantum, & ideo nec priori actioni locus est, servo unius ex vectoribus, aut viatoribus læso, rupto, vel usto. Et ita, quæ hæcenus dicta sunt, aptanda censeo ad utramque actionem in factum. Quæ sequuntur pertinent tantum ad posteriorem actionem in factum, quæ est quasi ex maleficio, & in duplum, in quam actionem, ut ostenditur in §. in factum, tametsi non veniat factum vectorum, aut viatorum, qui hospitio repentino recipiuntur, quia hos caupo, vel stabularius non elegit, nec iter facientes repellere potest: signum cauponæ appensum obligat eum accipiendis sine delectu omnibus viatoribus, l. unica, §. ult. furti adversus nautas. Quamvis, inquam, in hanc actionem non veniat factum vectorum, vel viatorum, venit tamen factum eorum, qui in caupona habitant, quia perpetuos habitatores caupo ipse quodammodo elegit, qui non rejicit: & ideo factum eorum præstat. Viatores, quorum factum non præstat, ibi non habitant, sed hospitantur, d. l. un. §. ult. His subjungit Paulus, si in navi, vel caupona nobis damnum furtumve fecerint ii, quorum opera exercitor utebatur, non tantum nos habere in exercitorem actionem in factum jure honorario quasi ex maleficio, quæ est utilis actio furti, & actio furti etiam appellatur à Paulo secundo sentent. tit. penult. & similiter est utilis actio legis Aquiliæ in duplum, etiam in contentem. Non ergo hanc tantum actionem habemus in exercitorem, sed etiam adversus nautas ipsos, sive remiges, sive cauponios ministros, qui damnum furtumve fecerint jure civili, sive liberi homines fuerint: in eos, inquam, habemus directam actionem furti, vel legis Aquiliæ, d. l. un. vel si servi alieni, vel proprii exercitoris fuerint, actionem noxalem habemus adversus dominos, sed alterutra nos debemus esse contenti, vel actione in factum prætoriam in exercitorem, vel actione civili furti, vel legis Aquiliæ in eum, qui damnum furtumve fecit, aut noxali actione in dominum ejus. Et si quidem cum exercitore prius egerimus actione in factum, & duplum nobis præstiterit, jam non possumus agere furti adversus nautam, qui furtum fecit, sed ipse exercitor in eum furti agere potest, quia ejus interest cum duplum præstiterit nobis, l. 4. sup. hoc tit. Ex lege Aquilia in nautam agere non potest, quia hæc actio solis dominis competit: sed nos, qui domini sumus rerum corruptarum, exercitori, à quo duplum tulimus, debemus cedere actionem legis Aquiliæ. Et ita recte Accursius interpretatur hæc verba Pauli: *Præstare ei debemus nostras actiones*, id est, cedere actionem legis Aquiliæ: nam actionem furti suo jure habet sine cessione nostra. Exercitor etiam in nautas, quorum ex facto conventus duplum præstitit, si operas eorum conduxerit, præter actionem furti, vel sibi cessam actionem legis Aquiliæ, habet actionem ex conducto in id, quod interest. Verum ut posui initio, si prius cum exercitore egerimus in factum, duplum vero non abstulerimus, quia exercitor absolutus sit, forte injuria judicis, an superest nobis actio furti, vel legis Aquiliæ in nautas, vel in nautam, qui furtum fecit nobis, damnumve dedit? Superest quidem. Sed nobis agentibus obstat exceptio

Tom. II. Post.

A (ut Paulus ait) doli, quia, optima est ratio, ex ejusdem hominis admisso sæpius queri non oportet, alioqui nullius esset querelarum, aut judiciorum finis, l. 3. & 4. de his, qui dejec. vel effud. Atqui de nautæ admisso jam quæsitum est semel judicio in factum, quo actum est in exercitorem: ergo de eo non est querendum iterum, data actione furti, vel legis Aquiliæ in nautam sine metu exceptionis. Hac ratione utitur Paulus hoc loco, quæ & in aliis plerisque causis valet: & ideo summe notanda est. Eadem quoque ratione idem Paulus in extremo hujus l. ostendit, si ex diverso posita contraria specie prius egerimus cum nauta furti, vel legis Aquiliæ actione, sive condemnatus, sive absolutus fuerit nauta, postea agentes nos cum exercitore actione in factum repellendos esse exceptione doli mali, ne de ejusdem hominis admisso sæpius quærat, & ita hæc l. ad facilitatem redigenda est.

Ad L. II. Si quad. paup. fec. dic. Hæc actio non solum domino, sed etiam ei, cujus interest, competit: veluti ei, cui res commodata est, item fulloni: quia, eo quod tenentur, damnum videntur pati.

Ad §. Si quis aliquem evitans, magistratum sorte, in taberna proxima se immisisset, ibique à cane feroce læsus esset: non posse agi canis nomine quidam putant. At si solutus fuisset, contra.

Ad L. IV. eod. Hæc actio utilis competit etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

Actiones noxales, de quibus est hic liber 22. non tantum ex facto, & noxa servorum sunt adversus dominos, sed etiam ex noxa quadrupedum: quæ noxa in 12. tabul. proprio nomine pauperies appellatur. Et vel ea noxa quadrupedum eadem l. 12. tab. sarciri jubetur à domino præstita damni æstimatione, vel quadrupes viva in noxam dedi. In legibus Georgicis Justin. apud Harmenopulum, pauperies illa quadrupedum appellatur præda. Sane & Emanueli Moschopulo libro περί σκεδών præda dicitur esse, ἡ γίνουσα ἐν βλάτῃ ἐν ἀμπελοῦσι καὶ ἀγροῖς, καὶ τοῖς τοῖς: damnum, quod infertur vineis, vel agris, & his similibus, à quadrupedibus scilicet. Hanc autem actionem Paulus scribit in l. 2. non tantum domino dari, cui quadrupes aliena damnum dedit, rebusve ejus pauperiem fecit, sed etiam ei, cujus interest, ut puta ei, cui res locata commodata, & conducta est: fulloni, inquit, id est, ei, cui vestimenta lavanda, & polienda locata sunt, si ea vestimenta quadrupes aliena deteriora fecerit, quia eo nomine fullo domino vestimentorum tenetur actione ex locato, & commodatarius commodati. Et quia tenetur, ideo æquum est ei dari actionem noxalem adversus dominum quadrupedis. Et tamen, si servus alicujus damnum dederit rei commodatæ, vel locatæ, certum est, eo nomine commodatario, vel conductori non dari actionem legis Aquiliæ, sed soli domino tantum, l. 11. §. pen. tit. seq. Et ratio differentie hæc est, quia præstare commodatarius, & conductor diligentiam debet in servanda re sibi commodata, vel locata, quam si adhibeat, facile consequetur, ne eam rem quadrupes deteriore faciat: sed ne homo eam rem deteriore faciat, qui viribus antecellit, nulla cura, aut diligentia adsequi potest, l. ad eos, commod. l. sed de damno, loc. Et ideo damnum ab homine datum, cui resistere non potuit, ad eum non pertinet. Damnum datum à quadrupede, quam abigere potuit, ad eum omnimodo pertinet. Quamobrem æquum est ei adversus dominum quadrupedis à commodari noxalem actionem ex 12. tabulis. Ad hæc sciendum est, hanc actionem legitimam dari in dominum de damno dato à quadrupede, id est, pecude, veluti ab equo, bove, mulo, ariete. Canis inter pecudes non est, l. 12. & 29. §. hæc actio, tit. seq. Inter pecudes tantum sunt, quæ gregatim pascuntur. Canis igitur inter pecudes non est: sed tamen ad damnum, quod canis alienus dedit, constat hanc actionem pertinere ex l. 1. §. sed etsi canis, hoc tit. & ex §. 1. hujus l. 2. Idque ita nominatim de cane lege Solonis cautum fuisse Paulus scribit 1. sentent. tit. 15. & Plutarchus in Solone, & Plato quoque 11. de legibus, de cane, qui pauperiem fecit, eandem legem condidit. Itaque

X

si,

si, quis forte, cum evitaret magistratum, quæ est species A
l.2. pone exemplum in aleatore, vel in negotiatore vitiofa-
rum mercium ædilem fugiente, qui se in proximam taber-
nam immiserit, ibique à cane feroce, qui solutus erat, læ-
sus fuerit, in dominum canis ei competit actio noxalis: sed
si vinctus fuerit canis, dominus eo nomine non tenetur,
maxime, si *cave* pro taberna inscripserit, *cave canem*: quod
veteres inscribere solitos in janua ædium suarum Petronius
ostendit in Satyrico, & Varro apud Nonium in verbo *pra-*
bitio. In taberna, vel in domo cuique sua canem habere
licet, modo si feroce interdiu vinctum habeat. Qua au-
tem vulgo iter fit, neque solutum, neque vinctum habe-
re licet ex ædilitio edicto, quia & vinculis quidam con-
tineri non possunt, ut damnum non inferant, l.40. & seq.
de *ædil. edict.* Et qui adversus edictum illud ædilitium fece-
rit, tenetur ædilitia actione in duplum, ut illo loco pro-
ponitur, & distinguitur, vel in solidos ducentos, vel in
quantum bonum, & æquum judici videbitur, & tenetur
etiam actione noxali. Denique tenetur duabus actionibus,
quasi ex duobus factis, quod scilicet, ipse fecit contra
edictum, quod ibi canem feroce habuerit, & quod can-
is damnum fecerit. Duo sunt facta, & duæ actiones, nec
altera alteram consumit, §. *ult. Instit. eod.* Ac præterea
sciendum est, utilem actionem noxalem dari ei, qui da-
mnum passus est, etiamsi non quadrupes, sed aliud quod-
cunque animal damnum dedit: directa est de quadrupede,
utilis de quocunque alio animali, l. 4. *hoc tit.* Ubi Græci
exemplum ponunt in anserem, accipitrem, qui & acceptor
dicitur, & struthione.

Ad L. VI. ad L. Aquil. Præceptoris enim nimia sævitia C
culpa assignatur.

Hæc lex pertinet ad speciem propositam in l.5. §. *ult.*
quæ etiam ab eodem auctore repetitur in l.13. §. *item*
Julianus, *inf. loc.* Sutor cum docendum conduisset inge-
num filiumfam. ei parum bene facienti, quod monstrabat
magister, forma calcei, sic loquitur, ut & nos vulgo, &
forma, formula. Ammian. Marcellinus 21. *calcei*, inquit,
nullis formulis apertis: forma calcei, inquit Jurisconsultus
cervicem ita percussit, ut oculus puero perfunderetur, &
sua sede procideret. In d. §. *item Julianus* ait, *effunderetur*,
quod Græcis est *ἐκτραγῶσαι τὸν ὀφθαλμὸν*, & paulo ante
ἐλυσκαρε hominem: ictus cervicis rumpit oculum. Et ait,
sutorem patri teneri actione legis Aquiliæ, quasi damno
injuria dato, ut l. *com. duobus*, §. *socium, pro socio*, quia, inquit
Paulus, *præceptoris nimia sævitia culpæ adnumeratur*. Et in-
juria scilicet in l. Aquilia pro culpa accipitur. Eademque est
ratio l.10. *hoc tit.* si cum jaculo quidam in campo luderet,
servus jaculo fuerit occisus, hasta, vel pilo, domino com-
petit actio l. Aquiliæ, etiamsi dolo malo non occiderit:
nam inquit l. 10. *lulus* quoque noxius in culpa est. Et in-
juria in l. Aquil. culpa est, sive negligentia.

Ad L. XIV. eod. Sed si ipse heres eum occiderit, dictum est
dandam in eum legatario actionem.

Sequitur in l.14. eod. servo legato ab herede injuria oc-
ciso, legatario in eum dari actionem leg. Aquiliæ. Quod
utique verum est, si servus legatus occisus sit post aditam
hereditatem, & legatarius vivente servo jam legatum agno-
verit, quia legatarius ejus servi dominus factus esse intelli-
gitur ex dic aditæ hereditatis. Sed si ante aditam heredita-
tem heres eum servum occiderit, legatario non potest
competere in heredem actio legis Aquiliæ, quoniam prius-
quam factus esset dominus servi, interemptus is est. Et
hoc casu legatario tantum competit in heredem actio ex
testamento, qui scilicet postea adivit hereditatem, l. 6. §.
item si servum, de dolo, l. si ex legati 23. de verb. obl. Actio
leg. Aquiliæ soli domino competit, aut, ut est in l.11. §.
6. *legis Aquiliæ actio heredi competit, hoc est, domino*. Qui lo-
cus demonstrat Aquiliam ita scriptam fuisse, *tantum es he-
ro dare damnas esto*. Et scribitur illo loco, *ero*, sine ullo
spiritu, ut sæpissime in alijs auctoribus, & in glossis Pla-

cidus *Ericium* interpretatur dominium sine spiritu. Et si-
militer sine spiritu *eritudinem*, id est, dominationem, ut
in glossis Philoxeni *de avore av*. Et quod ait Festus, etiam
sine spiritu *eritudo*, servitudo, non hoc est, eritudinis no-
mine significari servitudinem, quandoquidem dominatio
significatur, non servitus, sed hic dici eritudinem, &
servitudinem. His addamus quod est in l.22.

Ad L. XXII. eod. Proinde si servum occidisti, quem sub
pœna tradendum promisi: nullitas venit in hoc iudicium.

Ad §. Item causæ corpori coherentes existimantur, si quis ex
comædis, aut symphonicis, aut gemellis, aut quadriga,
aut ex pari mularum unum, vel unam occiderit: non solum
enim perempti corporis æstimatio facienda est: sed & ejus
ratio haberi debet, quo cætera corpora depretiata sunt.

Servo alieno occiso, in actionem legis Aquiliæ non tan-
tum venire æstimationem corporis, quanti in illo anno
plurimi fuerit retrorsum computato, sed etiam venire, &
deduci æstimationem ejus, quod actoris interest servum
non esse occisum, ut si eum servum certa die daturum se
promiserit sub pœna certa, quæ servo occiso commissa fue-
rit: committitur enim pœna semper, quæ in stipulatum de-
ducta est, etiamsi nihil inter sit actoris, sicut homine occiso
nihil interest, quod ad stipulationem attinet tradendi ho-
minis, l.3. *de verb. oblig. l. cum pœna, de recept. qui arbit.*
recep. Hoc vero etiam in actione leg. Aquil. æstimabitur,
nempe, quod actor pœnæ nomine stipulatori præstitit,
nempe ob servum sua die non traditum. Et hoc est, quod
lex 22. in princ. subjicit, causas etiam corpori occiso cohæ-
rentes æstimari, ut si ex comædis unus occisus sit, æstima-
tur quanto ob id cæteri comædi depretiati sunt. Item si
ex Symphonicis unus occisus sit, unius occisio, amissio
chorum viliores facit. Et hoc quoque æstimatur in actio-
ne l. Aquil. Idemque erit, si ex fratribus gemellis unus
occisus sit: nam ex gemellis uno interempto, vilescit quo-
dammodo, & depretiatur alter. Et hujus quoque damni
per iudicem ratio habetur in actione leg. Aquil. Idem erit
si ex pari mularum, quæ forte rhedæ, vel carruæ subjun-
gebantur, una occisa sit, vel si ex triga, vel ex quadriga
equus unus, ut l. 34. *de ædil. edict.* Item si servum meum
heredem ab aliquo institutum occideris, antequam iustu
meo hereditatem adjerit, in actione legis Aquiliæ heredi-
tatis amissæ habenda est ratio, l. *seq. in princ.* Et generaliter
igitur, in hac actione non tantum corporis æstimatio fit,
sed etiam ejus, quod interest.

Ad L. XXIV. eod. Hoc apertius est circa vulneratum hominem:
nam si confessus sit vulnerasse, nec sit vulneratus, æstimationem
cujus vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurremus?

Sequitur in l. 24. eum, qui falso confitetur, si servum
alienum vulnerasse, si servus à nemine sit vulneratus,
non teneri ex sua confessione lege Aquilia, quia nihil subest
damni, quod æstimari possit: non potest etiam repetitio
ulla iniri, ut sit servo vulnerato, triginta dierum, quum ex
eo tempore ea ineunda, & retroducenda sit: cujus, inquit,
vulneris æstimationem faciemus, quod nullum subest: vel
ad quod tempus recurremus, cum illati vulneris nullum
tempus sit? Ubi non potest iniri ulla æstimationis, aut tem-
poris ratio, consequens est necessario cessare actionem leg-
is Aquiliæ, l. *si quis testamento, inf. hoc tit.* Quemadmo-
dum, inquit, ratio inibitur? l. *naturalis*, §. *ult. de præscr.*
verb. Seneca 3. de Benefic. multas actiones impediri pro-
pter difficultatem æstimationis. Idemque esse si quis con-
fiteatur, se hominem occidisse, nec sit occisus. Idem esse
ostendit l. *prox. §. ult. sup.* Sed si sit occisus, aut vulneratus
ab aliquo, etiamsi non ab eo, qui confitetur se occidisse,
aut vulnerasse, ipse ex sua confessione tenetur in simplum,
in simplum æstimationem damni esse actione legis Aquil-
iæ, quæ confessoria appellatur in l.23. §. *ult.* In qua iudex
datur non rei cognoscendæ, & judicandæ, quæ jam satis co-
gnita est ex ore rei, sed datur rei æstimandæ, ut si actor non
sit contentus æstimatione dampni, quam offert reus, qui

confitetur se damnum dedisse, si actor desideret majorem æstimationem, eam rem iudex disceptet, atque dirimat, ut in hac l. 24. sicut in specie l. vinum, de reb. cred. quæ ita est explicanda breviter.

Ad L. XXII. de Rebus credit. Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur? Sabinus respondit: si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc quum petitum esset. Interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat? respondit: si convenisset ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

Reo parato solvere æstimationem vini, quod debet, quod copia non sit vini eo anno, atque adeo parato reo tantum solvere æstimationem vini, nec faciente moram, iudex datur, non iudicandæ rei, sed æstimandæ actione triticaria, de qua est lex vinum, sicut & lult. de condiç. tritic. quæ idem omnino dicit. Utraque docet, quomodo vinum æstimari officio iudicis oporteat, cuius temporis causam, cujusve loci rationem habere oporteat in æstimando vino, cuius æstimationem reus offert, si actor non sit contentus, sed pluris litem æstimet. Et ita lex vinum est accipienda de debitore, ut lult. de condiç. trit. qui non fuit in mora, qui paratus est solvere litem æstimationem: at l. pen. de condiç. tritic. quæ pugnare videtur cum illis, satis demonstrat per se in ea agi de debitore, qui moram fecit. Nam post moram gravior fit æstimatio, quanti scilicet vinum plurimi fuerit, ut latius in ea l. explicavi: Sed hoc obiter. Summa hæc sit: in omnibus casibus, in confidentes nullas esse partes iudicandæ, id est, cognoscendæ rei, quæ satis ex confessione patet: quandoque superesse tantum æstimationis rationem, de qua si non conveniat inter partes, eam iudex æstimat, & arbitratur.

Ad L. XXX. ad legem Aquil. Qui occidit adulterum deprehensum servum alienam, hac lege non tenebitur.

Ad §. Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an & creditori danda sit utilis? quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, queritur, sed & hic iniquum est, & domino, & creditori eum teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum profit ei ad debiti quantitatem: & quod sit amplius, consecutus sit ab eo: vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem: & ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliæ actionem, ut profit hoc debitori: ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliæ actio.

Ad §. Si quis alienum vinum, vel frumentum consumpserit, non videtur damnum injuria dare: ideoque utilis danda est actio.

Ad §. In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, dolus, & culpa puniuntur. Ideoque si quis in stipulam suam, vel spinam, comburendæ ejus causa, ignem immiserit: & ulterius evagatus, & progressus ignis alienam segetem, vel vineam læserit, requiramus, num imperitia ejus, aut negligentia id accidit: nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est: nam & qui occasione præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est, & qui non observavit, ne ignis longius procederet: at si omnia, quæ oportuit, observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

Ad §. Si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit: de vulnerato actio erit, non de occiso.

Quod initio legis proponitur est apertissimum: maritum, qui domi suæ deprehensum servum alienum in adulterio occidit, non teneri domino actione legis Aquiliæ, quia nimirum id fecit permittente leg. Julia. Et quod lege permittente sit, nullam pœnam meretur, l. Gracchus, C. ad l. Jul. de adult. Vox illa est frequens in decl. Quint. quod lege agitur, non solet lege vindicari.

Tom. II. Post.

Ad §. Pignori. At mox in §. 1. hujus l. Paulus tractat de servo à debitore creditori pignori dato, & occiso ab alio quodam, an sicut ex l. Aquil. actio in occisorem debitori competit tamquam domino, sicut actio servi corrupti, l. 14. pignoris, de ser. corr. pignus enim manet in dominio debitoris, l. 8. C. de pign. act. an ita vero saltem utilis actio legis Aquiliæ creditori detur? Et negat dari, nisi ejus interfuit. Et ex his duabus causis ex alterutra harum duarum, vel quia debitor redactus sit ad inopiam, ita ut inanis sit actio personalis, quam adversus eum habet, vel quia ipse temporis præscriptione actionem personalem amisit, quo genere etiam simul non amisit hypothecariam actionem: imo temporis præscriptione sublata actione personali, salva manet pignoris, vel hypothecæ causa, l. servum, quem, inf. de pign. quod & alias sæpe contingit, ut sublata personali actione, non tollatur hypothecaria, l. debitor, ad Trebell. l. in ratione 2. §. si filio, ad l. Falcid. l. 1. & 2. C. de luit. pignor. Et his quidem duobus casibus, quibus maxime creditoris interest, non occidi servum pigneratum, tam creditori, quam debitori danda videtur esse actio l. Aquil. in occisorem. Debitori directa tamquam hero: creditori utilis, sive ut loquitur l. servum, quem, quasi damni injuriæ actio, quasi, id est, utilis, vel in factum actio, l. 17. hoc tit. & creditori præterea usque ad debiti quantitatem tantum: Ita ut si creditor pecuniam creditam utili actione l. Aquil. ab occisore consequutus fuerit, ea res proficiat debitori, id est, debitorem in totum liberet, quem neque præscriptio temporis liberavit naturali obligatione, ut sentit recte Bartolus in lult. rem. rat. haberi: neque inopia etiam liberavit ullo modo. Adnotandum hic est, longe aliam esse naturam, sive conditionem actionis furti: nam servo pignorato subrepto, non tantum debitori, sed & creditori actio furti directa competit, etiam si debitor solvendo sit, nec sit creditori perempta personalis actio. Et rursus creditori competit, non usque ad modum debiti tantum, ut utilis Aquilia, sed in solidum. Ita tamen, ut quod amplius à fure creditor consequutus fuerit, id actione pignoratiæ debitori restituere cogatur, l. 12. §. ult. l. 15. de furt. Actio furti directa datur ei, cujus quacunque ratione interest, etiam non domino, & creditori, & creditori, utique semper interest pignus habere, pignori incumbere, quia plus cautionis in re est, quam in persona, ut est in regula juris. Actio autem legis Aquil. directa hero tantum datur. Ei vero cujus interest, ne utilis quidem datur, non domino, etiam si ejus interfuit, nisi ex illis causis, quæ hoc loco proponuntur, vel quia debitor non est solvendo, vel quia tempore perempta est obligatio personalis. Hic locus singularis est, & valde notandus.

Ad §. Si quis. Se sententia hæc est: eum, qui alienum vinum, aut frumentum absumit, abutitur, non videri damnum injuria dare, id est, eum, qui vinum alienum bibit, qui ex alieno frumento pinxit farinam ex alieno tritico, & conficit panem, quo vescatur, non videri damnum injuria dare. Abutitur quidem vino, vel frumento alieno: sed id quoque erat abufui, non usui. Et nihil præter usum naturalem rei fecit, qui abusus est potius, quam usus, quoniam utendo deperit vinum, aut frumentum: & ideo non tenetur directa actione l. Aquil. tenetur tamen utili, quæ in factum dicitur, l. qui servandavum, §. ult. de præsc. verb. Et eleganter Græci hoc loco: Omnem actionem utilem esse in factum. Tenetur, inquam, qui vinum alienum absumit, aut frumentum, utili actione, ut æstimationem vini, quod consumpsit, aut frumenti, domino præstet, & si quid præterea domini amplius interfuit.

Ad §. In hac quoque actione. Duo sunt capita legis Aquil. quæ in usu manserunt. Primum est de occiso homine, aut pecude. Tertium (nam secundum caput exolevit) tertium, inquam, caput l. Aquil. est de vulnerato homine, vel pecude, vel alio quocunq; animali occiso, aut vulnerato, & de quacunque re usta, rupta, fracta. Utroq; capite non tantum dolus, sed etiam culpa vindicatur, §. illud palam, Instit. eod.

X 2

ead. etiam culpa levissima, l.44. inf. hoc tit. Et ad tertium caput pertinet species proposita in hoc §. si quis in stipulam, vel in spinam, qua scateat ager, sive ejus comburendæ gratia, ignem immiserit, ut fit: ut Poeta ait,

Sæpe etiam steriles incendere profuit agros,

Atque levem stipulam crepitantibus urere flammis.

Et ille ignis evagatus ad vicini agrum pervenerit, & in eo segetem, aut vineam exusserit, quæritur, utrum in hac specie lex Aquilia locum habeat, an in factum, id est, utilis duntaxat? Quod & Ulpianus tractat apud Licinium Rufinum de incendiariis: & ex Celfo refert, si non ille principaliter exusserit agrum vicini, sed dum incendit, exusserit suum, ignis fugerit, avolarit, longius processerit, lege Aquilia eum non teneri, sed in factum agendum esse ad exemplum legis Aquiliæ, id est, utili actione, quia non curavit, non observavit, ne ignis longius procederet, quod tamen observare debuit. Idemque est multo magis si die ventoso, & ut idem Poeta ait, si furentibus Austris, agro suo ignem immiserit. Nam qui occasionem damni præstat, damnum fecisse videtur, ut in l.4. §. pen. vi bon. rapt. At si die non ventoso, si clemente cælo in stipulam suam ignem supposuerit, & omnem curam adhibuerit, ne ignis pervaderet vicini agrum, sed forte subita vis venti ignem longius produxerit, omni culpa caret, nec utili Aq. tenetur. Et secundum hæc accipienda est alia sententia Pauli, quæ exstat apud eundem L. Rufinum, in hæc verba: *Fortuita incendia, quæ casu venti furentis, vel incuria ignem supponentis ad usque vicini agros evaserint, si ex iis seges, vel vinea, vel oliva, vel fructifera arbores concrementur, datum damnum æstimatione sarciantur.* In fine hujus l. docet Paulus, servo vulnerato, non mortifere, sed negligentia mortuo, cum nulla ei adhiberetur curatio, eum, qui vulneravit, domino teneri ex tertio capite, quanti plurimi is servus fuerit in diebus 30. proximis, non ex primo capite, quanti plurimi in eo anno fuerit; teneri, inquam, de vulnerato, non de occiso. Idem erit omnino, si cum dubitaretur, an esset vulneratus mortifere, mox ruina, vel naufragio, vel alio ictu peremptus sit, ita ut liquere non potuerit, an pridem vulneratus fuerit mortifere, quoniam & hic pro vulnerato habebitur, non pro occiso, l.15. §.1. sup. b.1.

Ad L. X. de Noxal. action. Sed & eo nomine agere cum socio poterit, quod servum communem deteriolem fecit: quem admodum cum quolibet alio, qui rem communem deteriolem fecisset. Ceterum, si nihil præterea post noxæ deditionem commune habebit, pro socio: vel si socii non fuerunt, in factum agi poterit.

Explorati juris est, multum interesse servus domino sciente, an insciente alij furtum fecerit, damnumve dederit: nam si domino sciente, dominus suo nomine in solidum tenetur, detracta noxæ deditione, ita ut non possit liberari noxæ dedendo servum. Si domino nesciente, servi tantum nomine tenetur noxali actione, l.2. in princ. hoc tit. l. pen. C. eod. At quid, si servus fuerit communis duorum, & uno sciente, altero nesciente deliquerit? Hæc est quaestio legis. Et est quidem in arbitrio ejus, cui servus noxam nocuit, utrum malit cum sciente experiri in solidum sine noxæ deditione, an cum ignorante noxali actione, l.5. sup. hoc tit. Et si quidem elegerit scientem, & condemnaverit, alter ab eo liberatur, nec qui condemnatus est, ab eo quidem consequi potest, quia sui facti poenam exsoluit, meruit, ut ait l.9. sup. quæ verba sunt adhibita distinctione, l.17. inf. explicanda hoc modo: ut is, quo sciente servus fecit, si actori præstiterit litis æstimationem, nihil à socio consequatur, nisi partem pretii servi, pro quo solvit: quia & pro sua parte socius eum debere coactus fuisset, nisi ob scientiam, integram ille litis, sive damni æstimationem præstitisset, persolvisset. Is autem, qui iussit servum delinquere, & condemnatus præstitit, nihil omnino à socio consequatur, ne partem quidem æstimationis servi: eadem ratione, & multo magis, qua utitur etiam d. l.17. ex suo delicto damnum patitur, nec sit æquum alterum pati. Facienda est igitur in hac re differentia inter scientem, & jubentem, quod & in l.17. explicabitur. Et hoc, si scientem elegerit. Sed si

A ignorantem elegerit, & ab eo consequutus fuerit litis æstimationem, puta duplum ex causa furti: vel quia utilius esse existimavit duplum præstare, quam servum noxæ dedere, vel quia socius nolebat partem suam dedere, atque ideo conventus noxali actione, non poterat in solidum servum noxæ dedere, quod tamen requiritur, ut ignorans noxæ deditione liberetur, l.8. sup. Hoc vero casu ignorans, qui duplum præstitit, id est, æstimationem litis, partem à socio, quo sciente servus deliquit, consequitur actione communi dividendo, si qua præterea alia communia habeant, d. l.9. Potest etiam, ut subjicit Paulus in hac l.10. cum socio, quo sciente servus deliquit, agere actione servi corrupti in duplum: nam est in duplum, quod servum communem deteriolem fecerit, qui non prohibuit, ne delinqueret, cum posset prohibere. Hoc enim est scire in hoc tractatu, nempe pati, & non prohibere, quod perinde est, ac si ipsemet delinqueret, l.2. in princ. b.1. l.11. in fin. de his, qui not. inf. Arnob.2. adversus gentes: *Non prohibebo, quod oportet prohibere, cessatione crimen facimus proprium.* Et Agapetus ad Iulianum, ἴσον τοῦ πλημμελοῦ, &c. *Existimato idem esse, inquit, delinquere, & non prohibere delinquentem, quum scilicet prohibendi facultas est.* Et ita recte Cyrillus interpretatur hæc verba legis decimæ: *sed & eo nomine cum socio agere poterit, quod servum communem deteriolem fecerit*, interpretatur ea scilicet de actione servi corrupti, quod Accursius non intellexit: qua actione constat etiam socium socio teneri ex l.9. de ser. corr. Denique sicut unus ex dominis cum extraneo agere potest servi corrupti, qui servum communem corrupit, ita & cum socio. Hæc est sententia hujus loci. Hæc autem ita se habent, si, ut posui initio, dominus, quo ignorante servus deliquit, præstiterit litis æstimationem: quid si servum noxæ dederit, puta hoc facile ferente socio, quo sciente servus deliquit? Etiam hoc casu partem à socio consequetur actione communi dividendo, si quæ alia, ut dixi, communia habeant, vel si nihil præterea commune habeant, actione pro socio, si socii fuerint: vel si non fuerint, partem consequetur in factum actione, id est, utili actione communi divid. nam & utilis communi divid. datur post interitum rerum communium, l.11. comm. divid. non ut divisio fiat, quæ frustra desideraretur, sed ut in eam deducantur personales præstationes: nam actio communi divid. est mixta in rem, & in personam, l.11. comm. divid. Et ita etiam Cyrillus rectissime in hac l.10. in factum actionem interpretatur esse utilem communi divid. Sed restat adhuc hæc quaestio, an electo domino, quo ignorante servus deliquit, & servo noxæ dedito, an alter, qui scivit, ab eo liberetur, cui servus damnum dedit? Hoc Paulus eodem libro definit conjuncta, ut verisimile est, scriptura in l.17. b.1.

Ad L. XVII. eodem. *Si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus deliquit: si ante cum altero, qui nesciebat, actum sit: & noxæ dederit servum: iniquum est, vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari. Igitur agatur & cum altero: & si quid amplius est in damni persecutione, consequatur, computato pretio hominis noxæ dediti. Ipsi tamen inter se sic debent pensare communi dividendo iudicium: ut (si) ille, quo sciente fecit, præstiterit: non totius partem ferat, sed partem ejus, quanti servus est. Sic etsi alter aliquid præstiterit, ejus partem fieri. Illud iniquum est, eum, qui iussit servum facere, consequi aliquid à socio: cum ex suo delicto damnum patiatur.*

Ad §. Si plures ejusdem servi nomine, noxali mecum agere volint: vel si unus pluribus judiciis ejusdem servi nomine agat, in quo ususfructus tuus, proprietatis mea sit: officio iudicis continebitur, cum eum noxæ dederit, ut etiam ususfructum actoris faciam, sed per prætorum id consequar ego dominus proprietatis, ut aut cogas prætor te pro æstimatione ususfructus conferre ad litis æstimationem, aut ususfructum cedere, si hoc expediat: & si ego dominus proprietatis eum servum nolui defendere, defensio tibi permittenda est: & si damnatus hominem tradas, & adversus me tueris.

Definit scilicet, vilissimi hominis deditione, quam fecit is, qui ignoravit, cum electus esset, & conventus, alte-

alterum, qui scivit non liberari, hoc esse iniquum, sed alterum, qui scivit, posse conveniri in id, quod amplius est in æstimatione damni, quam in pretio servi noxæ dedit: quod tamen inputari oportet, ut *l. quod ait, hoc tit. & residuum damni à sciente peti: socios autem, quod præstitum erit inter se pensare debere in iudicio communi dividendo. At non eodem modo utrumque, & scientem, & ignorantem: sed ita ut si ille, quo sciente servus fecit, præstitit, non totius pecuniæ, quam solvit ex suo delicto, à socio innocente ferat partem, sed pretii servi partem tantum, pro quo solvit. Imo nec ejus quidem pretii partem, si non tantum sciverit, sed & jusserit servum delinquere. Plus enim est jubere, quam pati, l. 2. §. 1. l. 3. hoc tit. Et secundum has distinctiones, jam dixi esse ita accipiendam l. 9. hujus t. dum ait, eum, qui scivit, & præstitit litis æstimationem, nihil à socio innocente consequi, quia sui facti pœnam meruit. Qua ratione Paulus utitur in *h. l. 17.* illo loco, cum ex suo delicto damnatum patiatur. Et hæc de eo, qui scivit, & præstitit damni æstimationem. Sin vero ille, quo ignorante servus fecit, præstitit, proculdubio totius, quod præstitit, & impensarum quoque in litem factarum partem à socio, qui scivit, feret.*

Ad §. Si plures. Dixit ante Paulus de pluribus dominis, qui servi communis nomine tenentur noxali actione. In hoc §. si plures, incipit dicere de pluribus, qui ejusdem servi nomine agunt noxali actione adversus dominum, vel de domino uno, qui ejusdem servi nomine agit pluribus actionibus noxalibus ex pluribus, & diversis noxiis. Ita incipit de his dicere Paulus in hoc §. sed eam rem tamen non persequitur. Verum quasi oblitus ejus propositionis tractat alia de re, nempe de proprietario convento noxali actione, quemadmodum ei prospiciatur, ut fructuarius pro rata usufructus hujus iudicii exitum perferat. Nihil tractat de illa propositione: labes est, & quasi lacuna manifesta.

Ad L. XIX. eod. Si in re communi mea, & tua, damnatum nobis dederit Titii servus, si cum eo agemus erit noxali Aquiliæ actioni locus: ne damnatus in solidum singulis noxæ dedere cogatur. Sed potest dici, quasi unius damnatum sit, & una obligatio, aut utriusque pecuniam offerendam, aut officio iudicis simul utriusque noxæ dedendum. Sed etsi alterutri nostrum in solidum noxæ deditus fuerit, & ob id ab utroque dominus sit absolutus, recte dicitur, eum, cui noxæ deditus sit, alteri teneri communi dividendo iudicio, ut communicet servum noxæ sibi deditum, cum ob rem communem aliquid ad socium pervenerit.

Ad §. Si servi, in quo usufructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit: verba efficiunt, ut cum noxæ deditioe damnentur.

Ad §. Si servus tuus navem exercuerit: ejusque vicarius, & idem nauta in eadem nave damnatum dederit: perinde in rem actio danda est, ac si is exercitor liber, & hic vicarius servus ejus esset, ut de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damneris: ut tamen, si servi tui jussu, vel sciente, & patiente eo, damnatum vicarius dederit, esse noxalis actio servi tui nomine, debeat. Idemque sit, etiamsi nautam facere jusserit.

Verum idem Paulus in l. 19. illam propositionem resumit, nec rursus tamen eam ad plenum persequitur, quia in ea l. 19. loquitur tantum de pluribus, qui rem communem habent, & qui de damno, quod servus alienus in ea re dedit, cum domino agunt noxali actione. Nihil autem tractat de pluribus, quibus in re propria cuique sua separatim servus alienus damnatum dedit. Et ut dispiciamus quid de illis statuatur, qui rem communem habebant, in qua servus alienus damnatum dedit, quique eo nomine agunt noxali actione cum domino: Illos quidem ait recte simul agere cum domino noxali actione l. Aquiliæ, ne damnatus dominus in solidum, singulis servum noxæ dedere cogatur, ad quod cogi posse videbatur, si non simul agerent noxali actione, sed singuli separatim; neque tamen id unquam fieri posse: non posset singulis servus in solidum noxæ dedit, hoc est, non possent duo fieri domini ejusdem hominis in solidum, l. 5. §. ult. commod. noxæ deditioe fit dominus, qui servum noxium accipit. Illos igitur recte simul agere

Anoxali actione, noxali iudicio, ne damnatus dominus in solidum singulis dedere cogatur, quod etiam fieri non potest, sed ut noxæ dedit servum simul utrisque, cum & utrique simul agant, vel si hoc malit, utrisque offerat pecuniam, id est, litis æstimationem, ut in l. 17. §. pen. de rei vindic. Et utitur hac ratione, quia in ea re illi duo, qui rem communem habebant pro uno habentur: atque ideo uni damnatum datum videtur, & una obligatio esse contracta: quamobrem, aut utrisque quali uni noxæ deditur servus, aut utrisque, quasi uni integra litis æstimatio præstabitur. Sed si forte, ut subjicit in d. l. 19. alterutri eorum dominus in solidum noxæ dedit servum noxium, absolvitur ab utroque. Verum is, cui in solidum noxæ servus deditus est, tenetur socio suo actione communi dividendo, ut eum servum, qui in solidum noxæ deditus est, communicet, quoniam ad eum ob rem communem pervenit, ut l. 3. comm. divid. Potest uni servus noxius noxæ dedit in solidum, non pro parte, quia noxæ deditio divisionem non recipit, l. 8. hoc tit. At litis æstimatio, sive pecunia potest cuique præstari pro parte sua, & hoc etiam modo satisfieri utrique, l. si servus servum, §. item si servus, ad l. Aquil. M. Tullius pro Roscio Comædo, loquens de eadem specie: *Litis contestata, inquit, iudicio damni injuria constituto, de servo communi interfecit, tu sine me cum reo decidisti (id est, transgisti) & me interrogante, utrum pro me decideris, an pro te, an pro me, respondes tu, pro me tantum: potui quidem exemplo multorum: licitum est, jure fecerunt multi alii, nihil in ea re tibi injuriæ feci, exige pro te, & pro tua parte, & aufer quod tibi debetur: suam quisque partem possideat, inquit, & consequatur. At enim tu tuum negotium gessisti bene, gere & tu tuum bene, magno tuam partem dimidiam decidisti, magno & tu tuam decide.* Ita plane §. item si servus ostendit, servo communi occiso, aut vulnerato, nihil refert, singulos ex duobus dominis separatim posse agere pro parte sua, & pro parte sua litis æstimationem ferre. Et hæc sunt, quæ pertinent ad id, quod hac de re scribit Paulus in l. 19. illud non attingit in ea l. nec usquam alibi, aut certe, quod attigerat, non est relatatum in his libris. At quid dicemus, si pluribus servus alienus damnatum dederit, non in re communi, ut in superiori specie, quæ sola tractatur in l. 19. sed in re cuique sua propria? quid, inquam, in hac specie dicemus? id Paulus non retulit, sed ex Ulpiano definitum exstat in l. 14. sup. ubi Ulpianus, quia non potest singulis in solidum servus noxæ dedit, ut certissimum est, quia duo non possunt esse domini in solidum, non ideo dominum necesse habere offerre litis æstimationem his, quibus dedere noxæ non potest servum jam uni noxæ deditum: Et sane noxæ dedere in solidum debere noxium servum ei, qui prior agere occupaverit, & non agere tantum, sed etiam causam tenere, *gagner son proces*, id est, sententiam pro se consequi is, dicitur prior occupasse, qui prior pervenit ad sententiam, qui prior vicit, etiam si non prior egit: Non tam spectandum quis prior egit, quam qui prior vicit. Nam qui prior vicit, occupasse intelligitur, ut & servatur in actione de peculio, l. 10. de pecul. Ergo in hac specie dominus debet servum in solidum noxæ dedere ei, qui prior occupaverit, id est, qui prior ad sententiam pervenerit, eoque facto necessario absolvitur ab alio, quia desit servum penes se habere, adeo ut nec si alius postea vicerit, iudicati in eum agere, & litis æstimationem ab eo petere possit, licet egerit prior, quia non etiam prior, ut necesse est, vicit, causam tenuit. Non potest igitur qui posterior vicit, cum domino agere iudicati: potest tamen, si is, qui posterior vicit, facta noxa fuerit vetustior, quia noxa caput sequitur, potest, inquam, agere cum eo, cui servus noxæ deditus est in solidum ex recentiori noxa, potest cum eo agere noxali actione, l. 2. in princ. si ex nox. causa agat: cum domino non potest agere iudicati ad litis æstimationem. Et ita illa lex 2. est concilianda cum l. 14. cum qua videbatur pugnare. At quid dicemus, si ei, qui prior ad sententiam pervenit, id est, qui prior causam tenuit, causam obtinuit, non sit servus noxæ deditus in solidum, sed dominus maluerit ei litis æstimationem offerre retento servo, an tunc alii deinde agenti ex alio maleficio nihilominus dominus teneatur? Sic videtur, quia ser-

servum noxæ dedere potest, quem retinuit. Et ita est pro-
ditum in *l. 20. hoc tit.* Eadem hæc servantur, si (quæ pro-
positionis hujus *§. si plures* pars est altera) si, inquam, ex
pluribus delictis servi alieni, unus egerit ejusdem servi no-
mine. Nam si primum ei ex uno delicto servus noxæ de-
ditus sit in solidum, ut oportet, nullam amplius habet
actionem in priorem dominum ex aliis delictis, ut ait *d. l. 20.*
quia, inquit, actio noxalis caput sequitur, id est, quia noxæ
deditione servi noxii dominio quæsit, is, cui servus dedi-
tus est, in ea causa esse cœpit, ut ejus servi nomine noxales
actiones, si quæ orientur excipere, & pati debeat: ergo jam
non potest agere noxali actione juxta regulam *l. pen. C. de
furt.* quia si jam ageret actione noxali, in hoc ageret, ut fie-
ret dominus servi noxii, hoc est, ut sibi dederetur servus
noxius. Noxalis actionis exitus hic est, ut noxæ deditione
actor servi noxii dominium quærat, & quia jam factus est
dominus noxæ deditione, jam amplius dominus fieri non
potest: ergo jam amplius ex aliis delictis actione noxali ad-
versus eum, qui dominus fuit, agere non potest: sed si ille ex
uno delicto tulerit litis æstimationem, tunc non prohibetur
ex alio delicto agere noxali actione, quia servi dedendi do-
minus facultatem habet, *l. 14. §. 20. h. l.* Hoc cognito, in quo
dixi abruptum esse tenorem hujus *§. si plures*, quod tamen
operæ pretium putavi prius explicare, de illo videamus,
quod in eo *§. si plures*, extra propositionem evagante Pau-
lo, tractatur. Nam ut initio dixi manifesta labe facta est
scripturæ Pauli. Finge: servi, qui alii damnum dedit, pro-
prietas est mea, ususfructus tuus: ergo servus totus est
meus, *l. recte dicimus, de verb. signif.* quoniam proprietatis est
mea, licet ususfructus sit tuus: ego vero teneor noxali actio-
ne, quasi in totum dominus servi, tu non teneris actione
noxali, ut in *l. 18. h. tit.* quia imo tu haberes noxalem actio-
nem adversus me, si quid tibi is servus, cujus ususfructus
est tuus, nocuisset, *l. 14. §. si is, in quo, de servo corrup.* Ergo
tu non teneris noxali actione. Hæc regula est certissima,
qui noxali actione tenetur, non potest agere noxali; &
contra, qui potest agere noxali, non tenetur noxali, *d. l. pen.
C. de furt.* Denique ego teneor noxali actione, non tu, &
teneor utique, ut Paulus ait in *l. 19. §. 1.* etiamsi à te condu-
xero operas servi, quæ in fructu sunt, atque adeo tibi soli
debentur: nam conductione operarum non desino esse do-
minus servi. Conducimus etiam rei nostræ fructum, &
usum sæpe, & possessionem, *l. si alias, de adq. poss.* Verum
si ego conveniar noxali actione, officio judicis incumbit,
ut si malim servum noxæ dedere, ejus plenum dominium
transferam in accipientem, cui noxam nocuit, non detracto
ususfructu: nam noxæ deditio plena esse debet, nec divi-
sionem ullam recipit. Et sicut heres, à quo servus legatus
est, plenum dominium servi legatario præstare debet,
l. Mævius, §. pen. de leg. 2. ita etiam is, qui convenitur noxali
actione, si malit noxæ dedere, si malit tradere servum in
noxam, plenum dominium ejus transferre debet. Denique
ego, si conveniar noxali actione, si malim noxæ dedere ser-
vum, servi plenum dominium transferre debeo, alioquin
non liberabor. At quæso qua ratione id efficere poterò, ut
plenum dominium transeat in actorem, cum nudum tantum
dominium habeam, non plenum? Et docet eleganter in
hoc *§. si plures*, me postulante, prætorem te compellere, ut
ususfructu cedas, ut abdicet te ususfructu, si utilius sit ser-
vum noxæ dedere, quam litis æstimationem sufferre, cujus
quantitas longe superat pretium servi, vel si utilius sit li-
tis æstimationem sufferre, quod servus sit majoris pretii,
prætorem te compellere, ut tu, qui ex servo omne emolu-
mentum capis, ad litis æstimationem conferas pro rata,
sive pro æstimatione ususfructus. Alioquin tibi prætor de-
negabit persecutionem ususfructus, *l. 27. inf. hoc tit.* nisi me
cessante in defensione servi, nec volente, vel recusante, &
cunctante noxale judicium accipere, tu, qui servi usumfru-
ctum habes, paratus sis excipere noxale judicium, & servum
defendere: ne, ut fit, me cessante, servus ducatur ab actore
jussu prætoris. Defensio enim tibi fructuario est mittenda.
Et fortasse vinces: sed si vincaris, si damnatus servum
noxæ dedas, postea quandoque finito ususfructu, me usum-
fructum repetente ex stipulatione fructuaria, quæ interpo-

ni solet ex titulo *ususfruct.* quemadmodum *cap.* tu merito tueri te
poteris exceptione doli mali, vel in factum hoc modo: si
non is servus à me noxæ deditus sit, te cessante in ejus de-
fensione. Quæ est sententia hujus *§.* Restat ex *l. 19. §. ult.*
non minus difficilis.

Ad *§. ult.* Species *§. hæc* est: Servus tuus navem exercet,
ut ex ea quæstum faciat, & habet vicarium servum, qui
quodammodo ejus servus est, sed revera ambo sunt conser-
vi, tu dominus amborum: si eo, inquam, vicario servus ordi-
narius, qui navem exercet (sic appellatur qui sub se vica-
rium habet) utebatur pro nauta, sive remige in eadem
navi, & is vicarius, idemque nauta, ut dixi, in eadem navi
cuidam vectori damnum injuria dederit, Paulus ait, perin-
de in te dandam esse actionem, atque si exercitor navis li-
ber homo, & hic vicarius ejus servus esset: nam ex facto
servi sui liber homo, qui navem exercet, proculdubio te-
netur noxali actione, *l. ult. §. servorum, nau. caup. stab.* Et si-
mili modo, quia cum servo tuo, qui navem exercet, nulla
est actio, tu vice servi tui, servi ejus vicarii, ejusdemque
nautæ nomine pati debes damni dati noxalem actionem, ut
inquit, *de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damne-
ris:* errant qui scripserant hoc modo, ut & Accursius adno-
tavit, *ut de peculio servi tui, aut noxæ dedere vicarium damne-
ris,* haudquaquam hoc ferente natura rerum, ut concurrat
actio noxalis cum actione de peculio. Callissima hæc le-
ctio est, ut *de peculio servi tui, ad noxam dedere vicarium
damneris*, qui scilicet in eadem navi vectori damnum dedit. Et
ait, *de peculio*, quia vicarius ille servus est in peculio servi
tui. Omnis vicarius servus est peculiaris servi sui ordina-
rii, *l. si Stichus, de pecul. leg.* Hoc ergo ait Paulus, debere te de
peculio servi tui, qui ordinarius est, vicarium servum de-
trahere, eumque in noxam dedere vectori, cui damnum in-
juria dedit. Et hoc, si vicarius damnum dederit insciente or-
dinario servo tuo: Nam ut subjicit, si jussu ejus, si jussu or-
dinarii servi tui, aut si sciente, aut patiente eo, te au-
tem insciente id vicarius servus fecerit, tu non jam vicarii
nomine, sed servi tui nomine teneris noxali actione, ut
servum tuum ordinarium, si nolis sufferre litis æstimatio-
nem, noxæ dedas, quia ipse fecisse videtur qui iussit, quive
passus est. Et postremo ait, idem esse, si alius nauta, puta
liber homo, vel servus alienus, non servi tui servus vica-
rius vectori damnum dederit jussu servi tui, te insciente
Nam & hoc casu tu servi tui nomine teneris noxali actio-
ne: si, inquam, servi tui jussu alius fecerit: non etiamsi
sciente, & patiente servo tuo alius fecerit, vel liber homo,
vel servus alienus: Hoc non reperit Paulus, & recte: quia
nil deliquit servus, quo sciente damnum dat liber homo,
vel servus alienus, quia in eum imperium non habet: de-
nique eum prohibere non potest: Vicarium autem pro-
hibere servus tuus ordinarius potest, quia ejus quasi do-
minus est, & vicarius servus ejus servi, *l. si servus meus, de
pecul.* Et in hac specie, quum quæritur de delictis servi
exercitoris, aut vicarii ejus, non distinguimus, servus vol-
untate domini navem exercent, an non. Huic distinctioni
tantum locus est in contractibus, non in delictis: in contra-
ctibus, puta ut ex eis dominus teneatur in solidum actione
exercitoria, si voluntate domini servus navem exercent: sin
minus, id est, si non voluntate domini, de peculio duntaxat,
l. 1. §. si is, qui navem. & l. pen. de exercit. act. In contractibus,
inquam, hac distinctione utimur: ergo & in contractu
recepti, de quo est prior pars edicti, nautæ, caupones,
stabul. Ad quam partem omnino referenda est *l. si servus
navem, de furt.* nempe hoc modo, ut si voluntate
domini servus navem exercent, & perierit in nave quod
is servus salvum fore receperat, ex illo edicto dominus te-
neatur in solidum, cujus voluntate servus illud negotium
gessit, *l. 4. §. si filius, nau. caup. stab.* Si non voluntate domini,
de eo, quod ibi perierit, si facto nautæ, aut vectoris pe-
rierit, dominus teneatur de peculio duntaxat, *l. 4. §. item si
servus.* Si facto ipsius servi exercitoris, tunc dominus te-
neatur noxali actione, ut *d. l. si servus navem.*

Ad *L. VIII. de Interrog. in jure fac. &c.* Si quis interro-
gatus

gatus de servo, qui damnum dedit, respondit suum esse servum: tenebitur l. Aquil. quasi dominus, & si cum eo actum sit, qui respondit, dominus ea actione liberatur.

Hæc lex pertinet ad noxalem actionem leg. Aquil. Si quis in iure interrogatus de servo, qui damnum dedit, an ejus servus esset, temere, & falso responderit, suum esse servum, ex sua confessione tenetur nox. act. l. Aquil. quasi dominus. At si damnatus præstiterit litis æstimationem, neque enim potest noxæ dedere servum, cujus dominus non est revera, si inquam, damnatus præstiterit litis æstimationem, verus dominus liberatur noxali actione, l. 26. §. si servus, de noxal. act. l. 20. inf. hoc tit. si, inquit, cum eo actum sit, qui respondit, actum scilicet & exactum: nam utrumque requiritur, & verus dominus liberatur. Quare? quoniam bis queri non debet ejusdem hominis noxæ, l. pen. §. ult. nav. caup. slab.

Ad L. penult. Commod. Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit: utrum sufficiat contraria commodati actio: quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti: an furti agendum sit, queritur: & furti quidem noxalem habere, qui commodatum rogavit, proculdubio est: contraria autem commodati tunc cum teneri, cum sciens talem esse servum, ignoranti commodavit.

Hæc lex est etiam de noxal. actionib. Cujus species hæc est. Si servus, quem tibi commodaveram, alii furtum fecerit, habes adversus me noxalem furti actionem, sive sciens, sive ignorans eum servum esse furacem, eum tibi commodavi: contrariam autem commodati actionem, perinde atque si quid in curationem ejus impendisses, in me eo nomine non habes aliter, quam si sciens talem esse servum, eum tibi ignoranti commodaveram: hac actione commodati, id est, contraria commodati omnimodo consequeris integram litis æstimationem: illa autem noxali actione hoc tantum consequeris, ut tibi servus forte vilissimus noxæ dedatur. Et hæc est sententia hujus l. pen. quæ sane vera est summo jure: ex æquitate, falsa: Nam, ut plenius ostenditur in l. 61. de furt. ex æquitate verum est, me, si scivero talem esse servum, quem tibi commodavi, liberari noxæ dedendo servum: si ignoravero, nullo modo teneri. Et ratio æquitatis hæc est: quia cum in commodato solius commodatarii commodum versetur, non est æquum gravari nimis commodatorem, cujus in commodato nulla utilitas est. Hæc est ratio l. 61. §. circa commodatum, de furt. Et hoc exemplo pronum est intelligere, multas leges scriptas in Pandectis esse, quæ scriptæ sint, & sumptæ ex summo jure, ex subtili jure, quas tamen æquitatis ratio alibi corrigat, ita ut plerumque, quæ ab Accursio adferuntur solutiones, aliæ de rigore, aliæ de æquitate, sane pleræque sint veræ, ut simpliciores, & veriores, ita ut frustra in quærenda alia solutione, alii sibi pene cerebrum excutiant.

Ad L. XLV. Locati. Si domum tibi locavero, & servi mei damnum tibi dederint, vel furtum fecerint, non teneor tibi ex conducto, sed noxali actione.

Ad §. Si hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, & is furtum fecerit: dubitari potest utrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit à bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem, quam conduxisti: an adhuc dicendum sit, extra causam conductionis esse furti crimen, & in propriam persecutionem cadere hoc delictum, quod magis est.

Conjungenda est hæc lex cum l. 45. loc. quæ est ex eodem libro. In initio legis proponitur me tibi domum locasse, & servos meos tibi damnum dedisse, vel furtum fecisse. Quo casu, nec si cogniti mihi fuerint servorum meorum mores, sane ego tibi non teneor ex conducto in solidum, sed teneor tantum noxali actione furti, vel l. Aquil. Cur non ex conducto? Ratio est evidens, quia domum locavi, non servos, tu domum conduxisti, non servos meos. Denique queritur in eadem l. 45. an idem sit di-

endum, si servum meum tibi locavi, ut ejus opera uteris in taberna tua: & is tibi furtum fecerit. An dicemus non esse tibi actionem ex conducto in me in solidum? Actione furti noxalem in me competere certissimum est, sed de actione ex conducto dubitatur an competat, quasi id non videatur actum, quod etiam à bona fide abhorret, ut tu quidquam detrimenti patiaris per servum, quem conduxisti: hac ratione poterit contendere, eo nomine etiam te in me posse agere ex conducto in solidum, sed ut concludit, verius est, hoc etiam casu, quia furtum, quod servus meus admisit, nihil habet commune cum conductione, quia furtum illud est extra causam conductionis, eo nomine non ex conducto actionem tibi competere, quæ si competeret, competeret in solidum, in integram æstimationem damni, sed esse tantum actionem furti noxalem, quod utique ita procedit ex æquitate, etiam si scivero servum talem esse, quem tibi locavi: quia ut in commodato, ita & in locatione præcipue versatur utilitas conductoris, qui maxime indiget opera servi mei, vel qua alia re conducta. Et ideo si ignoravero servum locatum esse talem, nullo modo teneor: si sciero esse talem, etiam non teneor in solidum, sed in hoc tantum, ut servum noxæ dedam, d. l. 61. §. circa. Iterum dico, si scivero, in hoc tantum teneor, ut servum noxæ dedam, qua actione? vel furti actione noxali, vel etiam ex conducto, ut in l. 14. §. his consequenter, de ser. corr. Actione, inquam, ex conducto, non in solidum, sed ut noxæ dedam tantum, exemplo legis inter causas, §. pen. mand. ubi agitur mandati, ut reus noxæ dedat tantum. Adi quæso, quæ de hac re fufius dixi, omnibus speciebus pertentatis, quæ his adfines, & propinquæ sunt, ad Afriganum in l. 31. de pignorat. act. & in d. l. 61.

Ad L. XLI. de Oblig. & act. Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caveris, ut sola ea actione utamur: etiam veteres eo nomine actiones competere.

Ad §. Si eodem facto duæ competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem, aut minus: id consequatur. (†)

Quotiens, inquit, lex obligationem introducit, &c. Exemplo utamur hujusmodi. De succisis alienis arboribus variæ sunt actiones: actio leg. Aquil. actio arborum furtim cæsarum ex 12. tab. Interdictum quod vi, aut clam, & actio ex locato, si colonus succiderit, l. 32. hoc tit. l. in duobus §. colonus, de jurejur. Et quotiens lex Aquil. etiam de arboribus succisis introduxit actionem, quia non adjectum nominatim, ut ea sola actione uteremur, non antiquavit actionem arborum furtim cæsarum ex 12. tab. nec enim leges tacite antiquantur. Possumus eadem de re veteri actione ex 12. tab. uti, quæ fuit in singulas arbores æris 25. auctore Plinio initio libri 17. hodie est in duplum: & ideo si prius actum sit l. Aquil. recte ait lex pen. arb. furti. cæf. quæ est ex eod. libro Pauli, absolvi quidem reum interdicto quod vi, aut clam, quia prima condemnatione ex l. Aquil. satis gravatus est: quandoquidem interdicto minus inest, quam actioni legis Aquil. non absolvi tamen ab actione 12. tab. quæ est gravior, quam l. Aquil. Verum ex eo, quod sequitur in l. 41. dicemus officio iudicis convenire, ut qui prius egit ex l. Aquil. postea agendo ex l. 12. ex eodem facto, id tantum consequatur, quod amplius in ea actione est, quam in actione l. Aquil. Si, inquit, ex eod. facto duæ competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem, aut minus: nihil consequatur, atque ita frustra agat reliqua actione: nihil consequatur, ut jam pridem scribendum docui, non, id consequatur, ineptissime, nihil, inquam, consequatur, ne scilicet idem bis consequatur, in totum, vel pro parte.

Ad L. I. Vi bon. raptor. Qui rem rapuit, & furti nec manifesti tenetur in duplum, & vi bonorum raptorum in quadruplum. Sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti. Si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen

(†) Vide Merrill. lib. 2. variant. ex Cujac. cap. 10.

tamen id, quod amplius in ea est, consequatur.

Idem alio exemplo, hoc eodem lib. Paulus confirmat in l. 1. vi bon. rapt. Raptor ex eodem facto duabus actionibus tenetur, & furti nec manifesti, si apprehensus non fuerit in duplum, & vi bon. raptorum in quadruplum: nam & raptor fur est, & quidem improbius. At si ante actum sit vi bon. rapt. nihil actor consequetur actione furti nec manifesti, quia minus in ea est, quam quæ tulerit jam actione vi bon. rapt. Sed si actor ante egerit furti in duplum, post actione vi bon. rapt. actor feret quod plus in ea est, ut l. si quis egerit, de furt. Et ita hæc leges inter se conjungendæ sunt, quas evidens est pertinere etiam ad actiones noxales: nam illæ actiones, de quibus loquuntur, sunt noxales, si servus quid eorum admiserit, quæ supradictis actionibus vindicantur.

Ad L. CXXXI. de Reg. jur. *Qui dolo deserit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolo est.*

Ultima hæc lex est hujus libri, & etiam proprie: nam ei locus est etiam in multis aliis locis; sed proprie pertinet secundum inscriptionis fidem ad noxales actiones: namque dominus, qui servum, de quo erat actio noxalis, dolo malo desit possidere ne secum ageretur actione noxali, perinde tenetur, & damnatur, atque si possideret, quia dolo pro possessione est. Quod & ita esse in actione noxali sui natura ostenditur in l. 12. & 24. & tota l. 26. de nox. act. nempe ut dominus (quod notandum) qui servum noxium dolo malo desit possidere, teneatur in solidum honoraria actione sine noxæ deditio, perinde atque is, qui possidet, & mentitur se non possidere: Nam & hic non liberatur noxæ dedendo servum: sed tenetur in solidum suo nomine propter suum mendacium, quod species doli est. Et ille æque tenetur propter dolum suum. Et ita proprie huic legi aptanda est hæc interpretatio, quæ non conveniret æque cuilibet speciei.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. Fin. regund. *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.*

HIC totus liber est de actionibus, quæ mixtæ esse videntur. Primum quidem, quia tam in rem, quam in personam esse videntur, quia cum re personales præstationes persequuntur, sive ut dicam apertius, quia rem vindicant simul, & adversarium intendunt obligatum esse ad dandum aliquid, vel faciendum. Deinde quia in eis actionibus uterque est actor, uterque reus, uterque petit, & ab utroque petitur: Nam non illa tantum ratione, quod sint tam in rem, quam in personam, sed & hac ratione mixtæ, & duplices esse dicuntur, l. 37. de oblig. & act. l. 10. hoc tit. Ejus autem generis sunt hæc tres actiones, quæ omnes sunt ex 12. tab. finium regundorum, famil. erisc. communi divid. Prima est actio finium regundorum, sive de finibus regundis, quæ redditur inter vicinos, sive affines, qui inter se jurgant de terminatione finium: unoquoque sibi vindicante ampliores fines, ac propterea intendente sibi dari aliquid, aut præstari oportere, vel quod utilitatis ex eo loco vicinus percepit, qui suus fuit, vel quod ipse impendit agrimensoris adhibendi causa, ut l. 4. §. 1. fin. reg. vel quod vicinus circa fines malitiose egit, §. ult. Inst. de offic. jud. & statim in l. 1. fin. regund. ex hoc Pauli libro proponitur, hanc actionem finium regundorum esse mixtam tam in rem, quam in personam his verbis: *finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est, id est, licet principaliter sit rei*

A vindicatio, nempe finium vindicatio, ut l. 10. C. de evict. & Novell. 69. tamen est etiam in personam. Vel ut etiam de petitione hereditatis dicitur, quæ etiam mixta est actio, tam in rem, quam in personam, sed non etiam duplex, in qua uterque, & actoris, & rei jus habeat: ut, inquam, de petitione hereditatis dicitur in l. 25. §. petitio, de pet. hered. petitionem hereditatis quamvis in rem actio sit, ut l. 27. §. sed & is, qui de rei vindicat. tamen & præstationes quasdam personales habere, ut puta præstationes pecuniarum à debitoribus hereditariis exactarum, & præstationes pecuniarum redactarum ex pretio venditarum rerum hereditariarum: denique mixtam esse petitioni hereditatis etiam personalem, ut ait l. 7. C. de petit. hered. Quod, inquam, ita dicitur de petitione hereditatis, idem omnino dici potest, & dicere voluit Paulus in hac l. 1. de actione finium regundorum. Idem & de actione familiæ eriscundæ dicit l. 22. §. pen. tit. seq. & de actione communi dividendo l. 4. §. pen. comm. divid. nimirum eas esse actiones in rem, sed mutuari quædam ex actionibus personalibus, & ut cautius dicitur in §. quædam, Inst. de action. mixtam causam eas habere videri potius, quam mixtas esse: nam & duæ differentes species in eodem individuo esse non possunt, species non misceantur: si miscerentur, fieret, ut essentia intenderentur, ac remitterentur, at essentia partitionem non recipiunt. Sequitur ex eodem libro, & eod. tit. lex 4. fin. reg.

Ad L. IV. Fin. regund. *Sed & loci unius controversia in partes scindi adjudicationibus potest, prout cujusque dominium in eo loco iudex compererit.*

Ad §. In judicio finium regundorum etiam ejus ratio fit, quod interest. *Quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? Inique damnatio eo nomine fiet: sed etsi mensor ab altero solo conductus sit: condemnatio erit facienda ejus, qui non conduxit, in partem mercedis.*

Ad §. Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicio: nam & culpa, & dolo exinde præstantur, sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient: aut enim bona fide percepit: & lucrari eum oportet, si eos consumpsit: aut mala fide: & condici oportet.

Ad §. Sed etsi quis iudici non pareat in succidenda arbore, vel edificio in sine posito deponendo, parteve ejus: condemnabitur.

Ad §. Si dicantur termini dejecti, vel exarati, iudex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest.

Ad §. Si alter fundus duorum, alter trium sit: potest iudex uni parti adjudicare locum, de quo queritur, licet plures dominos habeat: quoniam magis fundo, quam personis adjudicari fines intelliguntur: hic autem, cum sit adjudicatio pluribus, unusquisque portionem habebit, quam in fundo habet: & pro indiviso.

Ad §. Qui communem fundum habent, inter se non condemnantur: neque enim inter ipsos accipi videtur iudicium.

Ad §. Si communem fundum ego, & tu habemus: & vicinum fundum ego solus: an finium regundorum iudicium accipere possumus: & scribit Pomponius, non posse nos accipere, quia ego, & socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, sed unius loco habemur. Idem Pompon. utile quidem iudicium dandum dicit: cum possit, qui proprium habeat, vel communem, vel proprium fundum alienare, & sic experiri.

Ad §. Non solum autem inter duos fundos, verum etiam inter tres, pluresque fundos accipi iudicium finium regundorum potest, ut puta, singuli plurium fundorum confines sunt, trium forte, vel quatuor.

Ad §. Finium regundorum actio, & in agris veltigalibus, & inter eos, qui usumfructum habent, vel fructuarium, & dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos, qui jure pignoris possident, competere potest.

Ad §. Hoc iudicium locum habet in confinio prædiorum rusticorum: urbanorum displicuit: neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur: & ea communibus parietibus plerumque determinantur, & ideo, etsi in agris aedificia juncta sint, locus huic actioni non erit, & in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.

Ad §. Sive via publica intervenit, confinium non intelligitur: & ideo finium regundorum agi non potest.

Sciens

Sciendum est, aliam esse controversiam de fine, aliam de loco, quod ex Frontini, & Urbici libris de limitibus agrorum notissimum est, & ex *l. pen. C. eod. tit.* illo loco, & finalis iurgii, vel locorum. Controversia de fine, ut iidem auctores limitum docent, est de latitudine quinque pedum, qui ex legibus, finibus relinquendi sunt determinandis: Controversia de loco, est de majore latitudine. Utraque controversia est de latitudine, *l. ult. de pign. act.* Et de utraque idem iudex cognoscit. Et officio ejusdem iudicis utraque finitur adjudicationibus, & condemnationibus, si obscurata est facies finium, & locorum, ut ejus obscuritatis amovendæ gratia necesse sit novam rationem iniri, novos fines constitui, ex alterius vicini agro parte aliqua adjudicata alterius agri domino, & vicissim certa pecunia condemnato ei, cujus agri pars adjudicatur. Et hoc est, quod ait Paulus initio *l. 4. Sed & loci unius controversia*, id est, non finium tantum, sed & loci unius controversia in partes scindi, & ita dirimi, dividi adjudicationibus potest, prout cujusque dominium in eo loco iudex compererit. Et ad adjudicationes hujusmodi pertinet etiam *§. si alter fundus, inf. in hac lege*. Post hæc in hac *l. 4.* Paulus exemplis quibusdam docet, personales præstationes quasdam venire, & deduci in iudicium finium regundorum, veluti ut præstetur quanti interest vicini, puta quod ex eo loco, quem ejus esse apparet, alter vicinus lucratus est: ut si alter vicinus ex eo loco poma decerpserit, qua appellatione omnes fructus significantur, si ex eo loco ligna deciderit, dejecerit. Quos fructus, quia sine cura, & labore nostro proveniunt, etiam bonæ fidei possessor domino loci restituere debet, *l. fructus, de usur.* Et ut ait, non inique eo nomine damnatio fiet. Sic legunt auctores limitum, in quorum libris totus hic titulus existat. Legunt enim, non inique. In aliis desideratur negatio, qua tamen omiſsa etiam idem sensus existit, si modo in fine hujus clausulæ apponatur interrogationis nota. Item in hoc iudicium venire, ut honorarium, quod agrimensori, sive finitori vicinus præstitit in solidum, id à vicino, cum quo ei lis est de finibus, pro parte consequatur, quoniam uterque debet conferre ad honorarium, sive mercedem mensoris. Merces dicitur hoc loco, quod honorarium *l. 1. §. 1. si mensor sal. mod.* Et honestius honorarium, quia Geometria ars est liberalis, quam mensores profitentur. Et in honorem ejus, hoc etiam eis datum est constitutione Theodosii, & Valentiniani, quæ existat apud Julium Frontinum, ut si eam artem profiteantur, & doceant publice, *spectabiles* vocentur: si nondum profiteantur, clarissimi tantum. Hos mensores iudex finium regundorum adhibere solet plerumque, & dirigere ad loca, de quibus est controversia, *l. 8. §. ult. hoc tit. l. 3. C. eod.* Quod sit sumptibus utriusque vicini, utriusque partis, utraque mercedem mensoribus, id est, honorarium præbente, & quod dicebatur *pulveraticum*, quasi pro docto pulvere, pro parte quisque sua, adeo ut si unus prorogaverit solidum honorarium, hoc veniat in actionem finium regundorum, ut partem honorarii repetat à vicino. Veniunt etiam in hoc iudicium, & in restitutionem omnimodo fructus post litem contestatam labore, & impendio nostro percepti, quos vocant *εργασμῆς*, illos *αὐρομαῖς*, qui sine labore, vel sumptu nostro proveniunt. Venire igitur omnimodo fructus post litem contestatam perceptos, quia post litem contestatam omnis causa venit, & dolus, & culpa omnis, *§. post litem*, ubi additur, *ante litem contestatam perceptos non omnimodo venire in iudicium finium regundorum*, quia dicit, *non omnimodo venire*, significat venire quidem, sed non omnes indistincte venire. Idque mox declarat, quoniam bona fide perceptos, & consumptos lucratur is, qui percepit, & consumpsit, nec eorum ab eo ulla ratio reposcitur: mala autem fide percepti, & consumpti ei condicuntur, quasi sine causa, vel ex injusta causa percepti, ut *l. 3. C. de cond. ex lege*. Existentes autem venire etiam perceptos ante litem contestatam.

Ad *l. penult. Fam. ercisc. Non solum in finium regundorum, sed & famil. ercisc. iudicio præteriti quoque temporis fructus veniunt.*

Tom. II. Post.

A **E** **T** hoc loco omnino conjungenda est *lex pen. tit. seq.* quæ est ex eodem lib. & ait: Non solum in finium regundorum, sed etiam in famil. ercisc. iudicio præteriti quoque temporis, id est, ante litem contestatam fructus venire. Quod confirmat etiam *linter §. fructus, & l. fundus, qui, eod. & §. si familia, Inst. de offi. jud.* Veniunt igitur, ut iterum dicam, in actionem finium regundorum etiam fructus percepti ante litem contestatam, qui modo existant, nec consumpti sunt: veniunt etiam absque dubio, ut ante dixi, fructus percepti ante litem contestatam, sine cura ulla, aut sudore, id est, *αὐρομαῖς*.

A **D** *§. Sed etsi quis* *l. IV. Fin. reg.* Sequitur in *§. sed etsi quis*, contumaciæ quoque nomine in iudicio finium regundorum condemnationem fieri, veluti si quis iudicio non pareat in succidenda arbore, quæ confundit forte, & obscurat rationem finium, iudice jubente eam succidi: vel si non pareat iudici in deponendo ædificio in fine posito, & in ponenda parte ejus, quæ finium perspicuitati officit. Adde aliam speciem contumaciæ ex *§. ult. Inst. de offi. jud.* si jubente iudice agros suos metiri non patiat, si missum agrimensorem non admittat. Hæc sunt apertissima. Apertissimum est etiam quod sequitur, si dicantur, inquit, termini dejecti, aut exarati. Ait iudicem, qui de crimine cognoscit, id est, de termino moto, quem veluti sacrum movere nefas est, de termino dejecto, vel exarato (de exarato termino est *lex Numæ* apud Festum) eum, inquam, iudicem, qui de termino moto cognoscit, de crimine termini moti, etiam de finibus cognoscere, & fines regere posse, sive distinguere. Et similiter dicam ex hoc loco, eum, qui cognoscit de latrocinio, & de bonis à latrone ereptis cognoscere posse, etiam si iudex sit, cui data tantum sit notio criminum, non notio causæ pecuniariæ: Nam ratione connexi, qui de crimine cognoscit, etiam cognoscit de pecunia, quæ per causam ejus criminis alii erepta est. His adjicit Paulus de adjudicatione in hoc iudicio, eam pluribus fieri posse, ut si vicini fundi tres sint domini, qui mecum tantum, vel mecum, & cum socio meo certent de loco, potest iudex illis tribus locum, de quo quæritur, adjudicare, re æstimata justo pretio, quia unius loco habentur, ut ait in *§. si communem, inf.* Unus est fundus communis inter eos pro indiviso, una pars, cui locus adjudicatur, non personis. Recte: Nam & hoc iudicium recte dicitur accipi inter fundos, non inter personas, *§. non solum, inf.* Si adjudicatio fieret personis, videretur omnino iudicium accipi inter personas potius, quam inter fundos, nec tam expedire, tamve jure adjudicatio fieri posset pluribus personis, quam: uni fundo, ut seqq. iudiciis famil. ercisc. & communi dividundo. Si sint plures ex una parte, vel ex utraque, adjudicatio non fit pluribus, sed singulis sua quæque res adjudicatur in solidum. Denique adjudicatio non fit pluribus simul. Et ita hoc iudicium non fit pluribus, quia fundo potius fieri videtur communi plurium, in quo & plures illi unius loco habentur. Quam autem quisque partem pro indiviso in fundo habet, eam quoque proculdubio habet in parte adjudicata. Pars adjudicata sequitur jus fundi, qui adjudicatur, non personæ. Si adjudicaretur personis, quisque haberet in re adjudicata partem æqualem, partem virilem, sed hoc casu habebit inæqualem, si in fundo partes, quas habent inter se, sint inæquales. Et hæc de sententia *§. sed etsi quis*.

A **D** *§. Si alter fundus.* Si fundi vicini tres sint domini, qui certent de fine, vel de loco, cum duobus dominis alterius fundi: his, vel illis, licet plures sint, iudex potest adjudicare locum, de quo quæritur, re æstimata justo pretio. Pluribus ergo in hoc iudicio ejusdem rei adjudicatio fieri potest pro indiviso, & tamen in iudiciis sequentibus fam. ercisc. & communi dividundo adjudicatio ejusdem rei pluribus fieri non potest pro indiviso, ne scilicet iudex sumptus est tollendæ communionis, iudex divisionis ipse novam communionem inducat, sed debet iudex singulis res singulas adjudicare in solidum, vel unius rei certam cuique partem, vel si fundus sit

Y

fit

fit divisus regionibus, regionem cuique suam, ut *§. si familia, Instit. de offic. jud.* Et uno tantum casu in his judiciis familiarum commun. divid. ut pluribus ejusdem rei adjudicatio fiat pro indiviso necessitas facit, videlicet si pluribus coheredibus vel locis unius rei, præceptio testamento relicta sit, *l. 22. §. 1. i. i. seq.* Cur vero in iudicio finium regund. pluribus eadem res pro indiviso adjudicari possit, ratio hæc est, quia iudicium fin. regund. inter fundos confines potius accipitur, quam inter personas litigantium, sive iurgantium, ut *§. non solum, inf.* Ac proinde adjudicatio fit, si qua fit fundo potius communi plurium, vel parti fundi, quam personæ, & fundus unus est, parsve fundi una, cui ex altero fundo vicini, aut vicinorum fundus, aut fines adjudicantur. Quo fit ut & plures domini unius fundi pro indiviso, in hoc iudicio unius loco habeantur, quia unus est fundus, qui adjudicatur, non plures, *§. si communem, inf.* Et quemadmodum Paulus ait in *hoc §. si alter*, eo etiam fit, ut quam quisque partem habet in fundo communi (fac habere diversas, & inæquales, unum dimidium, alterum tertiam, alium quartam) eam quoque partem habeat in loco adjudicato, qui si adjudicaretur personis, non fundo, adjudicari intelligeretur ex æquis partibus: ubi enim non sunt adscriptæ partes, semper æque intelliguntur, *l. 29. in princ. pro soc. l. legata inutiliter, §. ult. de leg. 1. l. quoties, §. heredes, de hered. instit.* Et ita meo quidem iudicio facilima videtur esse sententia *§. si alter*.

Ad *§. Qui communem*. Qui communem, inquit, &c. An hic est sensus horum verborum, non posse in uno eodemque fundo communi, pro indiviso inter socios accipi iudicium finium regundorum? Non sane: non hic est sensus, nec gravis, ut est auctor, Paulus esset, si hoc scriberet, quod nemo non videt, non novit, ubi nulli sunt fines, iudicium de finibus esse non posse. Quod si hic non est sensus, est igitur horum verborum sensus hic, qui sequitur, quia tertius applicari non potest, is, inquam, qui sequitur, & qui statim proponitur in *§. qui communem*. Verba illa, *qui communem fundum habent*, ut paulo inf. demonstrabo, sunt Sabini, cuius subjicitur interpretatio ex libris Pomponii ad Sabinum, statim in *§. qui communem*, nempe hæc interpretatio, ut si ego, & tu communem fundum habemus, & ego solus in confinio proprium meum habeam fundum, inter nos iudicium de finibus regundis fundi communis, & fundi proprii, neque directum, neque utile reddi possit, quia quod ad hanc actionem attinet, in fundo communi, qui unus est, & nos unius loco habemur, non potest autem iurgium, sive lis esse inter unum, non potest esse nisi inter duos, denique ego, & tu non possumus in hac actione adversarii esse, quia unius loco habemur. Itaque si velim regi fines fundi communis, & fundi proprii mei, vel debeo partem, quam habeo in fundo communi vendere, vel fundum proprium: si vendidero partem fundi communis, agam cum emptore, & socio ejus nomine fundi mei proprii de finibus regundis: si vendidero fundum proprium, ego, & socius meus, nomine communis fundi cum emptore agemus finium regund. Et hoc Paulus ex Pomp. tradit in *hoc §. qui communem*. Ex quo intelligimus, tantum abesse, ut venditor emptori teneatur de evictione ob controversiam finium, quam ei extraneus facit, nec enim ideo venditor tenetur de evictione, licet in quaestione finium vincat extraneus, lis finalis non pertinet ad venditorem, *l. 10. C. de evict.* Tantum vero abesse, ut teneatur venditor emptori de evictione evictis finibus ab extraneo, ut etiam ipse venditor emptori finium controversiam facere possit, qui tamen de proprietate frustra ei moveret controversiam, *l. vindicantem, inf. de evict.* Et recte ait Pom. in *hoc §. in hac actione*: nam in aliis actionibus aliud dicendum est, veluti in actione, quæ de servitutibus prædiorum competit, aliud dicendum est. Si enim ego, & tu prædium commune habeamus, & vicinum prædium ego solus, & ex prædio communi in meum proprium aliquando non jure sit immixtum, inter nos possumus accipere de servitute iudicium, me negante jus esse in meum immittendi, *l. sed si inter me, de servit. urb. præd. l. si cum meus, §. 1. si servit. vindic.* Aliud etiam dicendum est

A in actione aquæ pluvie arcendæ: nam si communi agro meo, & tuo ex agro tuo proprio aqua pluvia decurrens noccat, vel contra, si agro tuo proprio ex agro communi, inter nos accipere possumus iudicium aquæ pluv. arcendæ, ut pars damni præstetur, *l. 6. §. inde quaeritur, l. 1. §. pen. de aq. & aqua pluv. arc.* Videamus quamobrem & inter nos accipere non possumus ne utile quidem iudicium finium regund. Jam reddidi specialem rationem, videamus quæ sit ratio differentie. Ratio differentie inter has actiones mihi hæc esse videtur: Quia servitutes diutino usu, & longo tempore acquiri possunt, *l. si quis diuturno, si servit. vindic.* atque etiam usucapi possunt cum prædiis, *l. ro. §. 1. de usurp. & usucap.* Finium autem, qui quinque pedibus circumscribuntur ex *l. 2. tab. & ex l. Manilia*, neque usucapio est, ut M. Tullius scribit *l. de legibus*, neque præscriptio longi temporis, *l. pen. C. fin. reg.* Unde si fines fundi communis inter me, & te, & fundi mei proprii confusi, aut perturbati manserint diutino tempore, nihil damni facimus, quia latitudo, vel causa finium tempore non perimitur. Sed si ex prædio communi, quid immixtum sit in proprium, vel si opere à te facto paries communis incumbat in prædium meum, aut vice versa, quid ex prædio meo proprio immittatur, & incumbat in commune, vel si ex communi prædio aqua pluvia decurrens noccat prædio meo, vel contra, periculum est ne usucapione, vel præscriptione longi temporis jus meum minuat, & rem perdam, quæ ad me pertinet. Itaque his casibus utilitas exigit, ut inter nos de servitute, vel de aqua nobis agere liceat, *d. l. sed si inter me*: mihi, inquit, tecum agere licebit actione negatoria, aut rem perdere: sane si non egero, rem perdidero. Quod periculum rei perdendæ nullum subest in causa finali, in causa finium, quia nullo tempore perimitur. Et hæc quidem de servitutibus vindicationibus relata sunt ex Pomponii 33. ad Sabinum in *d. l. sed si inter, & d. l. si cum meus*, quæ est etiam ex eodem libro. Quare facile adducor ut credam & quæ Paulus ex Pomponio tradit in *hoc §. qui communem* de actione fin. reg. sumpta esse ex illo Pomponii lib. ad Sabinum, in quo Pomponius superiores actiones inter se contulerit, id est, actionem finium regum cæteris, & ex eodem lib. Pomponii repetitis his Sabini verbis, *qui communem fundum habent, & mox subjicitam fuisse interpretationem Pomponii, si communem fundum ego, & tu habemus, &c.* Denique *§. qui communem* est interpretatio *§. prox. super.* qui quidem proponit sententiam Sabini. Et de his hæc tenus.

Ad *§. Non solum*. Sequitur in *§. non solum*, iudicium finium regundorum accipi non tantum inter duos fundos, sed & inter tres, aut plures. Fac tres, aut quatuor fundos esse confines fundis totidem, ita ut fiat trifinium, & quadrifinium, hoc perinde est, ac si diceret Paulus, secundum idiomam mensuram, non solum ad confinium, sed & ad trifinium, & quadrifinium pertinere iudicium finium regundorum.

Ad *§. Finium*. Mox additur in *§. finium*, hoc quoque iudicium non tantum pertinere ad agros, qui domini nostri sunt, sed etiam ad agros vectigales, id est, emphyteuticarios, vel quod idem est fere, non in Italia, tantum huic actioni locum esse inter dominos prædiorum, sed etiam in provinciis, inter possessores vectigalium, ut & sequentibus judiciis familiarum eriscundæ, & communi divid. *l. 10. §. seq. l. 7. comm. divid.* Itemque iudicio finium regund. locum esse inter fructuarios vicinorum fundorum, & inter fructuarium unius fundi, & dominum alterius fundi vicini, & inter creditores, qui jure pignoris confinia singuli separatim prædia possident: Nam & horum omnium interest fines regi, finium constare rationem. Et his etiam accommodantur fundorum ipsorum vindicationes utiles.

Ad *§. ult.* In *§. ult.* ostenditur, hanc actionem locum habere in confinio tantum prædiorum rusticorum: quod etiam supra ostendit *l. 2. h. t.* his verbis: *hæc actio pertinet ad prædia rustica, quamvis ædificia interveniant, ut scilicet in confinio poni aliquando ædificia indicat, §. sed & si quis*, hujus legis:

legis: & locum igitur hanc actionem non habere in prædiis urbanis. M. Tullius in Top. in urbe fines non regi. Neque enim, inquit Paulus, qui prædia urbana possident, confines sunt, sed magis vicini dicuntur. Quare minus proprie loquimur, quum dicimus hanc actionem reddi inter vicinos. Vicinos, inquit, accipimus pro agris vicinis, sive confinibus, qui & adfines dicuntur, l. pen. hoc tit. demonstrationem adfinium, id est, possessionem adfinium, novos fines inter fundos constituere. Et illo loco Sallustii: *Ut quisque potentiori adfinis erat, sedibus pellebatur.* Quod fit frequentissime. Et addit Paulus, prædia etiam urbana non finibus, sed plerumque communibus parietibus disternari. Quo circa plerumque in prædiis urbanis locum non habere actionem finium regund. sed de communibus parietibus agi communi dividendo, ut l. 4. de servit. leg. l. si ades, comm. præd. Aliquando tamen, quod notandum, in prædiis rusticis locum non habet actio finium regundorum, ut si in agris ædificia multa conjuncta sint, quæ communibus parietibus disternantur: & vice versa aliquando in prædiis urbanis hæc actio locum habet, ut si hortorum latitudo, qui in urbe sunt, id ferat, & exigit, de hortorum finibus regundis quæretur hoc iudicio etiam in urbe. Et postremo docet Paulus, agros confines non videri, si intercedat via publica, aut flumen publicum: & ideo inter eos accipi non posse iudicium finium regund. quia magis est in confinio flumen, vel via publica, quam ager vicini. Florentiæ scriptum est hoc modo, *sive via publica intervenit: sed lex, quæ sequitur, & auctores limitum ostendunt esse legendum sive flumen, sive via publica.*

Ad L. VI. eod. Sed si rivus privatus intervenerit, finium regund. agi potest.

Nec omittendum quod ait lex 6. ex eodem libro Pauli, rivum privatum, puta meum proprium, qui intercedit inter meum, & tuum agrum, non impedire actionem finium regundorum, quo minus instituat inter tuum, & meum agrum: quia cujus rivus est in confinio, & ager ejus in confinio esse videtur. Est enim latitudo rivus adeo parva, ut nulla esse videatur.

Ad L. IX. Famil. ercisc. Veniunt in hoc iudicium res, quas heredes usuceperint, cum defuncto tradita essent: hæc quoque res, quæ heredibus tradita sunt, cum defunctus emisset.

Post actionem finium regund. quæ redditur inter adfines, ut de limitibus quæstio dirimatur, dicendum est de actione fam. ercisc. quæ redditur inter coheredes, ut à communione discedatur: & explicanda omnia sunt, quæ in hoc lib. 23. de actione scribit Paul. l. 9. 11. 15. 21. & 23. quæ sunt præcipue de iis, quæ in hoc iudicium veniunt, aut non veniunt. Et in l. 9. statim docet, in hoc iudicium venire non tantum bona, quæ defuncti, cum is moreretur, fuerint, ut dividantur, sed etiam bona, quæ defuncti nunquam fuerunt, ut res defuncto bona fide accipienti tradita à non domino ex justa causa acquirendi domini, & usucapta non ab eo ipso, sed ab herede ejus, nimirum impleta ab herede usucapione à defuncto cæpta. Itemque res emptæ à defuncto, & à domino, eodemque venditore tradita heredi ejus, traditione facta heredi, quæ defuncti non fuerunt, hæc res, neque sunt hereditariæ, neque ex hereditate, sive ex rebus hereditariis. Qua de causa, nec veniunt in petitionem hereditatis, l. & non tantum, s. quod si pro emptore, de petit. hered. & veniunt tamen in actione fam. ercisc. ut dividantur. Latius patet familiæ, quam hereditatis nomen. Familiæ appellatio comprehendit omnia quæcunque à defuncto profecta sunt, licet dominium eorum penes defunctum non fuerit, sed post mortem ejus penes heredem esse cæperit. Hereditatis autem nomen comprehendit tantum ea, quæ in iure, & dominio defuncti fuerunt. Sic igitur res usucaptæ ab herede, vel quas defunctus cæperat bona fide possidere ex justa causa, vel res tradita à domino heredi, quas defunctus emerat, veniunt quidem in iudicium

Tom. II. Post.

Acium fam. ercisc. ut dividantur, sed non etiam in petitionem hereditatis, ut restituantur. Neque obstat huic sententiæ lex 25. s. pen. de petit. hered. quæ ait, Senatusconsultum Adrianum, quod factum est de petitione hereditatis, etiam in fam. ercisc. iudicio locum habere, & quæcunque peti possunt, & dividi posse: Nihil obstat, inquam, quia ille s. pen. loquitur de iis tantum, quæ illo Senatusconsulto caventur venire in petitionem hereditatis, veluti fructus rerum hereditariarum, vel pecunias redactas ex pretio rerum ex hereditate venditarum: & omnia augmenta hereditatis, quæ etiam proculdubio veniunt in actionem fam. ercisc. ut dividantur. At non loquitur ille s. penult. de cæteris omnibus rebus, quæ in hereditatis petitionem veniunt, quæ omnes etiam non veniunt in familiæ erciscundæ iudicium. Ut nomina, & cautiones veniunt in petitionem hereditatis, ut præstentur actori, sive restituantur, non veniunt tamen in actionem familiæ erciscundæ ut dividantur, quia ipso jure divisa sunt inter coheredes ex l. 1. 2. tab. pro hereditariis portionibus, l. fundus, qui dotis, s. ult. inf. b. t. Item pecunia ab statulibero uni ex heredibus conditionis implendæ gratia data de peculio, venit in petitionem hereditatis, sed non etiam in actionem fam. erciscundæ. Cujus differentia rationem exponam in l. 21. Item usufructus venit in petitionem hereditatis, in actionem fam. ercisc. non venit, ipso jure scilicet sed officio judicis tantum adhibito cautionum remedio quodam, quod ostenditur in l. 15. Ac præterea, quod ait ille s. penult. quæcunque peti possunt, & dividi ea posse, verum quidem est, ut hic proponitur: sed ex diverso non est verum, ut quæ dividi possunt, peti possint. Res, quas heredes usuceperunt, ut ait hæc l. 9. per actionem familiæ ercisc. dividi possunt, sed non etiam peti. Itaque sermo ille s. penult. 25. de petit. hered. non convertitur. Quod & ibi notaverunt Græci his verbis, *ἡ ἀναστρέφει ὁ λόγος.*

Ad L. XI. eod. Partum quoque editum & post aditam hereditatem.

Quod tamen Paulus ait in l. 11. b. t. partum ex ancilla hereditaria etiam post aditam hereditatem editum venire in iudicium fam. ercisc. verum est, eundem etiam partum venire in petitionem hereditatis quasi augmentum hereditatis, quia ex ipsa hereditate est, ex ancilla hereditaria, litem veniunt, s. item non solum, de petit. hered. Et hoc certissimum est. At de usufructu dubitatur maxime, an veniat in iudicium familiæ erciscundæ. Prima facie videtur venire posse, quia divisionem recipit, l. 1. s. si usufructus, ad leg. Falcid. non quidem usufructus quem defunctus habuit, qui simul cum eo interit, sed usufructus, qui cæpit ab heredibus, ut si fundus ab heredibus legatus sit deducto usufructu: nam ex hac causa in heredum persona nunc primum usufructus constitui potest, & legatario proprietas nuda præstat. Idemque evenit, si ante aditam hereditatem, in qua est servus, servo hereditario legatus sit usufructus, quod legatum valet, & adita hereditate ejus, qui legavit usufructum, ejus legati dies cedit utiliter, si modo, quod notandum est, & jam ante hereditatem, in qua servus ille est, heredes adierint, in quorum persona constitui usufructus possit: nec enim potest esse usufructus sine persona, cui debeat, cuique cohæreat, quia jus personale est, l. usufructus, de stip. serv. l. si servo, quib. mod. usufr. amit. l. 1. s. dies, quando dies usufr. leg. ced. At contra hic etiam usufructus, qui cæpit ab heredibus videtur non posse dividi inter coheredes, vel ut dividatur, ferri in iudicium familiæ erciscundæ, quia hoc fieri non potest sine interitu ejus: quia per divisionem usufructus à personis discedit, quibus inhæsit initio, quod fieri non potest sine interitu ejus, ut eleganter Paulus ait in l. 15. Et ideo verissimum est, eum usufructum ipso jure dividi non posse, quia non potest ejus divisio fieri sine commutatione personarum. Et commutatio personarum interitus est usufructus. Sed quod ipso jure fieri non potest, ut ostenditur in l. 16. in principio, facile fiet remedio cautionum interpositarum officio judicis: facile fiet, inquam, ut discedant à communione usufructus, puta si caveant sibi invicem qualiter fruantur, si dicant

Y 2

dicant sibi invicem certas leges, demonstrentque certas regiones, quibus fruantur, ut ne plus sibi quisquam adroget, quam inter eos convenerat: sæpe quod jure fieri non potest, fit remedio cautionis. Aliud exemplum attulisse satis erit. Non potest constitui usufructus ejus rei, quæ usu consumitur, quia in abusu est, non in usu, ut vini, frumenti usufructus jure, aut natura constitui non potest. Constituitur tamen remedio cautionis, si is, cui legatus est, exempli gratia, usufructus vini, quod ex illo fundo percipietur, vel quod est in *απαθήκη*, vinum sibi vindicet, & caveat de æque bono restituendo, quum finitus, aut amissus usufructus erit. Et ita remedio cautionis fit, ut usufructus, qui ipso jure inter coheredes non potest dividi, quodammodo dividatur. Ad hæc si quæras, an usufructus veniat in petitionem hereditatis, dicam statim, & breviter, non venire quidem eum usufructum, quem defunctus habuit, quia morte ejus finitus est, sed venire eum, qui cœpit ab herede, ut si deducto usufructu, ab herede fundus legatus sit, vel si servo hereditario usufructus legatus sit, quia ad heredem pertinet jure hereditario. Et alia est ratio servitutum prædialium, quæ non veniunt in petitionem hereditatis, quia nihil eo nomine restitui potest: fructus restitui possunt, *l. & non tantum, §. ult. de pec. hered.* Et ideo usufructus venit in petitionem hereditatis, qui tamen non omnino venit, non jure, ut dixi, venit in actionem fam. ercisc. Simile aliud addamus ex *l. 20. §. ult. inf. h. s.* in fam. ercisc. judicium non venit, quod statuliber uni ex heredibus dedit de peculio conditionis implendæ causa. Fac libertatem servo datam, pluribus heredibus institutis sub conditione, si Mævius uni ex heredib. dederit decem, & ei dedisse 10. de peculio suo, ut potest, *l. 13. §. 1. de statulib. l. 3. §. ult. de cond. caus. data.* Quæro, an Mævius debeat pecuniam acceptam de peculio statuliberi communicare coheredibus: an deinde, quasi communem in divisionem deducere? Et constat non debere, quia totam eam pecuniam Mævium habere defunctus voluit, in cujus persona conditionem dandæ pecuniæ impleri voluit à statulibero, si vellet ad libertatem pervenire. Arbitrarius familiæ erciscundæ omnimodo conservare debet voluntatem defuncti. Eam igitur pecuniam de peculio à statulibero datam uni ex heredibus conditionis implendæ causa, non venire in judicium familiæ erciscundæ. Et venit tamen in petitionem hereditatis, *l. 13. §. sed Sabinus, de pec. hered.* quia hereditaria pecunia est, quæ datur de peculio, quod remanet in hereditate, qua ratione & heredi in Falcid. imputatur, *l. id autem, quod, ad l. Falcid.* & venit in restitutionem fideicommissariæ hereditatis, *l. quod statuliber, de mori. caus. donat.* Atque ita hoc etiam casu, quod venit in petitionem hereditatis, non venit in judicium fam. ercisc.

Ad L. XXI. eod. *Idem & in communi dividundo.*

ET subjicit Paulus in l. 21. pecuniam quoque illam, quam statuliber uni ex heredibus dedit, non venire in judicium communi dividundo, quod scilicet in rebus communibus concurrat cum judicio familiæ erciscundæ, *l. inter, inf. h. s.* Et fere, quod servatur in judicio fam. ercisc. idem servatur in judicio communi dividundo.

Ad L. XXIII. eod. *Propter spem postliminii, scilicet cum cautione: quia possunt non reverti, nisi si tantum æstimatus sit dubius eventus.*

Sequitur in l. 23. in judicium familiæ ercisc. venire etiam rem, quæ est apud hostes, & consequenter ejus rei nomine in hoc judicium venire præstationes quoque personales, ut si quid unus ex heredibus ex ea re solus perceperit antequam veniret in potestatem hostium: vel si quid in eam rem impenderit solus. Et sane si rei perceptæ præstationes veniunt in judicium familiæ ercisc. vel communi divid. *ut l. 24. & 31. h. s. & l. 11. tit. seq.* & multo magis veniunt præstationes rei, quæ est apud hostes inculomis: denique res, quæ est apud hostes, & consequenter præstationes ejus rei veniunt in jud. fam. ercisc. Utrumque ve-

nit hac ratione, ut Paulus ait in hac l. 23. propter spem postliminii, quia spes est forte, ut eam rem recipiamus virtute nostra, & recuperemus, vel extorqueamus ab hostibus: ergo propter spem postliminii, ea res, quæ est apud hostes, ejusque rei præstationes, id est, causæ, quæ ex ea re pendent, in hoc judicium veniunt: hæc spes etiam facit, ut ea res, quæ est apud hostes, legari possit, *l. 9. l. servus ab hostibus, de leg. 1.* ut vendi, ut promitti possit, *l. ult. de action. emp. l. qui res, §. ult. de solut.* ut libertas possit dari servo, qui est apud hostes, *l. si servi, de manumiss. testam. l. servi, qui apud hostes, ad leg. Falcid.* Ergo & adjudicari potest ea res, quæ est apud hostes ab arbitro famil. ercisc. æstimata iusto pretio. Nam adjudicatio fit verbo tantum, non re, Virtus populi Rom. facit, ut qui apud hostes sunt, pro præsentibus habeantur, quasi certa spe postliminii? & quasi bonum omen, bona scæva victoriæ accipitur de verbis judicis, qui rem adjudicat, quæ est apud hostes, aut de verbis testatoris, qui eam rem legat, quive servum captum ab hostib. nec dum reversum liberum esse jussit. In hoc autem judicio eam rem, quæ est apud hostes, Paulus dicit in hac l. 23. adjudicari cum cautione de indemnitate in hunc casum, si forte ea res ab hostibus recuperari non potuerit: ut si is, cui ea res adjudicatur iusto pretio æstimata, ut fit, non majorem partem habeat, quam æquum sit, ideo ei adjudicatur ea res, quæ nondum rediit in potestatem nostram cum cautione indemnem damno servari eum, cui adjudicatur, si forte nunquam recipere potuerit. Sed addit exceptionem, *nisi si*, inquit, *tantum æstimatus sit dubius eventus.* Fac servum, qui est apud hostes, dignum esse 20. & adjudicari non pro viginti, non iusto pro pretio, sed pro 10. tantum, propter incertum postliminii: quia potest non recipere ab hostib. aut non reverti: atque ita fac parvo æstimatum eum servum fuisse adjudicatum uni ex heredib. pro 10. tantum propter dubium eventum, id est, propter incertum postliminii: suscepisse videtur in se omnem eventum, qui parvo æstimatum accepit: & ideo cavendum ei non est de indemnitate: multum interest, utrum ipse servus æstimetur iusto pretio, an viliori propter incertum, & dubium eventum. Et eleganter Basilica hæc verba Pauli, *nisi si tantum æstimatus sit dubius eventus*, sic interpretantur, *εἰ μὴ ἀ'εὶ διὰ τὸ ἀμφοτέρωθεν ὁ λόγος διεξιμῶδη*, id est, *nisi, propter ambiguum, & incertum* (postliminii scilicet) *servus parvo æstimatus sit.*

Ad L. XXV. eod. *Heredes ejus, qui apud hostes decessit, hoc judicium experiri possunt.*

Ad §. Si miles alium castrensem, alium cæterorum bonorum heredem fecerit: non est locus famil. ercisc. judicio: *Divisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium, quemadmodum cessat famil. ercisc. judicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.*

Ad §. Quantum vero ad accipiendum famil. ercisc. judicium; nihil interest, possideat quis hereditatem, nec ne.

Ad §. de Plurib. hereditatib. quæ inter eosdem ex diversis causis communes sint, unum famil. ercisc. judicium sumi potest.

Ad §. Si inter me, & te Titiana hereditas communis sit: inter me autem, & te, & Titium Sejana, posse unum judicium accipi inter tres, Pomponius scribit.

Ad §. Item, si plures hereditates inter nos communes sunt, possumus de una famil. ercisc. judicium experiri.

Ad §. Si Testator rem communem cum extraneo habebat, sive rei suæ partem alicui legavit, aut heres ante judicium famil. ercisc. acceptum, partem suam alienavit: ad officium judicis pertinet, ut eam partem, quæ testatoris fuit, alicui jubeat tradi.

Ad §. Quod pro emptore, vel pro donato (puta) coheredes possident, in famil. ercisc. judicium venire negat Pomponius.

Ad §. Idem scribit: cum ego, & tu heredes Titio existissemus: si tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, à Sempronio petieris, & victus fueris: mox eandem partem à Sempronio emero, & traditus mihi fueris: agente te famil. ercisc. judicio, non veniet, non solum hoc quod pro herede possidetur, sed nec id quod pro emptore: Cum enim per judicem priorem apparuit, totam non esse hereditatis: quemadmodum in familiæ erciscundæ judicium veniat?

Hæc

Hæc lex multa, & varia continet de iudicio famil.ercif. A de his, qui inter se iudicio experiri possunt, vel non possunt, ac nonnihil etiam de reb. quæ in hoc iudicium veniunt, aut non veniunt. Et initio quidem hujus l. ostenditur, hoc iudicio experiri posse heredes ejus, qui apud hostes decessit. Recte: quia etsi ex l. 1. 2. tab. is, qui apud hostes decessit, heredes non habeat, habet tamen ex l. Cor. vel testamentarios, vel legitimos, perinde atque, si ex quo tempore captus est, vita decessisset, nec unquam in hostium potestatem pervenisset, quod lex Cornelia fingit, l. 10. & 12. §. si quis capiatur, de capt. & possim. l. filiusfam. ad leg. Falcid.

AD §. Similes. Sequitur in §. 1. hoc iudicio experiri non posse heredes militis, quorum unus scriptus est ex bonis castrensibus, alter ex bonis paganis: ratio hæc est, quia quasi duorum hominum duæ hereditates sunt, militis scilicet, & pagani, l. si certarum, §. 1. de mil. testam. Ipso jure, id est, constitutionibus principum inter eos divisio patrimonio. Ergo nec ulla inter eos existente communione, quæ ubi non existit, nec locus est iudicio famil.ercif. Et pari ratione, si in hereditate pagani, qui plures heredes reliquit, omnia consistant in nominibus, id est, in debitis, & creditis, in nominibus (ut loquuntur) activis, & passivis, nihil consistat in corporibus, heredes hoc iudicio experiri non possunt, quia ipso jure, id est, ex 12. tabul. nomina inter coheredes divisa sunt in portiones hereditarias, ex quibus heredes sunt, §. idem juris, inf. in hac l. l. 2. §. ult. l. 4. fundus, qui dotis, §. ult. h. l. l. 6. C. eod. Sume exemplum ex Quint. declam. 336. Ego, & tu heredes sumus Titii ex inæquis partibus, tu ex quadrante, ego ex dodrante: in hereditate sunt centum, quæ defuncto debuit Cajus, tu à Cajo petere potes 25. duntaxat, ego 75. quia nomen illud Caji lex divisit in portiones hereditarias, in quadrantem, & dodrantem, vel quod idem est in 25. & 75. Vel si in hac hereditate sint 100. quæ defunctus Cajo debuerit, Cajo à te petere potest 25. duntaxat, à me 75. Jura, sive nomina lex 12. tab. divisit in portiones hereditarias, ergo frustra de iis dividendis agitur iudicio divisionis, quale est iudicium famil.ercif. lex 12. tab. corpora non potuit dividere: jura potuit dividere, non corpora, quia in corporibus dividendis opus est facto, vel opera, vel iudicio hominis, puta arbitri famil.ercif. Cæterum ea corpora arbitri quoque dividere debet pro portionibus hereditariis, nisi communionem factis adjudicationibus dirimere ei utilius, & commodius esse videatur.

AD §. Quantum. Sequitur in hoc §. arbitrum famil.ercif. dari, ut dividantur, ut dixi, quæ ipso jure non sunt divisa, dari adversus coheredes, sive possideant aliquid ex bonis hereditariis, sive nihil. Et hoc dicitur hæc actio à petitione hereditatis: Nam petitio hereditatis datur tantum adversus possessorem juris, aut corporis, & qui possidet non quocunque titulo, sed pro herede, vel pro possessore. Actio famil.ercif. datur etiam adversus non possessorem, qui scilicet nullum corpus hereditarium possidet: denique & inter eos hoc iudicium accipi potest, qui ex hereditate nihil possident: nam & sine traditione divisio fieri potest, ut idem iudicium communi dividendo reddi potest inter socios, etiam si neuter rem, vel res communes possideat, l. pen. tit. seq.

AD §. De pluribus. Additur in §. de pluribus, non de una tantum hereditate, sive familia, sed & de pluribus, quæ inter eosdem ex diversis causis communes sunt, unum sumi posse iudicium, unumque iudicem famil.ercif. Sicut, quod Accursius notat, ad plures societates sufficit unum iudicium pro socio, l. cum duob. §. si plures, pro soc. Sed hoc in iudicio pro socio facilius est, quia generale est iudicium, l. 38. eod. Famil.ercif. appellatione, an etiam famil.ercif. plures continerentur dubitari poterat: Sed magis est, ut contineantur, sicut & titulo superiore dictum est, confinii appellatione etiam trifinium, & quadrifinium contineri. Accursius etiam adducit l. bona, C. eod. tit. quasi idem dicat, quod hic §. de pluribus, quæ tamen lex certe non loquitur de pluribus hereditatibus, sed de pluribus rebus unius hereditatis. Et ita nihil pertinet ad hunc casum. Ad plures autem hereditates communes inter

eosdem adeo sufficit unum iudicium famil.ercif. ut etsi Titiana hereditas sit communis inter me, & te, & Sejana inter me, & te, & Cajum, si in Titiana sumus duo, in Sejana tres, de utraque posse inter nos tres unum iudicium accipi, ita ut Cajo ex Titiana nihil ferat. Hæc est sententia §. si inter me, qui sequitur. Sicut autem de pluribus hereditatibus unum arbitrium sumi potest, unum iudicium, ita & separatim de una tantum ex pluribus, si coheredes nondum cæteras hereditates dividere velint, §. item si plures. Hæc sunt facilissima.

AD §. Si testator. Qui etiam sequitur §. si testator, & existimatur esse difficilis, facillimus videbitur, & elegantissimus, si ut Accurs. fecit, tres casus ponas, non unum tantum, & aliter tamen explices secundum, & tertium, quam fecit Accurs. qua de re inferius, si inquam, ponas tres casus, non unum tantum, ut Joannes fecit. Quorum trium unus casus hic sit. Si testator rem communem cum extraneo habuit, hoc casu ad officium iudicis famil.ercif. pertinere ait, ut partem, quæ testatoris fuit, totam jubeat tradi alicui ex heredibus, ut fiat communis inter eum, & extraneum, ne extraneo plures jungantur socii ea parte divisa inter coheredes. Et ad hunc casum proprie pertinent ea verba hujus §. ut eam partem, quæ testatoris fuit, alicui jubeat tradi, id est, alicui ex heredibus, adjudicet in solidum, nec eam partiatur, aut distribuat inter coheredes. Sed eadem tamen ratio servanda est in aliis duobus casibus, si testator rei suæ propriæ in solidum alicui partem legavit: nam alteram partem, non inter heredes partiri iudex debet, ne plures legatario adjungat socios, sed uni ex heredibus, totam eam adjudicare debet. Et hic est secundus casus. Item, qui est tertius casus, si unus ex heredibus ante acceptum iudicium famil.ercif. partem suam alienaverit, quod potest, non etiam post acceptum iudicium, l. 13. h. l. l. 1. C. comm. divid. partem, inquam, suam, quam habet in fundo hereditario, vel in aliqua alia re hereditaria, non partem hereditatis. Hoc quoque casu partem alteram, cujus rei hereditariæ iudex totam unum ex heredibus, adjudicare, aut tradi jubere debet, ne plures emptori adjungantur socii, quod plerumque molestum est, & ne etiam partium tot minutæ, & sectiones fiant. Totum iudex additum iudicio famil.ercif. debet dividere in partes, non partem, aut partes rursus in alias partes, alioquin nullus esset exitus. Nec obstat, quod ab uno ex heredibus rei hereditariæ parte sua abalienata dicitur in lex hereditate, inf. h. l. nec eam partem venire in iudicium famil.ercif. quæ alienata est pro indiviso, quia exiit de hereditate, neque alteram partem, quæ mansit in hereditate: quia ut respondeamus, non venit quidem altera pars reddito iudicio famil.ercif. inter eum, qui alienavit partem suam, & cæteros coheredes, quia ille in altera parte nihil juris habet: sed venit tamen inter cæteros coheredes, ut alicui eorum in solidum adjudicetur. Et ita explicandus hic §. Accurs. recte posuit primum casum: secundum non recte statuit esse hunc, si testator partem, quam habet in re communi cum extraneo legaverit uni ex suis heredibus, vel partis ejus partem, quia hic sensus nullo modo convenit verbis. Ait enim rei suæ, non rei communis. Et rei igitur suæ in solidum, ἐξολοκλήτες, ut Græci hoc loco interpretantur. Item ait, alicui legavit, simpliciter, non alicui heredi, ergo alicui extraneo. Rursus ait legavit, non prælegavit: quod dixisset, si uni ex heredibus intellexisset testatorem rei suæ partem reliquisse. Et cum quoque casum Accursii, Fulgosius refellit, & quem nos posuimus, idem Fulgosius sequitur, itemque Albericus: male etiam Accurs. hunc statuit esse tertium casum: Si extraneo, cum quo testator rem communem habuit ex parte heres scriptus suam partem alienaverit ante acceptum iudicium famil.ercif. male, quia primum extraneum illum fuisse heredem scriptum, ex verbis Pauli nullo modo apparet: nihil comminisci nobis licet, quod verba non ferant, nisi res vehementer cogat. Summa cum religione sunt tractanda scripta veterum. Deinde quia de re jure hereditario communi in hoc 3. casu agitur, cujus partem suam unus ex heredibus alienavit, non de re alio jure communi: non fuit autem communis cum extraneo jure hereditario, sed alio jure: denique & de iudicio famil.ercif. hic agitur, non

non de iudicio communi dividendo. Male etiam ad id, A quod dicit Paulus, his tribus casibus, partem, quæ mansit in hereditate totam uni heredum officio iudicis adjudicari debere, male supplet Accursus. itemque Joannes, qui unum tantum casum posuit perquam inepte, nec ideo sequaces ullos habuit: male, inquam, supplet uterque, si ea res commode dividi non possit. Infuscatur hoc emplastro lepos, & elegantia Pauli: nec enim his tribus casibus tantum, vel, ut Joannes uno hoc casu, sed omnibus quibuscunque, ubi res dividi commode non potest, necessitas facit, ut tota uni adjudicanda sit. Quis hoc nescit? Nos eam, quam initio posuimus interpretationem, retineamus.

Ad §. *Quod pro emptore.* Multa adhuc restant de iudicio familiarum erciscundæ. Ac primum ea, quæ sunt in hoc §. In quo proponitur hæc definitio Pomponii, *quod pro emptore, &c.* quod ex eodem Pomponio est relatum in l. 45. *inf. hoc tit.* Jam vero diximus in §. *quantum*, iudicium familiarum ercisc. reddi non tantum adversus coheredem possessorem, sed etiam in coheredem non possessorem, id est, qui nihil possidet ex hereditate. Et hoc maxime distare iudicium familiarum ercisc. à petitione hereditatis, quæ datur tantum adversus possessorem juris, vel corporis hereditarii. Addamus, & eo distare inter se hæc duo iudicia, quod petitio hereditatis datur adversus eum, qui heres non est, sed putat se esse, & hac opinione, hoc errore ductus pro herede possidet, & petitori controversiam hereditatis facit, l. 11. *de petit. hered.* Idemque datur adversus eum, qui pro possessore possidet, veluti prædo: nam & hic intelligitur petitori facere controversiam hereditatis: familiarum autem erciscundæ iudicium non datur adversus possessorem, sed datur adversus eum, qui heres est, atque non opinione, sed reapse pro herede possidet, & non datur adversus eum, qui pro possessore possidet, quia, ut dixi, hic intelligitur facere controversiam hereditatis, & iudicium familiarum erciscundæ redditur inter eos tantum, qui de hereditate inter se non controversantur, sed qui latentur & agnoscunt se esse coheredes, l. 1. §. *et si possessor, si pars hered. pet.* Sed hoc tamen commune est inter hanc, & illam actionem, inter petitionem hereditatis, & actionem familiarum erciscundæ, quod neque hæc, neque illa datur adversus eum, qui quid ex hereditate pro emptore, vel pro donato, vel pro dote possidet: non petitio hereditatis, quia qui pro emptore, vel pro donato possidet, controversiam hereditatis non facit, non dicit se esse heredem: quam facit tamen, qui pro herede possidet, existimans se esse heredem, aut facere intelligitur qui pro possessore possidet: non item datur actio familiarum ercisc. adversus coheredem, qui quid pro emptore, vel pro donato possidet, quia eam rem intendit suam esse propriam jure emptionis, vel jure donationis à se, aut sibi factæ, & negat eam jure hereditario esse communem. Itaque in fam. ercisc. iudicium venit tantum, quam coheres pro herede possidet tanquam hereditariam, & communem, non quam possidet tanquam propriam pro emptore, vel pro donato, quod in hoc §. Paulus tradidit ex Pomponio, ut initio dixi, id est, ex l. 45. *inf.* & Accursus luculenter explicat, argumentis, quæ in contrarium duci possunt ex l. 9. & 14. *h. t.* & l. ult. §. *quatuor, de leg. 2.* dilutis & infirmatis rectissime. Itaque sicut coherede meo possidente, & contendente se ex asse heredem esse, me coheredem non esse, prius agere debeo adversus illum petitione hereditatis, quam familiarum erciscundæ, l. 1. *hoc tit.* Si vicerò petitione hereditatis, tum agam familiarum ercisc. Ita vero coherede meo possidente rem certam, & contendente eam rem suam esse propriam, non communem sive hereditariam, prius ea de re agere debeo rei vindicatione, & ejus rei vindicare partem incertam, partem pro indiviso, ut *l. quæ de tota, §. 1. de rei vindic.* Deinde si hoc iudicio vicerò, possum eam rem deducere in actionem familiarum erciscundæ, ut dividatur.

Ad §. *Idem scribit.* Ad hanc vero Pomponii sententiam subjicitur in §. *idem scribit* exemplum, quod Juliano tribuitur in *l. si mater, §. item Julianus, de excepti. rei judic. hoc tit.* tribuitur eidem Pomponio. Exemplum est hujusmodi: ex

hereditate Titii, quæ mihi, & tibi communis est, Sempronius fundum possidet, cujus fundi tu partem tuam, cum diceres totum fundum esse hereditarium, ille contenderet partem tantum fundi esse hereditariam, ab eo petiisti per rei vindicationem, & superatus es, quia pronuntiatum est, *totum fundum hereditarium non esse.* & ideo partem ejus fundi tuam non esse. Te superato, & excluso ab eo fundo, mox eandem partem, quam amisisti re contra te judicata, à Sempronio mercatus sum, & Sempronius mihi totum fundum tradidit. Partem scilicet meam, quia mea est jure hereditario, & partem alteram mihi tradidit, quasi emptam à me, partem scilicet quondam tuam, quam amisisti re judicata inter te, & Sempronium. Tu nunc si mecum agas familiarum ercisc. in hoc iudicio neque veniet pars, quam pro herede possideo, quia ut alienata, ita & amissa parte tua per sententiam iudicis, qui judicavit inter te, & Sempronium, altera pars fundi desit tibi mecum esse communis, l. *ex hereditate, inf. hoc tit.* Neque etiam pars, quam possideo pro emptore, quia ut Pomponius definit, quod pro emptore coheres possidet, non venit in iudicium familiarum ercisc. Est species elegantissima, & subtilissima, ex cujus definitione male colligit Accursus, rem inter te, & Sempronium iudicatam mihi prodesse contra regulam juris, quia non res iudicata efficit, ut totum fundum mihi habeam, sed emptio videlicet, quia partem tuam emi ab eo, qui eam adversus te obtinuit in iudicio in rem, nimirum à Sempronio. Pars vero altera tota mea est jure hereditario, nec in ea quicquam juris tibi superest amissa parte tua, quia amissione tuæ partis pars mea exiit de communione, & mea propria esse capit jure hereditario: ego meam partem retinui, tu amisisti.

Ad §. *An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in iudicium, dubitabatur? veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit: quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur; quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem: & si non præstetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.*

Ad §. *Contra, si promissor via decesserit pluribus heredibus instituit, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin daret: quoniam viam promittere & is potest, qui fundum non habet. Igitur, qui singuli in solidum tenentur officio iudicis cautiones interponi debere, ut si quis ex his conventus litis estimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur.*

Ad §. *Idem dicendum est, etsi testator viam legaverit.*

Ad §. *In illa quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat, neque per se, neque per heredem suum fieri, quo minus ire agere possit: quoniam, uno prohibente, in solidum committitur stipulatio: ne unius factum cæteris damnosum sit.*

Ad §. *Idem juris est in pecunia promissa à testatore, si sub pœna promissa sit: nam licet hæc obligatio dividatur per leg. 12. tabularum, tamen quia nihil prodest ad pœnam evitandam, partem suamolvere, sive nondum soluta est pecunia, nec dies venit: prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat, per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur: aut ut caveat, se ei, qui solidum solverit, partem præstaturum: sive etiam solvit unus universam pecuniam, quam defunctus promittit, ne pœna committeretur, familiarum ercisc. iudicio à coheredibus partes recipere poterit.*

Ad §. *Idem observatur in pignoribus solvendis: Nam nisi universum, quod debetur, offerretur, jure pignus creditor vendere potest.*

Ad §. *Si unus ex coheredibus noxali iudicio servum hereditarium defenderit, & litis estimationem obtulerit, cum hoc expediret, id pro parte hoc iudicio consequatur. Idem est & si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitterentur. Et omnino, quæ pro parte expediri non possunt, si unus cogente necessitate fecerit: familiarum erciscundæ iudicio locus est.*

Ad §. *Non tantum dolum, sed & culpam in re hereditaria præstare debet coheres: quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam præstare debet, qualem diligens paterfamilias. quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: & ideo negotiorum gestorum est actio*

actio non competit. Talem igitur diligentiam præstare debet, A
qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit:
Nam & hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.

Ad §. Si incerto homine legato, & postea defuncto legatario,
aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impedierit le-
gatum: is, qui impedit, hoc iudicio cæteris, quanti interfit
eorum, damnabitur. Idem est, si e contrario unus ex heredibus,
à quibus generaliter homo legatus est, quem ipsi elegerint, no-
luerit consentire, ut præstetur quem solvi omnibus expedie-
bat: & ideo conventi à legatario iudicio, pluris damnati fue-
runt.

Ad §. Item culpæ nomine tenetur, qui cum ante alios ipse adif-
set hereditatem, servitus prædiis hereditariis debitas passus
est non utendo amitti.

Ad §. Si filius cum patrem defenderet, condemnatus solverit,
vel vivo eo, vel post mortem: potest æquius dici, habere peti-
tionem à coherede in familiæ erciscundæ iudicio. B

Ad §. Iudex familiæ erciscundæ nihil debet indivisum relin-
quere.

Ad §. Item curare debet, ut de evictione caveatur his, quibus
adjudicat.

Ad §. Si pecunia, quæ domi relicta non est, per præceptio-
nem relicta sit, utrum univèrsa coheredibus præstanda sit,
an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in he-
reditate relicta esset, dubitatur: & magis dicendum est, ut id
præstandum sit, quod præstaretur, si pecunia esset inventa.

S Equitur alia quæstio in §. an ea stipulatio. Sciendum est
autem ac repetendum quod diximus in §. 1. hujus legis,
nomina ex 12. tab. inter coheredes esse divisa in portiones
hereditarias, & ideo non venire in iudicium famil. erciscun- C
dæ, quod iudicium est divisorium. Cæterum hoc intelligi-
tur de nominibus, quæ divisionem recipere possunt, veluti
de debitis, aut creditis pecuniariis: hæc l. 12. tabul. dividit in
portiones hereditarias, ita ut singuli heredes de his nomi-
bus, vel agere, vel conveniri non possint, nisi pro heredita-
riis portionibus. At non omnia certe nomina divisionem
recipiunt, ut si via debeat, vel iter, vel actus: hoc nomen
divisionem non recipit: servitus prædiorum sunt indivi-
duæ, l. via, de servit. l. 1. §. si usus fr. ad l. Falcid. l. stipulationes
72. D. de verb. oblig. Et ideo, si via debita fuerit defuncto ex
stipulatione, qui plures heredes reliquerit, non singulis via
debetur pro portionibus hereditariis, sed singulis in soli-
dum: hoc nomen est individuum. Unde quæritur, an hoc
nomen veniat in iudicium famil. ercisc. & si veniat, quo
remedio veniat? Nam sane, qua ratione hoc nomen non D
comprehenditur l. 12. tabul. quæ nomina dividit in portio-
nes hereditarias: eadem etiam ratione videtur non posse
venire in iudicium famil. ercisc. ut dividatur, quia divi-
ditatem non recipit: l. 1. sane ita est: sed veniet tamen
quodammodo adhibito remedio quodam officio iudicis:
nam singuli quidem heredes stipulatoris in solidum actio-
nem habent, quæ viam sibi cedi, & præstari petant in soli-
dum, quia nec cedi, nec præstari potest pro parte; & si ea
via non præstatur actori, tunc pro parte tantum heredita-
ria in pecuniam numeratam, id est, in æstimationem ejus,
quod interest, Basilica hoc loco *ἡ δὲ διαφύρα ἐναΐστα*,
prout cuiusque interest, pro sua parte condemnationem fieri
oportet, ut l. stipulationes non dividuntur, de verb. oblig.
Petet quidem unus ex heredibus viam in solidum, sed non E
ei præstabitur, sed præstabitur ei tantum, quod interest pro
parte hereditaria, quia pecunia divisionem recipit, atque
ita quodammodo id nomen scinditur in partes. Et ex di-
verso, si defunctus viam debuerit ex stipulatione, & plures
heredes reliquerit, sane singuli heredes stipulatori in soli-
dum viam præstare tenentur, quia, ut eleganter ostendit in
hoc §. etsi non habeant in solidum singuli fundum, per
quem viam defunctus promisit, aut forte in solidum uni
sit adjudicatus is fundus, non ideo corrumpitur obligatio,
imo durat, quia viam promittere potest, aut ex promissio-
ne viæ obligari potest in solidum, etiam qui fundum non
habet. Et aliud est cedere, aliud debere servitutem. Cede-
re eam non potest, nisi qui fundum habet in solidum, l. 1.
comm. prædior. Debere potest ex stipulatione, vel legati

causa, etiam qui fundum non habet, quoniam conventus
ex testamento, vel ex stipulatione in hoc damnabitur, ut
litis, sive rei, id est, viæ, quam debet, æstimationem præstet:
& ita quoque cedi viæ, vel quæ alia servitus prædii sub con-
ditione non potest, l. 4. de servit. Deberi tamen potest
sub conditione, l. existimo, §. 1. de verb. oblig. Aliud ergo est
cedere, aliud debere servitutem. Secundum hæc dicimus,
singulos heredes promissoris viæ, aut viæ legata, singulos
heredes testatoris teneri stipulatori in solidum, vel legata-
rio, ut viam præstent, aut litis æstimationem in solidum:
quam tamen si quis eorum præstiterit, æquum est, ut à co-
heredibus id, quod præstiterit, pro parte consequatur iu-
dicio famil. erciscundæ, vel si nondum quicquam præsti-
terit, ut officio iudicis famil. erciscundæ sibi invicem ca-
veant coheredes, si quis eorum conventus ex stipulatione
viæ, vel ex testamento, viæ legatæ nomine solidam litis
æstimationem præstiterit, id pro parte hereditaria à cæteris
heredibus restitui, l. 2. §. ex iis, de verb. obligat. Hæc est
sententia §. an ea stipulatio.

A D §. In illa. Sequitur, quod omnino conjungendum est
in §. in illa, aliud genus stipulationis, sive obligationis
individuæ, si debeat quod in facto consistit: Nam & facta
sunt individua, ut si stipulanti defunctus promiserit, per se,
heredemve suum non fieri, quo minus L. Titio per fundum
illum ire agere liceat. Quam formulam stipulationis Cato
expressit duobus verbis, iter fieri, non iter dari, de quo
actum est in §. an ea stipulatio: sed iter fieri in l. 4. §. Cato, de
verb. obligat. Iter fieri, quod explanatus est, per te, heredem-
ve tuum non fieri, quo minus Titio per fundum illum ire agere
liceat. Qui hoc promisit, intelligitur promisisse se, here-
demve suum non prohibitorum L. Titium euntem agen-
tem, imo curaturum se, ergo facturum se, heredemve suum,
ut L. Titio stipulatori ire agere liceat, l. 50. l. 83. §. 1. de verb.
obligat. Et uno ex heredibus prohibente, & faciente contra
stipulationem, non in ipsum pro sua parte tantum, sed ad-
versus omnes heredes, perinde atque si omnes prohibuif-
sent, committitur stipulatio. Et singuli pro parte sua, quasi
fecerint contra stipulationem, conveniri possunt, quia, ut
ait d. §. Cato, quod in partes dividi non potest, ab omnibus
quodammodo factum videtur: quod unus fecit, fecit in
totum, non in partem: quod prohibuit, prohibuit in totum,
non in partem. Et unius prohibitio tantum nocuit stipula-
tori, quantum si omnes prohibuissent. Adversus omnes
igitur uno contra faciente, committitur stipulatio. Verum
officio iudicis famil. erciscundæ, ne ejus, qui prohibuit
factum coheredibus noceat, qui non prohibuerunt, ille,
qui prohibuit cavere debet cæteris coheredibus, quod
illi conventi ex stipulatu eo nomine stipulatori præstite-
rint, id eis restitui, quod ostenditur in l. 2. §. item si in facto,
& in d. §. Cato, & in l. in executione, §. quod si stipulatus, de
verb. oblig. l. inter, §. quod ex facto, inf. hoc tit. Quod memini
me latius explicare in d. l. 2. §. item in facto. Consule, si libido
est, quæ in eum §. adnotavi, eaque accomoda in hunc lo-
cum, & sic intelliges, quod non est omittendum, hoc dista-
re stipulationem viæ, vel itineris, vel actus, de qua actum
est in super. §. ab stipulatione, per te non fieri, neque per
heredem tuum, quo minus illi ire agere liceat: vel uno
verbo, iter fieri, de qua agit in §. in illa, hoc, inquam, in-
teresse, quod illa stipulatio viæ committatur in singulos
heredes promissoris in solidum, ut aut viam præstent, aut
solidam litis æstimationem. Hæc vero stipulatio iter fieri,
uno ex heredibus faciente contra stipulationem, non com-
mittitur adversus singulos heredes in pecuniam numeratam,
quæ tacite promissa intelligitur, id est, in id quod in-
terest, nisi pro parte hereditaria. At id quod quisque præ-
stiterit, ab eo, qui fecit, vel prohibuit stipulatorem, iudicio
famil. erciscundæ consequetur: aut si nondum quisquam
quicquam præstiterit officio iudicis famil. erciscundæ,
ille, qui prohibuit stipulatorem ire agere, cæteris coheredi-
bus cavebit de indemnitate. Et quatenus in hac stipulatio-
ne iter fieri officio iudicis famil. erciscundæ cautione inter-
posita, coheredibus prospicitur, recte hæc stipulatio con-
jungitur superiori: quia & in superiori hoc genere cau-
tionis

tionis coheredibus prospicitur, sed non quatenus illa committitur in solidum adversus heredes singulos, quia hæc non committitur in solidum adversus singulos heredes, sed pro hereditaria parte duntaxat.

A *D. §. Idem juris est.* Repetam paucis ea, quæ heri didicimus ex *§. an ea stipulatio, & §. in illa*, ut cum eis mox similia, quæ sequuntur connectam in *§. idem juris est*, didicimus, via, vel alia quacunque servitute urbana, vel rustica à testatore promissa, vel legata, qui plures heredes reliquit, quia singuli heredes tenentur in solidum, ut aut servitutem præstent, aut integram litis æstimationem officio judicis familiaris erciscundæ, heredes sibi invicem cavere debere, ut si quis ex iis conventus à stipulatore, vel legatario, solidam litis æstimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur, quæ cautio dicitur de indemnitate, cautio judicialis, quia officio judicis interponitur. Et eandem cautionem interponi, si testator promiserit *iter fieri*, vel quod idem est, *per se, heredemve suum non fieri, quo minus stipulatori ire agere liceat*; & plures heredes reliquerit; quia si vel unus ex heredibus fecerit contra stipulationem, id est, si vel unus prohibuerit stipulatorem ire agere, universi tenentur in solidum, & singuli pro parte hereditaria: Ideo officio judicis familiaris erciscundæ sibi invicem heredes cavere debent de indemnitate, puta ut si quis, vel si qui eorum fecerint contra stipulationem, quod propter factum illius, si vel illorum cæteri præstiterint, id ipsis redditum iri. Nunc ex *§. Idem juris intelligimus* eandem cautionem interponi officio judicis familiaris erciscundæ, si testator certam pecuniam pure, vel in diem promiserit sub pœna certa, ita ut si non ea fors, cave pecunia stipulatori solveretur sua die, in pœnam conveniretur, & plures heredes reliquerit. Nam etsi ex 12. tab. obligatio tam pœnæ, quam fortis, ut ait glossa recte (quia utraque obligatio est pecuniaria) sit divisa inter coheredes pro hereditariis portionibus, tamen si pars tantum fortis solvatur, pro ea quidem parte obligatio fortis, obligatio personalis perimitur. At pœna in solidum committitur adversus omnes coheredes, & singuli in pœnam conveniri possunt pro portionibus hereditariis, quia quum debuit solvi fors tota, soluta non est. Denique si vel teruncius desit, si vel nummus desit solvendæ sorti, pœna in solidum committitur: individua est pœnæ causa, id est, pœna non committitur pro parte, sed in totum, etiamsi maxima pars fortis soluta sit, ita ut supersit teruncius tantum in reliquis. Et si quidem unus ex heredibus universam pecuniam, universam sortem solverit ne pœna committeretur, partes solutæ pecuniæ à coheredibus, quos pœna liberavit, recipere potest iudicio familiaris erciscundæ, vel si nondum quisquam quicquam solverit, quum agunt inter se familiaris erciscundæ, forte si nondum dies solvendæ pecuniæ venerit, sibi invicem cavere debent de indemnitate, nempe, ut si quis eorum solidam sortem solverit, solidam pecuniam pœnæ evitandæ causa, id à cæteris pro suis partibus recipiat, vel si per aliquem ex iis factum erit, ne omnis pecunia solveretur, atque adeo, ut pœna adversus omnes committeretur, quod ex illius facto cæteri pœnæ nomine præstiterint, id eis ab illo recte præstetur, reddatur, restituitur. Ex his intelligimus, non aliter dissolvi obligationem pœnalem, quam si tota fors soluta sit, si vel forti solutæ nummus unus desit, pœnam in solidum committi, fortis quidem obligationem perimi pro modo fortis solutæ: at pœnæ obligationem in solidum perseverare, & ex ea in solidum agi posse. Quod confirmat etiam *lex in executione, §. pen. de verb. oblig. & l. Lucius, de act. emp.* Itaque individuum esse causam pœnæ, sicut pignoris, quod etiam mox Paulus confert cum pœna in hoc *§.* nam ut hic declarat, si defunctus certam pecuniam debuerit sub pignore certo, & plures heredes reliquerit, nihilum prodest ad pignus luendum, quod inter coheredes commune est, unum ex heredibusolvere partem suam,olvere pro parte sua hereditaria, quia liberatur quidem ipse fortis obligatione pro parte sua hereditaria, qua tenebatur obstructus, sed ideo pignoris obligatio non minuitur: imo pignus in solidum obligatum manet, idque suo jure vendere creditor potest, quoad omnis

pecunia soluta sit, *l. qui pignori, inf. de pign. l. 8. §. si unus, de pign. act. l. 1. & 2. C. de luit. pign. l. 2. in fi. C. debitor. vend. pign. l. 6. & 16. C. de distr. pign.* Denique quamdiu vel unus numerus in reliquis est, creditori pignoris distractio, & persecutio competit in solidum. Et hoc est, quod dicitur in *l. rem, de evict.* indivisam esse pignoris causam; nimirum pro parte sui pignus non posse, parte pecuniæ soluta, pro reliqua parte pignus in solidum teneri. Et ait *indivisam*, pro individuum, ut in *l. via, de servitut.* usum servitutum esse indivisum, id est, individuum, quamvis proprie loquentibus aliud sint indivisa, longe aliud individua. Indivisa pleraque sunt, quæ tamen sunt dividua, non individua: & iudicium familiaris erciscundæ recipit indivisa, individua non recipit, ut viam, iter, actum, *§. an ea stipulatio, sup.* Illa vero, quæ ante dixi de pecunia debita sub pignore, cum ita se habeant, idcirco in iudicio familiaris erciscundæ coheredes officio judicis sibi invicem cavere debent, si quis eorum universam pecuniam solverit pignoris luendi causa, se ei partem præstaturus, vel si jam unus solverit universam pecuniam, ne pignus venderetur, ut pignus relueretur, eodem iudicio à coheredibus partes recipere potest.

A *D. §. Si unus.* Sequitur similis casus in *§. si unus*, ait enim idem omnino servari, si unus ex coheredibus noxali iudicio servum hereditarium defenderit, & solidam litis, damni, sive noxæ æstimationem actori præstiterit, cum id expediret magis, quam servum forte immensi pretii noxæ dedi, quem utiq; necesse habuisset in solidum noxæ dedere, quia noxæ deditio divisionem non recipit, *l. 8. de noxal. act. l. si servus servum, §. item si servus, ad l. Aqu.* Quamobrem & ubi utilitas exigit litis æstimationem solvi potius, quam servum dedi ad noxam, non aliam solvi convenit litis æstimationem, quam solidam, & plenam, quia succedit litis æstimatio in locum noxæ deditiois, cujus causa individua est, ut fit in litis æstimatione, quæ succedit in locum debitæ viæ, & ideo vel ab uno ex heredibus præstanda est in solidum. Cæterum quod solverit unus ex heredibus noxali iudicio, id pro parte à cæteris coheredibus consequetur iudicio familiaris erciscundæ, vel si nondum quisquam eorum quicquam solverit, nondum quisquam eorum conventus fuerit noxali iudicio, vel nondum noxæ æstimationem præstiterit, prospicere sibi debent in futurum interpositis iudicis familiaris erciscundæ officio cautionibus mutuis de indemnitate, si quis forte eorum solidam litis, sive damni æstimationem præstiterit: vel si per quem eorum fiat, quo minus solida litis æstimatio præstetur, qua re contingat, ut ducatur servus magni pretii in noxam. Idemque servari docet *§. si unus*, si unus ex heredibus caveat legatariis legatorum nomine, ne contraheretur pignus prætorium, id est, ne legatariis mitterentur in possessionem omnium bonorum, quæ ex hereditate sunt, & forte conventus ex ea stipulatione solida legata solverit, cautio legatorum non recipit divisionem. Caveri igitur debuit in solidum non pro sua parte tantum: & ex cautione igiturolvere debet in solidum. Verum quod solverit, id à coheredibus recipiet pro portionibus eorum iudicio familiaris erciscundæ, ut *l. 18. §. ult. sup. hoc tit.* vel officio judicis, si nihil dum solverit, sibi prospiciet supradicta cautione interposita. Et tandem in hoc *§. si unus*, cum satis dixisset Paulus de individuis obligationibus, & causis, quæ summe notandæ sunt, generaliter concludit, ea, quæ pro parte expediri non possunt, si unus ex heredibus cogente necessitate in solidum compleverit, semper posse eum deducere in iudicium familiaris erciscundæ, postquam complevit, vel antequam complevit, si iudicium illud moveatur inter coheredes, nempe ut ejus rei inter coheredes par, & æqualis ratio habeatur.

A *D. §. Non tantum.* Post hæc ostendit in *§. non tantum*, in servanda re hereditaria, quam penes se habet, coheredem præstare debere non tantum dolum, sed etiam culpam, idque venire, & contineri iudicio familiaris erciscundæ, ut *l. 16. §. sed & si dolo, sup. h. i.* hac ratione, quia coheredem non elegimus sicut eum, cum quo contrahimus societatem, quem ob id, quod notandum est, plerique existimant, sicut depositarium

tarium dolum tantum præstare debere, non culpam, quia imputare nobis debemus, qui talem elegimus, vel socium, vel depositarium rei nostræ, l. 25. §. 1. pro soc. & melius in §. ult. Inst. de soc. Coheredem autem non eligimus, sed adjicitur nobis à testatore, vel lege ab intestato. Cum coherede nobis est societas non voluntaria, sed necessaria: cum coherede non sponte contrahimus societatem, sed incidimus in eum, & societas, quam cum coherede habemus non est voluntaria, id est, ex contractu, sed hereditaria societas dicitur, quam delata communiter hereditas conciliavit. M. Tullius pro Quintio: *Cum eo tu voluntariam*, inquit, *societatem coibas, qui te in hereditaria societate fraudaverat*. Itaque a coherede, qui attingit, & attingit res hereditarias, exigitur non tantum bona fides, sed etiam diligentia. Dolo adversa est bona fides, culpæ adversa est diligentia. Culpa nihil aliud est, quam negligentia, desidia, incuria. At non exactissima quidem à coherede diligentia exigitur, qualis à diligentissimo, & accuratissimo patrefamil. Sed satis est, si rebus hereditariis talem diligentiam adhibeat, qualem suis rebus adhibere solet, quia propter suam quoque partem, causam habet gerendi, live administrandi res hereditarias. Denique rebus hereditariis utitur ut suis. Ideoque de eo, quod gessit in rebus hereditariis, familiæ erciscundæ, non negotiorum gestorum actionem habet, quia non tam propter coheredem id gessit, quam propter se, nempe ut rem suam ageret, quam non poterat aliter agere, quin & simul ageret rem coheredis: ubi coheres quid gessit, quod non potuit expedire pro parte sua tantum, sed necesse habuit expedire in totum, & pro parte coheredum, id venit in iudicium familiæ erciscundæ, non in iudicium negotiorum gestorum, quia non fuit ei animus gerendi negotii coheredis, sed magis sui, & non tam sua sponte, quam coactus gessit negotium coheredis, quod aliter non posset suum negotium gerere. Ubi tamen pro parte coheredis, qui id gessit, quod poterat tantum pro sua parte gerere seorsim, non dubium est locum esse actioni negotiorum adversus coheredem, non familiæ erciscundæ, aut communi divid. l. si communes, de negot. gest. l. 6. §. hoc autem, & §. si damni, tit. seq. Quo pertinet etiam generalis definitio §. prox. superioris. Neque obstat huic distinctioni l. 3. C. de negot. gest. quam objicit hic Accursius, nec explicat bene, nos eam explicabimus dilucide. Dux sunt species illius legis. Prior est de creditore hereditario, & chirographario, non hypothecario, id est, cui datum non erat pignus, & cui unus ex heredibus solvit pro parte coheredis. Id quia ultro fecit, sua sponte, nec necesse habuit id facere suæ partis causa, cum potuisset pro parte sua solvere, non pro parte coheredis, se liberare personali obligatione, coheredem non liberare, ideo hæc res venit in actionem negotiorum gestorum, non in actionem familiæ erciscundæ. Posterior species legis 3. est de creditore hereditario, & hypothecario, cui pignus, sive hypotheca obligata fuit, & cui unus ex heredibus solvit universam pecuniam, ut pignus lueret. Hoc casu utraque actio locum habet, familiæ erciscundæ, & negotiorum gestorum, sed non utraque eadem ratione: familiæ erciscundæ actio locum habet, quatenus pignus liberavit, quod non poterat facere pro parte: negotiorum autem gestorum actio competit, quatenus coheredem liberavit personali obligatione, à qua & seipse liberare potuisset non liberato coherede. Denique in ea specie familiæ erciscundæ actio competit, quatenus sustulit realem obligationem, id est, pignoris obligationem soluta omni pecunia, quod nec aliter expedire potuit: negotiorum autem gestorum actio competit, quatenus sustulit personalem obligationem in totum, quam pro parte sua tantum si voluisset, sustulisset. Et est igitur hoc casu in ejus arbitrio qua potius actione experiatur. Est elegantissima sententia legis tertiæ. Porro, quæ in hoc §. non tantum Paulus dixit de coherede, non doli eum tantum, sed & culpæ nomine familiæ erciscundæ iudicio teneri, quod est de præstationibus personalibus, subicit, idem servari in collegatario, & in actione communi dividundo: Nam ut coheredes, ita & collegatarios conjunxit ad societatem non consensus, non contractus, sed res. Societas voluntaria, voluntariumve consortium consensu

Tom. II. Post.

contrahitur: societas necessaria re ipsa. Hunc fortuna tacit, illum voluntas nostra, atque conventio. Denique illa est contractus, hæc quasi contractus, l. 31. & tribus seq. l. 52. §. idem Papinian. l. 63. §. in heredem, pro soc. Utramque societatem expressit M. Tullius supradicta oratione his verbis: *socius, cui cum te voluntas congregasset, aut fortuna conjunxisset*. Duo exprimit genera societatum, unum quod voluntate contrahitur, alterum quod forte fortuna, ut cum duobus eadem res legatur, cum duo heredes instituuntur.

Ad §. Si incerto homine. Ait Paulus, *Si incerto homine legato, &c.* Quod dixit in §. præcedenti, hoc iudicio coheredem teneri non tantum, si quid dolo malo commiserit in hereditate, sed & culpæ, id est, desidiæ, & negligentia nomine, id sane consequens erat iis, quæ jam ante dixerat in §. in illa, & §. idem juris, quod ex facto, sive culpa unius cæteri præstitierint, id ab eo cæteros pro parte consequi actione familiæ erciscundæ, vel cautione interposita officio iudicis familiæ erciscundæ. Sed & hoc quoque aliis exemplis declarat esse verum in hoc §. si incerto homine. Porro incertum hominem legatum dicit, quem paulo infra hominem generaliter legatum. Ex quo apparet, idem esse hominem, id est, servum incertum legare, & hominem generaliter legare, his verbis, *L. Titio servum do, lego, hominem do, lego*, ut l. 13. de leg. 1. l. in executione, §. pro parte, de verbor. oblig. l. 6. qui, & à quibus manum. Legato autem homine generaliter, nisi testator adjecerit, quem heres elegerit, vel quem heredes elegerint, electio est legatarii, maxime si legatus sit per vindicationem, l. legato generaliter, l. si servus legatus, §. cum homine, de leg. 1. §. si generaliter, Institus. de legat. Hoc præmissis, sige: *L. Titio homo legatus est generaliter, & priusquam elegerit, post diem legati cedentem, id est, post mortem testatoris vita decessit, & legatum transmisit ad heredes. Per unum ex heredibus factum est, dum non vult consentire electioni cæterorum, ut legatum intercederet. Nam jure veteri dissensio heredum, dicitur, ut hic ajunt interpretes Græci, perimit legatum. Hoc enim plerisque prudentum introduxisse Justinianus scribit in §. optionis, Inst. de leg. quasi se ipsi heredes invicem impediunt, qui non consentiunt in certum hominem, alio alium eligente, ut l. quotiens, de usufr. leg. l. iineris, de servit. rustic. præd. Quod tamen nova ratione Justinianus dirimi voluit, nempe data electione uni heredum, quam ei fors dederit, hanc dissensionem heredum volens, ut fortuna dirimeret, puta fors ducta. At jure veteri ante Justinianum dissensio heredum hoc genus legati perimebat. Cæterum is, per quem factum erat, ut perimeretur legatum, coheredibus culpæ nomine hoc iudicio familiæ erciscundæ tenebatur in id, quod interest. Culpæ est suam sententiam pertinaciter tueri adversus plures collegas, & socios suos. Ex hoc loco intelligimus, hominem generaliter legato, & legatario defuncto post diem legati cedentem antequam elegerit, electionem transferri ad heredes ejus. Quod confirmat etiam *lex nec semel, §. pen. quand. dies leg. ced.* Nam & similiter, si legetur *illud, aut illud*, per vindicationem, aut utrum legatarius voluerit nominatim, etiam per damnationem, nullo à legatario electo, decedente eo post diem legati cedentem, ad heredes ejus electio transfertur, l. illud, aut illud, de opt. leg. At fingamus ex diverso, hominem generaliter legatum, quem heredes elegerint, fingamus electionem esse heredum, non legatarii. Hoc quoque casu Paulus scribit hoc loco, heredem, per quem factum est, dum non vult consentire in eum hominem, quem cæteri coheredes eligunt, & quem præstari legatario omnibus heredibus expediebat, culpæ nomine coheredibus hoc iudicio teneri quanti eorum interest, si ex testamento conventi à legatario, dum homo non præstatur, plures damnati sint, quam is homo esset, quem præstare parati erant, si eis assensus fuisset coheres. His adjicit tertium exemplum, in quo culpæ nomine demonstrat hoc iudicio coheredem heredi teneri, puta si unus ex heredibus cæteris deliberantibus adierit hereditatem solus, ut potest, l. 2. si pars hered. pet. Si ante alios igitur solus per se adierit, & servitutes prædiis hereditariis debitas passus sit non*

Z

uten

utendo amitti: nam quemadmodum coheres utendo servitutibus, quæ debentur prædiis hereditariis omnibus heredibus, etiam iis, qui nondum adierunt, eas usurpat, & retinet, l. 5. *Laquam, quemadm. servit. amitt.* Ita non utendo omnibus eas amittit, ut usu omnibus servat, ita in usu omnibus amittit: coheres coheredibus vigilat, & dormit.

Ad §. *Si filius*. Sequitur alia quæstio, & satis explicatu difficilis in §. *si filius*: Ut plerumque in jure filius est filiusfamilias, nisi quid adjiciatur, sane ita etiam filius hoc loco, id est, filiusfamilias. Igitur filiusfamilias, quasi defensor patris, iudicium accepit, quod dicebat creditor paternus, atque ita iudicio accepto patrem liberavit, ut l. *si pro patre, de in rem verso*. Idque fecit ultro non jussu patris, & condemnatus solvit, corrasa, aut mutuata alicunde pecunia, id, inquam, ultro fecit, non jussu patris: & condemnatus solvit, vel vivo patre, vel post mortem patris, nihil refert, & ex testamento patri heres extitit ex parte tantum, extraneus ex altera parte. Quod patrem liberavit pro eo suscepto iudicio, quodque pro patre solvit, id ei pater debuit naturaliter tantum, quia civilis obligatio non consistit inter patrem, & filiumfamilias, quasi versum in rem ejus, & quamvis id solverit suo nomine, non quasi heres, non animo heredis, maxime si solverit vivo patre. Atque ideo, quamvis id prima fronte videatur venire non posse in iudicium familiæ erciscundæ, quia id non gessit animo heredis, l. *qui erat, §. ult. inf. hoc tit.* tamen ut & in specie d. *Legis qui erat*, potest æquius dici, inquit Paulus, in hoc §. quæ verba ponderanda sunt, quoniam refragatur jus summum: Potest, inquit, æquius dici, filiumfamilias, habere petitionem ejus, quod solvit pro patre, à coherede in iudicio familiæ erciscundæ, quia æquius est, ut hoc dicamus: ergo utilem petitionem, non directam, aut certe præceptionem ejus potius, quod solvit, quam petitionem, quia ex naturali obligatione petitio non est (definitio est certissima) sed est tantum præceptio, retentio, reputatio, deductio, etiam si pro parte sua ipso jure confusa sit obligatio naturalis acquisitione hereditatis patris, qui debitor fuit, l. 6. *C. ad leg. Falcid.* Et serva diligenter, aliud esse petitionem simpliciter, aliud petitionem utilem à coherede in familiæ erciscundæ iudicio: Hæc enim petitio nihil aliud est, quam præceptio debiti naturalis. Denique hoc tantum ait Paulus, posse filium id, quod solvit pro patre, præcipere, excipere, eoque excepto, sive præcepto, deinde reliqua bona, cum extraneo coherede partiri. Et hic etiam observandum est, multum interesse, debuerit defuncto coheres, an defunctus coheredi. Nam si defuncto debuit coheres, id venit in petitionem hereditatis, non in familiæ erciscundæ iudicium, l. *fundus, qui dotis, §. ult. inf. hoc tit.* Sin vero defunctus debuit, id non venit in iudicium familiæ erciscundæ jure recto, quia nomina non veniunt in hoc iudicium, ut jam sæpe dixi, sed tamen in iudicio familiæ erciscundæ id præcipitur, antequam bona dividantur, quæ distinctio maxime notanda est. Et ita lex 20. §. 1. *sup. hoc tit.* ait, filiumfamilias, qui patri ex parte heres extiterit, in iudicio familiæ erciscundæ præcipere, quasi sibi debitum à patre, quod in rem patris vertit, ut in specie hujus §. proponitur, in rem patris vertisse, nempe creditori paterno solvendo pro patre. Et ita explicandus est hic §.

Ad §. *Judex*. Sequuntur alia quædam de officio iudicis familiæ erciscundæ, iudicem scilicet familiæ erciscundæ nihil debere indivisum relinquere, non debere primum difficultatem communionis augere, aut communionem novam inducere, ut ostendit in hac l. §. *si testator*, & comprobatur etiam lex 16. §. 1. *hoc tit.* Et nihil indivisum debere relinquere, ac si quid forte indivisum reliquerit, de eo scilicet iterum non agi familiæ erciscundæ, quia hæc actio non iteratur, nisi causa cognita, id est, nisi quæ justa causa de universo jure iudicium in integrum restitui postulet, ut l. 8. *C. de collat.* Sed de eo, quod iudex familiæ erciscundæ indivisum reliquit, agi potest iudicio communi divid. l. 2. §. *familias, sup. hoc tit.* & Paulus 1. *sentent. eod. tit.* Item, ut subicit, iudex familiæ erciscundæ si inter coheredes rem dirimat, singulis rebus hereditariis æstimatis iusto pretio, ut sit, iisque rebus

A singulis heredibus adjudicatis in solidum compensatione pretii invicem facta, & eo, cui res majoris pretii adjudicata est invicem certa pecunia coheredi, vel coheredibus condemnato, æqualitatis constituendæ causa, ut l. *Marius, §. arbiter, inf. hoc tit. l. 3. C. comm. divid.* Quoniam hæc res speciem habet emptionis venditionis, aut certe permutationis, quoniam divisio illa rerum fit: neque enim potest aliter partibus invicem permutatis, l. *cum pater, §. hereditatem, de leg. 2. l. 1. C. comm. utr. jud.* Itaque curare debet iudex, qui ita rem dirimit factis adjudicationibus inter coheredes, ut invicem sibi caveant de evictione, nisi velint ultro eventum omnem in se suscipere, quod etiam iudex communi divid. curat, si adjudicationibus rem finiat, l. 10. §. *ult. tit. seq.* Sed etsi id non curaverit iudex familiæ erciscundæ, vel communi dividendo, si non curaverit mutuas cautiones interponi evictionis nomine, evictis rebus, quasi ex permutatione ei, cui evictæ sunt, jure iudicioque adversus coheredes competit actio præscriptis verbis, l. 14. *C. eod. tit. l. 7. C. commun. utr. jud.*

Ad §. *ult. Si pecunia*: Sententia hujus §. ultimi hæc est: Tribus heredibus institutis ex æquis partibus testator uni prælegavit trecenta, quæ extra portionem hereditatis præciperet, quæ exciperet sibi, & præcipua haberet, tum divideret residua bona cum coheredibus. Hoc est, quod vocamus prælegatum, & præceptionem, idemque præcipuum, & excipuum apud Festum. Eam vero pecuniam cæteri coheredes coheredi, cui prælegata est, cui relicta est per præceptionem, præstare debent, non universam de suis portionibus, sed pro portione hereditaria tantum, quia sunt tres ex æquis partibus scripti, & cui prælegata sunt trecenta, alii duo debent præstare ducenta tantum, id est, singuli 100. non integra trecenta. Et hoc ita obtinuit non tantum, si pecunia sit inventa in hereditate, sed etsi in hereditate nulla sit inventa pecunia, quia non corpus pecuniæ legatum est, sed quantitas. Et in hereditate semper intelligitur esse pecuniæ quantitas, licet ne nummus quidem in ea sit, modo tanti sint alia bona. Tantum quis nummorum habere videtur, quantum potest reficere ex venditione aliarum rerum suarum: ideo valet legatum pecuniæ certæ, etiam si ne teruncius quidem unus sit in bonis, l. 12. *de leg. 2. l. deducta, §. acceptis, ad Trebell. l. 88. de verb. signif.* Et hoc casu, si pecunia non sit inventa in hereditate, officio iudicis familiæ erciscundæ congruit, ut distracta re communi, una re hereditaria, vel pluribus, ex pretio inde redacto trecenta pernumerentur ei, cui prælegata sunt, ut l. *seq. vel ut ducenta tantum à coheredibus de suis portionibus coheredi præstentur, quoniam nam imputantur ei centum pro parte sua, quæ capit jure hereditario, jure legati capit ducenta tantum, quia legatum consistit in ducentis tantum: pro parte enim ejus, cui legatum est, legatum inutile est: denique prælegati partem capit jure hereditario à semetipso, à coheredibus autem quod capit, jure legati capit, l. *in quartam, ad l. Falcid.* Et hoc idem Paulus eleganter scripsit 3. *sentent. in princip. tit. de legat. per præceptionem*, inquit, *uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio iudicis familiæ erciscundæ à coheredibus præstabuntur.**

E Ad L. XXVII. Fam. ercisc. In hoc iudicio condemnationes, & absolutiones in omnium persona faciendæ sunt: & ideo si in alicujus persona amissa sit damnatio: in cæterorum quoque persona, quod fecit iudex, non valet: quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.

HÆC lex est difficilis, ut & 29. Iudicium familiæ erciscundæ mixtam causam habere videtur, quoniam constat ex rebus, de quibus erciscundis agitur, & ex præstationibus, quæ sunt personales actiones, l. 22. §. *pen. hoc tit.* Hæc l. 27. sit ne de rebus, an de præstationibus, an de utroque ambigitur, & mirum in modum disceptatur, sive controvertitur inter Doctores de eo, quod in ea definitur, sententiam iudicis pro parte valere posse, pro parte non valere, quoniam hoc videtur absurdum. Quidni enim possit

possit sententia partim esse iusta, partim iniusta? Et ut tollatur omnis scrupulus diligenti cura nobis inquirendum, quis sit sensus hujus l. & id potissimum sit ne de rebus, an de præstationibus. Dicimus autem hanc legem esse non de rebus, sed de præstationibus. Si esset de rebus, ita esset scripta, in hoc iudicio adjudicationes, & condemnationes in omnium persona, &c. Quoniam adjudicationes præcedunt, condemnationes sequuntur. Et ita quoque est scriptum, adjudicationes, & condemnationes in l. 36. hoc tit. & l. 2. sup. tit. prox. At quia hæc lex est de præstationibus personalibus, ita scripta est: in hoc iudicio, condemnationes, & absolutiones, κατὰ δίκην καὶ ἀπαλλαγῆς, in Basilicis, quia condemnandi, & absolvendi ordo non est, & omnia adjudicationum mentio satis indicat, non de rebus, quoniam ex adjudicantur, sed de personalibus præstationibus tantum hanc l. esse. Puta si quid coheres dolo, aut culpa in hereditate commiserit, ut id coheredi, vel coheredibus pro parte eorum præstet, vel eo nomine caveat, si quid impenderit in hereditate, ut id ei coheredes pro suis partibus præstent: si quid ei prælegatum sit, ut id ei æque coheredes pro partibus suis præstent; si is solus fructus fundi hereditarii perceperit, ut id pro parte coheredibus præstet. Quibus ex causis, & similibus incurrunt in hoc iudicium tales præstationes innumeræ. Si mutæ petitiones sint inter coheredes in iudicio fam. erisco. iudex debet de omnibus una sententia pronuntiare, vel condemnato eo, à quo petitur, vel absoluto, quia ut Paulus ait hoc loco, non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere. Quod ita exaudiendum est, unum iudicium non posse scindi in partes, ut l. 41. inf. non posse scindi in partes, ita ut de ea re, quæ in iudicium venit, partim iudicetur, partim non iudicetur, non posse rem in iudicium deductam iudicari pro parte, nec rem iudicatam valere posse in partem tantum, de qua pronuntiatum est, in partem autem omniam non valere: sed quæ causa tota in iudicium deducta est, & totam sententia iudicis dirimi debere. Hoc est, quod dicitur, plenam esse debere sententiam iudicis, & exemplo iudicis arbitri compromissarii, l. 19. §. 1. de resept. qui arbit. recep. non videri dictam sententiam, nisi omnes controversias finierit, de quibus compromissum, quæve in iudicium convenerunt, & l. 2. & 3. C. Theodos. de sent. experic. recit. legibus contineri, ut in omnibus negotiis ex periculo, id est, ex libello, ex scripto, promatur deliberationis plena sententia, & in proferenda sententia iudicem iurgantibus ad plenum (inquit) recensere debere, quidquid negotii fuerit illatum. Et D. Augustinus Breviculi contra Donatistas collatione 3. legibus, inquit, iudex prohibetur semiplenam proferre sententiam. Quod ait Paulus, res iudicata, belle convenit cum eo, quod dixerat initio, condemnationes, & absolutiones. Nam res iudicata est, quæ vel condemnatione, vel absolutione constat, l. 1. de re iud. l. 3. C. de sentent. & interloc. Ergo, ut Paulus ait, in omnium persona, qui inter se acceperunt iudicium fam. erisco. à iudice condemnationes, & absolutiones faciendæ sunt. Et ideo si in alicujus persona omisa sit condemnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit iudex non valebit. Hæc sunt verba Pauli, secundum quæ & quod subjicit necessario interpretari debemus. Quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere, id est, non potest pars omitti, & pars iudicari: imo propter omniam partem, pars iudicata pro non iudicata est. Hic est sensus hujus legis, & vel totiens repetita personarum mentio, in omnium persona, & ideo si in alicujus persona omisa sit condemnatio, & in cæterorum quoque persona, quæ fecerit iudex, non valere: vel, inquam, toties inculcata personarum mentio: indicat, hanc legem esse de præstationibus personalibus, non de rebus. Si igitur, ut hoc fiat exemplo dilucidius, quatuor sint heredes, 1. 2. 3. 4. qui inter se agant familiaris eriscundæ: & primo, qui impensas utiles, necessariasque in hereditatem fecit, secundus & tertius eo nomine damnati sint pro suis partibus impensas sarcire, quartus non sit condemnatus, quarti damnatio omisa sit, sententia non valet, quia non est plena. Et hæc de præstationibus personalibus. De rebus, id est, de hereditate dividenda, ju-

Tom. II. Post.

A dex addictus, ut loquitur L. debitor, §. ult. ad Trebell. vel de communi re, communibusve rebus dividendis, nihil quidem debet iudex indivisum relinquere, l. 25. §. iudex, hoc tit. Sed si quid forte indivisum reliquerit, non ideo minus valet cæterarum rerum divisio. Potest autem agi communi divid. de re, quæ indivisa remansit, l. 20. §. famil. hoc tit. l. 4. §. hoc iudicium, tit. seq. Nihil etiam debet iudex, si hac via uti velit indivisum relinquere, sed singulis singulas res adjudicare debet, æstimans iusto pretio, l. 3. comm. divid. At si quid forte omiserit, non ideo certe minus rata distributio, & adjudicatio cæterarum: plena est sententia, etiam si qua res indivisa, vel inadjudicata relicta sit, quia & non res singulæ specialiter in iudicium venerant, sed generaliter tantum res hereditariæ, resve communes: cæterum plena non est sententia, si de omnibus præstationibus personalibus, quæ specialiter in iudicium venerunt, quasque à se invicem hoc iudicio coheredes petierunt, iudicatum non sit, & ideo non valet. Plena est, si de rebus hereditariis iudicatum sit, de quibus, etiam actum est generaliter non specialiter, quamvis forte fortuna quædam res omisa sit, de qua divid. postea integrum est agere communi divid. Plena est, & integra sententia, ut omnia submoveantur, quæ in hanc rem adferri possunt, quæ fertur inter duos, qui omnis cæteris coheredibus soli inter se acceperunt iudicium fam. erisco. aut communi divid. Quia inter eos, inter quos cœptum iudicium est, ad plenum rem dirimit, nec curæ debet esse iudici jus cæterorum, qui eum non adierunt, l. 2. §. dubitandum, hoc tit. l. coheredibus, C. eod. tit. l. 8. in princ. tit. seq. Plena utique est sententia, qua iudex famil. erisco. nihil indivisum reliquit, etiam si quid diviserit, quod dividi non debuerit, aut non potuerit, ut si libertos defuncti inter heredes diviserit, quorum divisio nulla est, quia liberti non sunt in hereditate, non sunt in bonis defuncti, l. quedam, inf. b. 1. quæ repetita est in l. ult. de iure patr. Liberi homines non sunt in hereditate, imo nec locupletior esse videtur, qui libertos habet, l. nemo prædo, §. 1. de reg. jur. Potest sententia pro parte valere, pro parte non valere. Quidni? Ut in hac specie, in qua divisio libertorum non valet, divisio cæterarum rerum valet. At semiplena esse non potest, id est, qua de re iudicat, de ea debet ad plenum iudicare. Hæc lex hoc tantum dicit, aut sentit, plenam esse debere sententiam iudicis, id est, nullam omitti partem, nullam præstationem personalem, id est, nullam personam eorum, qui inter se iudicium acceperunt. Sed non negat, quin sententia plena possit pro parte valere, pro parte non valere. Atque adeo etiam receptum est, à iudice, ad quem appellatum est, pro parte confirmari, pro parte infirmari sententiam prioris iudicis posse, cap. dilectus, ext. de præbend. c. cum Joannes, ext. de fid. instrum. cap. Rainaldus, ext. de testam. Quod etiam Doctor vulgo colligunt ex d. l. quedam, hoc tit. & d. lult. de iure patron. sed non satis apte, verum coactè nimis, quia in specie earum legum, quæ est eadem, mulier, quæ appellat ad principem, postea mutata sententia proponitur consensisse divisioni à iudice factæ, & revocasse appellationem, quod potest, l. 28. C. de appellat. Olim intra triduum poterat revocari appellatio, post oblationem libelli appellatorii facta iudici, ad quem appellatum erat, l. 56. C. Theod. de appella. Hodie jure Pontificio revocari potest appellatio, aut debet ante oblationem libelli. Post oblationem libelli non revocatur appellatio, cap. 10. de elect. in 6. Moribus autem Galliæ appellatio quodocunque revocari potest, antequam de causa appellationis iudicatum sit, quod d. l. 28. innuere videtur, quæ huic rei finem nullum imponit, & ratio hoc suadere maxime videtur: quia damnati causa, & gratia hoc lex dedit, ut posset appellare. Ergo huic auxilio, sive commodo quodocunque potest renuntiare reintegra, antequam iudicata sit à posteriore iudice, ad quem appellatum est. Qua de causa & conventionem partium huic commodo renuntiat, l. ult. §. ult. C. de temp. appellat. Et confessione nuda si quis ante sentent. profiteatur se non provocaturum, l. 1. §. si quis, à quibus appell. non lic. Proponitur ergo in d. l. quedam, & l. ult. mulier renuntiasse appellationi, & consensisse divisioni factæ à priori iudice, sed postea extra ordinem

Z 2

Prin-

Principem convenisse, allegando ipso jure nullam fuisse divisionem. Nam etsi ab appellationis auxilio submota fuerit renuntiatione, sive revocatione, non ideo confirmata est sententia judicis, sed causa ex integro agi potest apud principem, *l. si expressum, de appellat.* Et cum hoc allegaret mulier, ipso jure nullam esse divisionem à priore iudice factam, tum princeps pronunciavit divisionem tantum libertorum nullam esse ipso jure: non improbavit ceterorum divisionem. His addamus plenam quoque esse sententiam judicis, si unius litis fuerint plura capita nihil sibi communia, plura capita, quæ invicem non cohærebant, & de uno capite separatim iudex pronuntiaverit, dilata ceterorum disceptatione: nam & ita Justinianum in *l. ult. C. de sent. & interloc.* quæ est constitutio Græca à me ex Basilicis restituta jam pridem, eam sententiam, quæ de uno capite, aut membro litis fertur, vocat *τελείαν απόφασιν*, id est, plenam sententiam. Ad id pertinet etiam *lex pen. §. pen. de reb. cred.* & hæc adnotasse ad hanc legem satis est: *lex 29. longe difficilior est.*

Ad L. XXIX. Fam. ercisc. Si pignori res data defuncto sit, dicendum est in fam. erciscundæ iudicium venire: sed is, cui adjudicatur, in familia erciscundæ iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederat: quia pro eo erit, ac si hypothecaria, vel Serviana actione petita litis æstimatione oblata sit: us & is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque, si is heres, cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adjudicatio enim necessaria est, emptio, voluntaria: nisi si obijciatur creditori, quod animose licitus est, sed huius rei ratio habebitur: quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: & ejus, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.

ET sane negari non potest, quin ea lex sit mendis, & inani fuco glossarum, & interpretum resperfa, quem memini me jam pridem excussisse, non sine molestia, & mea, & auditorum. Nam refutare ineptas objectiones insuave est: ideo nunc satis habeo, si verum sensum h. l. tradidero. Sciendum est, rem creditori pignori datam, defuncto eo pluribus relictis heredibus venire in iudicium familiæ erciscundæ, non quidem ut dividatur, quia res aliena, qualis ea est (neque enim decedit dominio debitoris, qui eam pignori dedit) Res, inquam, aliena inter coheredes dividi non potest, sed ut alicui heredum in solidum adjudicaretur, quo modo etiam venit in iudicium communi divid. *l. 7. §. inter eos, tit. seq.* Verum si, exempli gratia, duo sint heredes, & uni in solidum ea res adjudicata fuerit, quæ defuncto pignori data erat, is vicissim coheredi damnari debet ut præstet, non partem iusti pretii, quanti ea res est, sed partem ejus pecuniæ, quæ sub eo pignore debita fuit defuncto, & nunc debetur coheredibus pro portionibus hereditariis. Et hoc quidem ita recte Accursius interpretatur ex *d. §. inter eos.* Iudex igitur familiæ erciscundæ pignus totum uni adjudicare potest, ea tamen lege, ut is coheredi solvat partem debiti pro portione ejus hereditaria: nec si ita coheredi solverit eam partem debiti, potest ab eo desiderare, cui solvit partem debiti, ut totum pignus habeat: adjudicationis jure non potest ab eo desiderare, ut sibi satisfacto caveat de indemnitate, puta ut caveat se, heredemque suum defensum iri, & indemnem damno servatum iri, si postea eandem rem, quæ sibi adjudicata est, ab eo debitor repetat, reposcat actione directa pigneratitia, quæ datur debitori de pignore suo recipiendo. Cur non potest hanc cautionem à coherede desiderare, cui solvit partem pecuniæ debitæ? nempe, quia nemo supervacua satisf. onerandus est, *l. hæc stipulatio, ut legat. nom. cav.* vel eo maxime, quod fidejussores sint inventu difficiles, & perquam molesta perquisitio eorum, *l. omnes, §. præterea, C. de Episc. & cler.* Et supervacuum est, coheredem, cui res defuncto pignerata adjudicata est, à coherede, cui pro parte solvit pecuniam de-

bitam, exigere cautionem de indemnitate adversus debitorem, quum debitor non possit ab illo cum effectu rem, quam pignori defuncto dedit, repetere, nisi oblato omni debito, *l. si rem, §. omnis, de pigner. act.* quoniam eam rem debitori repetenti directa pigneratitia, nec offerenti omnem pecuniam obstat exceptio doli mali, ut Paulus demonstrat hoc loco. Idem servatur hoc casu, quod cum creditor egit hypothecaria, sive Serviana actione cum extraneo pignoris possessore, & ab eo litis æstimationem, id est, pecuniam sibi debitam abstulit: neque enim possessori cavere debet de indemnitate in hunc casum, videlicet si forte postea eandem rem à possessore debitor vindicet: vindicationem debitor habet adversus possessorem, non pigneratitiam actionem, quia cum eo pignus non contraxit: sed & quia eam rem ab eo debitor vindicare non potest, nisi oblato omni debito, quod pro eo possessor creditori solvit, in cujus locum successisse intelligitur, quoniam vindicanti, nec offerenti debitum obstat eadem exceptio doli mali: possessor securus est, qui eam exceptionem habet, nec est quod timeat sibi quidquam à debitor, quodve sibi adversus eum supervacua cautione prospici desideret, qui satis tutus est exceptione doli mali, beneficio exceptionis doli mali, ut aperte ostenditur in *l. si creditor, de pigner. & l. 2. quibus mod. pig. vel hypoth. solv.* Ait hoc loco Paulus, hypothecaria, vel Serviana actione, ut & *l. 4. §. si quis autem, de doli except. & l. 3. §. est autem, ad exhib.* Hypothecaria, vel Serviana: duplex est unius actionis appellatio, non duarum, sed una his verbis notatur actio, quæ & pigneratitia in rem dicitur, *d. §. inter eos.* Alia est pigneratitia in personam, quæ duplex est, directa, quæ debitori datur, contraria, quæ creditori. At contra, ut sequitur in hac lege, si coheres, cui pignus adjudicatum est, id debitorem velit reluere, vid. pecunia omni soluta, quæ luitio pignoris individua est, *l. rem, de evict. l. 2. §. si idem juris, in fin. h. tit.* Luitio pignoris est individua, id est, in partem fieri non potest, pignus in partem liberari, in partem nexum teneri non potest: Si, inquam, coheres, cui pignus adjudicatum est, id velit debitorem reluere, atque eo modo ultro se paratum esse dicat totum pignus ei reddere, quamvis debitor nondum velit pignus luere, audiendus est, instituta adversus debitorem contraria actione pigneratitia, quæ hoc loco significatur hoc articulo, *Contra*, ut & alias his articulis, *ex diverso, ex contrario*, significatur actio contraria, *l. 2. & ult. de neg. gest.* Instituta, inquam, adversus debitorem contraria actione pigneratitia in hoc, ut pignus totum recipiat, & solvat totum debitum, denique ut pignus luat. *Cyriillus ait τὸ ἀναρρύσασθαι ὅλον τὸ ἐνέχυρον.* Quod notandum est: glossæ enim aliter accipiunt hæc verba: *Si velit totum reddere*, nempe de debito ea accipiunt: qui sensus non congruit rei propositæ, cum sint accipienda de toto pignore, de utraque parte, ut hic sit sensus: coheredem, cui pignus adjudicatum est, ultro posse agere adversus debitorem contraria pigneratitia actione, oblato ei toto pignore, ut id luat, ex soluta omni pecunia. Quod & hodie fit sæpissime, debitore scil. nimium morante in solutione per iudicem compulso pignus luere, & recipere. Ergo ei, cui officio iudicis familiæ erciscundæ pignus adjudicatum est, soluta coheredi parte debiti hereditaria, non tantum damus exceptionem doli adversus debitorem, qui directa pigneratitia agit recipiendi pignoris causa, nec offert totum debitum, sed cessante debitore, etiam ei, cui pignus adjudicatum est, damus actionem, qua ultro interpellat debitorem, ut pignus luat soluta omni pecunia, quæ tamen nulla datur possessori, qui litis æstimationem creditori præstitit adversus debitorem, quia nihil cum debitore contraxit, sed debitore tantum ab eo vindicante pignus, ut dixi sup. neque ei redente litis æstimationem, quam subiit ejus vice, tueri se potest exceptione doli mali. Et hæc quidem ita se habent, si, ut posuimus, uni ex heredibus officio iudicis fam. ercisc. pignus adjudicatum sit. Aliud enim dicendum est, ut & in hac l. Paul. demonstrat, si pignus ei non sit adjudicatum in solidum, si alteram partem pignoris à coherede non emerit per adjudicationem, ut loquitur *l. 7. §. pen. tit. seq.* sed si sua

sponte non interveniente iudice alteram partem pignoris à coherede emerit soluta ei parte debiti, ut totum pignus penes se haberet. Hoc enim casu, quia sua sponte accessit ad emptionem alterius partis, non habet actionem, qua debitorem pignus repignerare, sive reluere compellat, sed habet tantum exceptionem doli mali, si debitor pignus repetat ab eo, & non offerat debitam quantitatem. Et hoc est, quod ait Paulus: *non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit*: creditorem vocat unum ex heredibus, qui creditori successit. Et qui alteram partem pignoris sua sponte à coherede emit, ut haberet totum: heres creditoris creditor est. Differentia igitur hac in re est inter adjudicationem, & emptionem: Nam si uni ex heredibus pars altera coheredis, atque adeo totum pignus adjudicatum sit, ultro potest agere adversus debitorem, ut solvat pecuniam debitam, quam pro parte coheredi ejus nomine prorogavit, ut pignus totum recipiat, id est, ut pignus luat. At si sua sponte à coherede etiam pignoris partem emerit, non æque potest agere adversus debitorem, ut pignus luat. Et ratio differentiae inter adjudicationem, & emptionem hæc est: Quia etsi adjudicatio habeat speciem emptionis, propterea quod res, quæ adjudicatur, æstimatur, & vicissim is, cui adjudicatur, coheredi damnatur in pecuniam certam, atque adeo & ei, cui adjudicatio fit, cavetur de evictione quasi emptori, l. 25. §. pen. hoc tit. nam & ut ante dixi, dicitur emere per adjudicationem, non emere simpliciter, tamen necessaria ea emptio est, atque coacta, quatenus sit officio iudicis fameris. Emptio simplex, quæ separatur ab adjudicatione, est voluntaria, & ideo ei, qui emit imputari potest, quod sua sponte emerit, nimirum objecturo debitore, si adversus eum emptor experiatur contraria pigneratitia in hoc, ut debitor pignus luat, cui forte nondum est operæ id luere. Cur emisti alteram partem? nemo te ad eam emendam compellebat, hoc tibi ipse intrivisti. At qui coactus emit cogente arbitrio iudicis, idem ei imputari non potest, præterquam uno casu, quem etiam notavit Paulus in hac lege, quo etiam ei, cui pignus adjudicatum est, denegabitur contraria actio pigneratitia, si debitori velit pignus reddere, debitor id nondum velit recipere. Casus hic est, si ut pignus totum penes se haberet, animose licitus sit, Basil. *ei μη α'ρα η' απερ το δ' ε'ον υ'περεδ'εμα'τι'σεν*: solebat iudex ei, qui rem plus æstimasset, qui plurius licitus fuisset, eam rem addicere, *estrouffer*, assignare, adjudicare in solidum. Licere, est pretium ponere, pretium facere, vel pretio, quod alter fecit supra aliquid addere, *l. arbor, §. de vestibulo, tit. seq.* Et initio ait, *liceri, & paulo infra, pretium facere*: solebat, inquam, iudex, qui adjudicationibus factis inter coheredes litem dirimere, & communem dissolvere parabat, ei, qui plurius rem licitus esset, eam eo pretio æstimatam adjudicare. Quod si quis forte heredum animosius, si immoderatus rem defuncto creditori pignori datam licitus sit, si insanierit, ut alii auctores loquuntur, quum calorem licitantis exprimere volunt, qui emptionem, aut locationem supra modum *inflavit*, ut loquitur *lex locatio, de publican.* & iudex ei eam rem adjudicaverit, ab eo in licitatione coherede superato, tunc sane, quia nimis primum animum habuit ad integrum pignus obtinendum, ei imputari potest, quod nimis incaluerit in licitando. Atque adeo, si velit pignus sibi adjudicatum, postea debitori reddere, & eo nomine agere contraria pigneratitia, invito debitore non audietur. Exceptio tamen supradicta ei non denegabitur adversus directam actionem pigneratitiam. Et hoc est, quod Paulus significat, dum ait, *nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus fuerit*: quæ verba sunt coaptanda, non proximis, sed his, quæ sunt paulo supra, *audiendus est*, ut sit audiendus, nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus fuerit. Sed hujus rei, ut subjicit, id est, animosæ licitationis ratio habebitur: animosa licitatio, & insanis propria ei imputatur. Atque adeo is, cui animosæ licitanti pignus adjudicatum est, comparabitur hac in re voluntario emptori, nec ultro instituta contraria actione pigneratitia poterit compellere debitorem, cujus negotia nondum ferant, ut pignus luat, ad luendum pignus. Hæc est mens Pauli. Cæterum in ejus scripto sunt periodi intercisa, nec admodum inter se aptæ sunt, sed veluti scopæ

quædam dissolutæ, qui mos scribendi Paulo amicus, & familiaris est, & facit sæpe, ut is obscurior cæteris esse videatur. Tandem vero in extremo concludit Paulus, quod creditor egit, id est, unus ex heredibus defuncti creditoris, qui & ipse creditor est: quod ergo unus ex creditoribus in pignore egit, pro eo habendum esse, atque si id procurator debitoris egisset. Nam & hic creditor solvendo coheredi suo pro debitore partem, quæ contingit debitorem, suam nempe hereditariam, quali voluntarii procuratoris officio fungitur. Ut autem, quod propter necessitatem procurator impendit pro domino negotiorum, vel negotii, id ab eo repetit contraria mandati, vel contraria neg. gest. Ita & hic heres creditoris, quod propter necessitatem adjudicationis præstitit coheredi pro debitore, id etiam ultro repetit à debitore actione contraria pigneratitia, non ut glossæ tentant, neg. gest. quia propter suam partem, & sui causa potissimum id fecit, ut totum pignus haberet, & coactus, ut dixi, necessitate adjudicationis. Ergo ea res non venit in contrariam actionem neg. gest. sed in contrariam pigneratitiam. Ait ejus, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori, id est, coheredi, cui pignus adjudicatum est, etiam ultro, id est, ea actio ei est etiam non lacessito actione directa pigneratitia. Contraria actio moveri potest sine principali, id est, sine directa *l. in commod. §. 1. commod.* Ut item si procurator se animosius gesserit in licitando, sua ei insania imputatur, non domino, nec eo nomine competit contraria actio mandati, vel neg. gest. Ita & si unus ex heredibus rem defuncto pigneratam animosius licitus sit, id ei imputabitur, non debitori, & consequenter non poterit ultro provocare debitorem, & agere contraria pigneratitia, ut pignus luat, sed tamen adversus agentem debitorem directa pigneratitia poterit se tueri ex eptione doli mali, nisi debitor ei refundat omnem pecuniam, quam defuncto debuit, cujus partem jam coheredi prorogavit.

Ad L. I. Communi divid. *Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit.*

Restant 3. leges ex hoc libro, quæ sunt in *tit. comm. divid. lex 1.8. & 10.* In l. 1. ostenditur actionem communi divid. quæ redditur inter socios, hoc distare ab actione pro socio, quæ etiam redditur inter socios, quod actio pro socio ultro citroque ex utroque latere pertineat ad personales præstationes, id est, quod sit actio in personam tantum, non in rem. *Magis, inquit, ad personales invicem præstationes pertinet.* Ubi *magis*, quod nec Accursius ignoravit, accipitur *ε'δ'ικω'ς*, non *συγκριτω'ς*. Actio autem communi dividundo pertinet etiam ad communium rerum divisionem, hoc est, non tantum est de personalibus præstationibus, sed etiam de rebus. Denique mixta est actio, tam in rem, quam in personam: vel potius actio in rem, quæ tamen admittit personales præstationes, id est causas pendentes ex re communi, vel ex rebus communibus, ut ait *linter coheredes, in princ. sup. tit. prox.* Et ideo si nulla res communis sit, cessat actio communi dividundo, *l. 9. comm. utr. jud.* Denique si parte fundi petita rei vindicatione, iudicatum sit fundum non esse communem, postea eidem agenti communi divid. obstat exceptio rei iudicata, *l. 8. de except. rei jud.* quia ubi res communis non est, cessat actio communi divid. Eademque ratione, si agatur communi dividundo, & fundus negetur esse communis, prius constare debet fundum esse communem, petita parte fundi, quam præcedat iudicium communi divid. *l. 1.8. de except. rei jud.* Neque huic sententiæ obstat, quod etiam si res communis esse desierit in rerum natura, si interierit, vel si unus ex sociis partem suam alienaverit, quibus modis plane desit esse communis, tamen inter eosdem, inter quos ante fuit communis, datur utilis actio communi divid. de personalibus præstationibus, *l. 6. in princ. l. 7. l. 11. hoc tit.* Sed hoc ideo, ut respondeam, quia hæc causæ, sive personales præstationes pendunt ex re communi, id est, ex re, quæ fuit,

com-

communis. Hæ causæ sunt appendices rei communis, reliquæ rei communis sunt. Et aliæ sunt differentie inter actionem pro socio, & communi dividendo. Hæc est quali ex contractu, illa ex contractu societatis. Hæc non est famosa, quia potius in rem actio est, & nulla actio in rem est famosa, vel esse potest famosa, cum non in personam datur. Illa autem actio pro socio proculdubio est famosa, & turpis. In actionem communi divid. nomina non veniunt, quia ipso jure divisa sunt ex 12. tab. pro portionibus, quæ cuique competunt: In actionem pro socio non corpora tantum veniunt, sed & nomina, *l. si actum, pro soc.*

Ad L. VIII. eod. *Esti non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest.*

Ad §. Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat, inter legatarium, & heredem communi dividendo agi potest: aut incertæ partis vindicatio datur. Similiter fit, & si peculium legatum sit: quia in quantum res peculiares diminuit id, quod domino debetur, incertum est.

Ad §. Venit in communi dividendo judicium etiam, si quis rem communem deteriore fecerit: forte servum vulnerando, aut animum ejus corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo.

Ad §. Si communis servi gratia, noxæ nomine plus præstiteris: æstimabitur servus, & ejus partem consequetur.

Ad §. Item si unus in solidum de peculio convenitur, & damnatus sit, est cum socio communi dividendo actio, ut partem peculii consequatur.

IN principio h. l. ostenditur, si plures sint socii, qui rem communem habeant, inter pauciores ex pluribus accipi posse judicium communi divid. ut scil. inter eos res communis dividatur: inter eos autem, & cæteros communis remaneat, quod servatur etiam in judicio familiæ ercisc. quod ex pluribus heredib. inter pauciores accipi potest, *l. 2. §. dubitandum, fam. ercisc.* Hoc quemadmodum fieri possit, valde disputatur ab Acc. & interpretibus. Sed nihil est facilius, ut pauciores rem communem dividant, cæteri non dividant. Nam hoc fit salvo jure, salvaque parte cæterorum pro indiviso in re communi, vel in singulis rebus communibus, si plures sint, quam, quasve pauciores inter se dividerint. Et fit etiam hoc sæpe inter pauciores diu nimis absentibus cæteris, *l. coheredibus, C. fam. ercisc.*

AD §. Si incertum. Sequitur in §. i. Judicium communi dividendo, provocante legatario accipi posse inter legatarium, & heredem, ut inter eos res legata dividatur, si lex Falc. intervenire videatur, quæ minuit legata, ut inquam, dividatur pro dodrante, & quadrante: dodrans legatario, quadrans heredi assignetur. Et hoc ita fit, ut hac de re agatur judicio communi divid. non quidem, si certum sit legem Falc. locum habere, quia tunc ipso jure, id est, lege Falc. res legata dividitur inter heredem, & legatarium pro dodrante, & quadrante. Sed si sit incertum, an lex Falc. locum habeat, ut sc. hoc liqueat, hoc fiat certum arbitrio judicis communi divid. Et si cognoverit legem Falc. intervenire, jubeat eos inter se rem dividere, ex l. Falc. pro dodrante, & quadrante. Incertum sæpe est an lex Falc. locum habeat propter incertam rationem æris alieni, qua subduta demum habetur ratio legatorum, & legis Falc. *l. 1. §. si autem, si cui plus quam per leg. Falc.* vel etiam, inquit, Paul. isto casu incertæ partis vindicatio datur, communi scil. divid. actio legatario datur, si legatarium heres non negat esse legatarium, incertæ autem partis, puta dodrantis vindicatio legatario datur, si legatarium heres negat esse legatarium, sicut fam. ercisc. judicium datur ei, quem adversarius non negat esse coheredem. Petitio autem hereditatis, quæ & ipsa vindicatio est, datur ei, quem adversarius negat esse coheredem. Et est hoc casu petitione hereditatis agendum, priusquam familiæ ercisc. Ac similiter rei vindicatione priusquam communi divid. *l. 1. sup. tit. prox.* Eadem ratio intervenit, si peculium servi sui testator alii legaverit, quoniam & hoc legatum etiam cessante Falc. proprio quodam jure minuitur, nimirum ex rebus peculiaribus, deducto eo, quod domino, id est, testato-

ri debetur, & nunc debetur heredi ejus, quod quantum sit si ignoretur, si incertum sit, legatario cum herede est actio communi dividendo, ut ea de re liqueat apud arbitrum, aut vindicatio incertæ partis secundum supradictam distinctionem. Et notandum, quod Paulus hic statuit, duo esse genera minuendi legati. Vel enim minuitur leg. Falc. vel habita ex peculio legato deductione ejus, quod domino debetur, vel conservis, vel liberis ejus domini. Dixi autem utroque casu, sive lex Falc. rem legatam, sive quod domino debetur, peculium legatum minuisse dicatur, legatario dari posse judicium communi dividendo, legatario provocante posse accipi judicium communi dividendo inter legatarium, & heredem. Dixi, inquam, legatario dari, non heredi, legatario provocante, non herede, quia heres ipse ultro hoc judicio provocare legatarium non potest, quia retentionem tantum, & deductionem Falc. habet secundum jus, quod semper obtinuit ante Justinianum, non vindicationem. Hodie ex constitutione Justiniani, quia & habet Falcidie vindicationem heres, proculdubio poterit etiam ipse provocare legatarium judicio communi dividendo, sed non eo jure, quod ante Justinianum obtinuit, quia heres habuit tantum retentionem Falc. non petitionem, non vindicationem Falc. qua de re ad observationem 8. cap. 2. & ejus similiter, quod defunctus servus debuit, quasi debiti naturalis, neque enim servus domino obligatur civiliter, sed naturaliter tantum, retentionem heres tantum habet, non petitionem. Ex naturali obligatione retentio est, non petitio, & qui retentionem tantum habet, non vindicationem, hoc judicio, id est, communi dividendo, quod præcipue pro rei vindicatione est, experiri non potest, *l. 14. §. 1. hoc tit.* quod maxime notandum est.

AD §. pen. Sequitur in h. l. Venire in judicium communi dividendo, quod est de præstationibus personalibus, quod socius dolo malo, aut culpa in re communi admisit: ut si servum communem vulneraverit, aut sustibus debilitaverit, si ejus animum corruerit, si arbores fundi communis exciderit. Quo exemplo etiam Cajus utitur in actione finium regundorum, quæ & ipsa non tantum est de rebus, sed & de personalibus præstationibus, *§. pen. Instit. de offic. jud.* Et procedit idem exemplum etiam in actione fam. ercisc. Et notandum eodem nomine, puta quod socius rem communem deteriore fecerit, socio in socium competere actionem legis Aquil. *l. 10. h. t.* vel actionem servi corrupti, si servi communis mores corruerit, *l. 9. de serv. corr. l. 10. de nox. act.* Hæ actiones, puta legis Aquil. vel servi corrupti hujusmodi, & rem persequuntur: actio communi divid. provocatur tantum rem, sive id, quod interest.

AD §. Pertinet etiam ad personales præstationes, quod *l. 1. de nox. act.* tradit in §. ult. Si servi communis nomine unus ex sociis ex delicto servi communis conventus noxali judicio litis æstimationem præstiterit, noxæ æstimationem, quum expediebat servum potius noxæ dedere, quod forte æstimatio litis longe superaret pretium servi, eum, qui plus præstiterit, quam sit in pretio servi, actione communi divid. à socio consecuturum, non quidem partem totius, quod præstitit, sed partem tantum pretii quanti servus est, pro quo præstitit integram litis æstimationem, ut in *l. 17. de nox. act.* Contra si ex maleficio servi communis conventus unus ex sociis actione noxali, litis æstimationem præstiterit, cum hoc expediret, quod servus esset pretiosior, tunc totius æstimationis, quam præstitit, hoc judicio partem à socio consequetur, ut in *l. 25. §. si unus, sup. tit. prox.* Item si servi communis nomine, unus ex sociis conventus actione de peculio ex contractu servi integram debiti quantitatem præstiterit, pari ratione eum pro parte peculii, aut sane peculii partem à socio consecuturum judicio communi dividendo, ut *l. ancillarum, §. ult. de pecul.* Hæc omnia sunt de præstationibus, ad quas etiam pertinet quod est initio legis decimæ.

Ad L. X. eod. *Item quamvis legis Aquilæ actio in heredem non competat, tamen hoc judicio heres socii præstet, si quid de-*
fun-

functus in re communi admittit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur.

Ad §. Si usus tantum noster sit, qui neque venire, neque locari potest: quemadmodum divisio potest fieri in communi dividendo iudicio, videamus. Sed prætor interveniet, & rem emendabit: ut, si iudex alteri usum adjudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti: quasi plus faciat qui videtur frui: quia hoc propter necessitatem fit.

Ad §. In communi dividendo iudicio, iusto pretio rem aestimare debes iudex: & de evictione quoque cavendum eris.

SI unus ex sociis servum communem vulneravit, id venit, ut dixi jam sup. in iudicium communi dividendo, atque etiam in actione legis Aquiliae, vivo scilicet socio, qui communem servum deteriolem fecit, vulneravit, & mortuo socio eo nomine heres quidem ejus tenetur actione communi dividendo, id est, alter socius agendo cum herede ejus communi dividendo, in hoc iudicium id quoque deducit, quo defunctus servum communem deteriolem fecit. Cæterum heres ejus non tenebitur actione legis Aquiliae, quia pœnalis est actio: communi dividendo actio transit quidem in heredem, sed non actio pœnalis, veluti legis Aquiliae.

AD §. pen. In hoc §. penult. ostenditur, usum communem rei certæ, fac usum fundi esse legatum duobus conjunctim, hunc, inquam, usum ipso jure non venire in iudicium communi dividendo, quia individuus est, *l. usus pars, de usu, & habit.* neque enim fundo potest quis uti pro parte, pro parte non uti, qui vel minimo fundo utitur, in totum eo fundo utitur: qui usum dividit, naturam ejus corrumpit, *l. via, de servit.* Ac præterea usus, neque vendi alii, neque locari potest: Quare? quia hoc usuariis tantum datum est, ut re scilicet suo corpore utantur, non etiam alieno corpore, non etiam, ut ex ea re quæstum faciant: nudus usus eis datus est, non omnis utilitas rei, non omne emolumentum rei eis concessum est, sed nudus tantum usus, *l. sed neque, l. ceterum, l. pen. de usu, & habit.* Licentia vendendi, aut locandi in fructu connumeratur: at usuarii fructum non habent, ut neque usus possit vendi, neque locari. Ergo nec adjudicari uni ex sociis, quia adjudicatio pro emptione est, aut certe pro locatione, quæ proxima est emptioni venditioni. Quid igitur fiet, si agatur de dividendo usu inter socios? necessitas rei efficit, ut permittamus iudici communi dividendo uni ex sociis usum in solidum adjudicare sub onere præstandæ alteri socio certæ mercedis, certæ pensionis pro ejus parte. Atque ita, ut quasi quædam locatio usus contrahatur, ut is, cui adjudicatur usus, pro parte usum locet socio, certa mercede: nec tamen ideo minus alter uti videbitur, quia locatio facit ut fruatur, quod plus est, quam uti. Inde in contractu locationis conductionis passim in *tit. locati*, subditæ leguntur hæ cautiones, & formæ, frui licere: hoc genere negotii hoc agitur, ut conductor fruatur, non ut utatur: tamen & qui fruatur, utitur etiam, non è converso. Et ita ait, eum, qui videtur frui, quia plus facit, & uti videri, quod est minus: quia qui quod plus est facit, & quod minus est, facit non retro. Et in hoc potest duci argumentum ex *l. 7. de aqua, & aq. plur. arc.* Et hoc vero ita, si fecerit iudex communi dividendo, quamvis jure non fecerit, tamen prætor tenebitur. Quod jure non fit, tutione prætoris conservatur, & necessitas facit, ut id prætor tueri debeat, atque ita emendare jus civile, sive juris civilis rigorem. Quo verbo etiam utitur hoc loco Paulus, dum ait, *prætor interveniet, & emendabit*: necessitas hoc facit, quoniam res aliter expediri non potest: & necessitati succumbimus, ut ait eleganter *l. pen. §. ult. de excus. tut.* & confirmat *l. 22. §. 1. sup. tit. prox.* Quod denique jure non fit, id fit extra ordinem per prætorem: adjudicatio illa iudicis indiget tutione prætoris: neque enim id per se iudex potest, sed quod fecerit iudex, id approbare, & tueri prætor debet.

AD §. ult. Quod est in extremo hujus legis, jam explicatum est. In iudicio scilicet communi dividendo, ut fit etiam in iudicio fam. ercisc. iudicem iusto pretio res aestimare de-

bere, ut in *l. 3. C. comm. divid.* Et curare etiam debere, ut eis, quibus res adjudicantur caveatur de evictione, ut *l. 25. §. pen. sup. tit. prox.*

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

QUANTUM potui conjicere perfectis omnibus legibus, quæ ex hoc libro sumptæ sunt, videtur Paulus tractasse de stipulationibus prætoriiis tantum, quæ scilicet interponuntur ex edicto, & jussu prætoris, & actionum instar obtinent, ut ait *l. 37. de oblig. & action. & l. non solum, rem rat. hab. & l. non solum, de procur.* Ac proinde primam, quæ se offert ex hoc libro *l. 24. de neg. gest.* refero ad stipulationem *rem rat. hab.* quæ est ex prætoriiis stipulationibus.

Ad L. XXIV. de Neg. gest. *Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret: proprietas quidem per procuratorem non acquiritur: potest tamen creditor, etiam invito me ratum habendo, pecuniam suam facere: quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: & ideo creditoris ratihabitione liberor.*

Species ejus hæc est. Debitor procuratori creditoris sui pecuniam debitam dedit hac mente, ut eam faceret creditoris, id est, ut eam creditori traderet, cum ei creditor non mandasset, ut eam reciperet à debitore. Non fuit igitur procurator ex mandato, ex contractu, sed negotiorum gestor, quem idem Paulus in Sententiis, itemque Marcus Tullius, procuratorem, & amicum voluntarium vocat. Ait autem Paulus in hac lege, *per eum procuratorem*, id est, per negotiorum gestorem, qui mandatum non habet, ejus pecuniæ, quam accepit à debitore, dominium creditori non acquirit, etiamsi creditoris nomine acceperit, eodemque nomine debitor ei numeraverit: nisi ei postea procurator ipse eam creditori renumeraverit, quo solo genere fieri potest creditoris. Et longe igitur alia est ratio procuratoris, qui mandatum habet: Hic enim si mandatu creditoris pecuniam, vel quamlibet aliam rem à debitore acceperit nomine creditoris, eodem nomine ei datam, ejus pecuniæ, reive dominium creditori ipso jure acquiritur etiam ignorantibus, etiam nondum ei re à procuratore tradita, *l. procurator, l. per servum, §. ult. de acquir. rer. dom. l. qui mihi, de donat.* Quia creditor, qui mandavit procuratori suo, ut eam acciperet, utique voluit eam sibi acquirere, & debitor quoque ipse, qui eam procuratori ejus, nomine ejus dedit, intelligitur eam ei dedisse, atque ita fecisse propriam creditoris, ut nec alia traditione sit opus. At si eam pecuniam procurator, qui mandatum habet, id est, mandatarius acceperit nomine suo, non nomine domini, nomine creditoris: tunc sane non ante proprietas, vel dominium ejus pecuniæ creditori acquiritur, quam ille eam creditori tradiderit. Et ita accipienda est *l. res §. 9. de acquir. rer. dom.* quæ alioquin pugnaret cum *dist. l. si procurator*, quod confirmat *lex quod meo, de acquir. poss. & lex 2. C. de iis, qui à non dom. man. sunt.* Et hæc quidem ita se habent in procuratore, qui mandatum habet. At etiam si procurator, qui mandatum non habet, id est, negotiorum gestor, de quo in h. l. agitur, à debitore pecuniam acceperit nomine creditoris, debitor quoque ei numeraverit nomine creditoris, ut eam faceret creditoris, hoc solo, si non eam creditori numeraverit, dominium ejus pecuniæ creditori non acquiritur, quia ea res gestæ est sine mandato, & voluntate ejus. Sed ut Paulus eleganter docet in hac lege, si postea creditor rem ratam habuerit, quod potest etiam invito debitore, ratihabitione dominium pecuniæ ei acquiritur, & debitor ab eo liberatur. Denique ratihabitione mandato comparatur: ratihabitione tantum potest, tantumve efficit, quantum mandatum, Ideo.

Ideo autem etiam invito debitore ratum habenti creditori pecunia acquiritur, quia voluntarius procurator accipiendo creditoris negotium gessit, non debitoris. Et ideo creditoris solius, non etiam debitoris voluntas spectatur. Proinde ratihabitione creditoris, etiam si tum non eadem sit voluntas debitoris, quæ fuit initio, nempe, ut pecuniæ dominium transeat ad creditorem: ergo etiam invito debitore, qui mutavit sententiam, ea pecunia creditori, qui rem gestam ratam habet, acquiritur, & debitor etiam invitus liberatur, qui & ab initio in danda procuratori pecunia, potuit eo nomine sibi prospicere, interposita stipulatione rem ratam haberi: quia non nisi creditor ratum habeat, debitor liberatur. Neque etiam aliter pecuniæ dominium creditori quæritur, quam si ratum habeat. Dominio pecuniæ creditori quæsitio, consequens est debitori liberari: & retro dominio non quæsitio creditori, debitorem non liberari. Notandum est, quod ait, procuratorem, de quo hic agitur, creditoris duntaxat negotium gessisse, non debitoris: Nam si debitoris negotium gessisset, & ex mandato ejus ab eo pecuniam accepisset perferendam ad creditorem, & faciendam creditoris propriam, non posset re integra, id est, nondum perlata pecunia ad creditorem, aut promissa ei, constitutave, non posset, inquam, ea pecunia invito debitore creditoris fieri, etiam si creditor ratum haberet, quia non est ejus ratum habere, quandoquidem non est ei gestum negotium, sed debitoris: inanis ergo, imo stulta est ratihabitione, quæ fit ab eo, cujus negotium gestum non est. Nec igitur ejus voluntas spectanda est, sed debitoris tantum, cujus negotium procurator gerendum suscepit ex ejus mandato: quod quidem mandatum secundum regulam juris re integra debitor mutare, & revocare potest. Quod etiam hoc loco Accursius notavit rectissime.

Ad L. VI. Si mens. fals. mod. Sive de itineris latitudine, sive de servitute immittendi, projiciendique quæritur: sive aream, vel lignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit.

Quæ sequitur in hoc libro in Pandectis Florentinis, est l. 6. si mens. fals. mod. dix. quæ tamen in aliis exemplaribus rectius tribuitur lib. seq. id est, lib. 25. ut & l. 2. & 4. ejusdem tit. Itaque, quoniam aliorum librorum inscriptio sane verior est, eam legem rejiciemus in lib. seq.

Ad L. XXIX. de Const. pec. Qui injuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum tenetur actione, constituendo tenetur.

Etiam adfirmo vitiatam esse inscriptionem hujus legis, quæ parva de re est, ut hic exponam breviter, & obiter. Hoc tantum vult, non solum debitum ex quocunque contractu constitui posse, ut l. 1. §. debitum, eod. tit. sed etiam debitum ex quocunque maleficio: quod debes ex contractu, vel ex maleficio, id recte constituis te solutum. Et ita obligaris ea ratione jure honorario actione constitutæ pecuniæ. Id vero nihil pertinet ad hunc librum 24. qui totus est de stipulationibus prætoriiis, sed potius ad librum 29. cujus pars maxima est de constituta pecunia. Et ut in illo titulo de constituta pecunia sunt ex Pauli lib. 29. leges 8. vel 9. ita & eidem libro supradicta lex 29. vindicanda est.

Ad L. XXVI. de Administ. tut. Cum curatore, & protutore etiam manente administratione agi potest.

Transeat ad leg. 26. de admin. tut. quæ respicit ad stipulationem rem pupilli, vel adolescentis salvam fore, quæ est ex stipulationibus prætoriiis, ex qua cum curatore, & cum protutore, qui non est tutor, sed qui pro tutore se gerit, ut ait hæc lex 26. etiam manente administratione statim agi potest, ut quæque res pupilli, vel adolescentis salva non esse cœperit, ut in l. 4. §. hanc stipulationem, & §. pen. rem pupil. salv. fore, l. 1. §. sed pro tutore, de cont. tut. act. l. 1. §. cum eo, de eo, qui pro tut. neg. gess. Ergo ait

recte d. l. 26. cum curatore, & protutore etiam manente administratione agi potest, ex stipulatione scilicet rem pupilli, vel adolescentis salvam fore. Ait cum curatore, vel protutore, ad differentiam tutoris, cum quo, vel cum fidejussoribus ejus ex ea stipulatione agi non potest, antequam finita sit tutela, finita administratio, sicut nec tutelæ iudicio agi potest manente administratione, manente tutela, sed ea finita demum, dict. §. hanc stipulationem, l. 16. de tut. & rat. distr.

Ad L. 1. Rem pupil. salvam fore. Cum pupillo rem salvam fore satisfactum sit: agi ex ea tunc potest, cum & tutela potest.

Et cum hac l. conjungenda est omnino lex 1. rem pupil. salv. fore, quæque est etiam ex eodem lib. Pauli. Et ait non ante ex ea stipulatione agi posse, quam & tutelæ agi possit. Ergo non manente tutela, non nisi finita tutela. Conjunctio utriusque legis patefacit hanc differentiam: cujus rationem si requiras, dicam simplicius, eam esse positam in utilitate pupillorum: hanc differentiam efficere rationem utilitatis pupillorum. Quod etiam demonstrat d. l. 16. de tut. & rat. distr. nempe, ut quamdiu pupilli agunt sub tutoribus, quidquid negotii cum iis habent, differatur in tempus pubertatis, nec quidquam de eo cum tutoribus disceptetur antequam sua tutela functi fuerint. Quæ utilitas etiam facit, ut & si negotium sit aliquod pupillo cum extraneo, si modo id sit de re pupilli summa, puta de bonis paternis, de statu capitis, differatur in tempus pubertatis ex Carboniano edicto, de quo extat titulus.

Ad L. X. de Auctor. tut. Tutor, qui per valetudinem, vel absentiam, vel aliam justam causam auctor fieri non potuit, non tenetur.

Porro ad eandem stipulationem pertinet l. 10. de auctor. tut. ex eodem lib. Pauli, in qua docet, finita tutela, ex ea stipulatione tutorem non teneri ob id, quod pupillo auctor non fuerit, cum id maxime pupillo expediret, in gerendo negotio aliquo, ut auctoritatem ei præstaret: ob eam rem, inquam, non teneri ex stipulatu, si per adversam valetudinem, vel per absentiam Reipublicæ causa, vel aliam justam causam id tutor præstare non potuerit, quia dolo, & culpa caret. Nihil est æquius, aut facilius.

Ad L. VII. de Vi, & vi arm. Cum à te dejectus sim: si Turis eandem rem possidere cœperit: non possum cum alio, quam tecum interdicto experiri.

Uto etiam ad eandem stipulationem pertinere, aut inflecti posse commodissime hanc leg. 7. quæ est ex eodem libro, & ait ei, qui dejectus est de possessione, etiam si postea alius forte sine vicio eandem rem possidere cœperit, non in eum dari interdictum unde vi, ad quem ejus rei possessio pervenit, sed tantum in eum, qui dejecit. Hoc interdictum personam sequi, non rem: & alio scil. jure esse actionem quod metus causa, quæ sequitur rei ab alio metu extortæ quemcumque possessorem, etiam si crimine careat, quia in rem scripta est, l. 14. §. in hac actione, quod met. caus. Cæterum exemplo interdicti unde vi, recte dices, si per tutorem factum sit, ut res quædam pupilli abesset, quamvis ea sit salva apud alium, nec utilitatem quidem pupilli efficere posse, ut in alium committatur stipulatio rem pupilli salvam fore, quam in tutorem, vel fidejussores ejus, quia cum alio contractum non est, l. pen. rem pupil. salv. fore.

Ad L. I. Judic. solvi. In stipulatione judicatum solvi, post rem judicatam statim dies cedit, sed ex actio in tempus reo principi indulguntur differtur.

Ad eas stipulationes prætorias etiam pertinere hanc l. manifestum est, quoniam ea lex ait, stipulationem judicatum solvi, quæ ex earum genere est, statim post rem judicatam committi, sed differri executionem judicati in tempus

pus reo principali, qui iudicatus est, legibus, & constitutionibus indultum iudicati faciendi causa. Et ait, reo principali, ad discretionem, sive differentiam fidejussorum ejus: quia mora ejus temporis, quod humanitatis gratia indulgeri dicitur iudicatis, l. 1. in fi. de compens. reo tantum principali hoc jure ante Justinianum, id est, ante l. ult. §. ult. Cod. de usur. rei judic. reo, inquam, tantum principali intervallum illud temporis proficiebat, non fidejussoribus ejus: hoc reo principali dabatur benigne, & benigne concessa uni, ægre juris auctores trahebant ad consequentias, l. qui negotia, mand. l. 1. 3. de legib. Id vero tempus puto omnes scire olim fuisse triginta dierum ex 12. tab. in quibus *justi dies* dicuntur: post fuisse duorum mensium: & ad extremum quatuor, moribus nostris hujus temporis nulla certa intercapedo est, imo nec ulla solet respiratio iudicato indulgeri ad faciendum iudicatum, nisi perraro, & arbitrio iudicis dato intervallo aliquo, & reo postulante.

Ad L. LXXIII. de Verb. oblig. *Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit: veluti si id, quod in utero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam præstari potest. Sic qui Carthagini dari stipulatur, cum Romæ sit, tacite tempus completi videtur, quo perveniri Carthaginem potest. Item si operas à liberto quis stipulatus sit: non ante dies earum cedit, quam indictæ fuerint, nec sint præstæ.*

Ad §. Si servus hereditarius stipulatus sit: nullam vim habitura sit stipulatio, nisi adita hereditas sit: quasi conditionem habeat. Idem est & in servo ejus, qui apud hostes est.

Ad §. Stichum promissor, post moram offerendo purgat moram, certe enim doli mali exceptio nocet ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit.

Porro cum illa l. 1. iudicat. solv. conjungenda est lex 73. de verborum obligat. quæ est ex eodem libro, & quæ, ut obligatio, quæ nascitur ex stipulatione iudicatum solvi, ex legibus dilationem capit, quamvis ea sit pura, & ejus dies cedat statim post rem iudicatam, ut ait l. 1. Ita docet in illa l. 73. alias plerasque stipulationes puras ex re ipsa dilationem capere. Neque igitur hoc esse novum in stipulatione iudicatum solvi: ut si quis pure stipuletur fructus, aut partus futuros, neque enim ante incipit actio, quam partus editi, aut fructus producti, & coacti fuerint. Item si quis pure stipuletur domum ædificari: neque enim ante incipit actio, quam tempus præterierit, intra quod promissor domum ædificare potuit, ut l. 14. & l. 84. eod. tit. Item si quis cum Romæ esset, pure stipuletur tot sibi Carthagini dari: ex hac etiam stipulatione agi non potest antequam tempus exierit, quo Carthaginem perveniri potest, l. 34. §. Imperator, de statulib. l. si testamento, §. ult. de fidejuss. Item si quis à liberto suo operas aliquot officiales pure stipuletur, non ante peti possunt, quam indictæ, imperatæ, nec præstætæ fuerint, quia ex commodo patroni præstandæ sunt, quum erit commodum patrono, non statim atque interpolata est stipulatio, quod multæ admodum leges ostendunt in tit. de oper. libers. Et similiter si servus hereditarius ante aditam hereditatem pure aliquid stipuletur, non ante ex ea stipulatione actio est, quam aliquis defuncto heres extiterit, qui agere possit: nam servus causam agere non potest. Item si servus ejus, qui est apud hostes, pure aliquid stipuletur, non ante effectum habet stipulatio, quam dominus postliminio redierit, aut ibi decesserit, eique heres ex lege Cornelia aliquis extiterit. Hæc omnia proponuntur in dict. l. 73. Et ultimo loco additur in eadem l. promissorem Stichum, aut pecuniæ certæ, post moram offerendo Stichum, aut pecuniam, purgare, & emendare moram, quam fecerat. Priore etiam purgata mora per oblationem, si postea Stichus oblatus, aut pecunia oblata perierit, agenti stipulatori ex stipulatu ob stare exceptionem doli mali. Communem moram stipulatori nocere potius, quam promissori, aut posteriorem moram tantum nocere, & obliterare priorem, quod etiam absque dubio obtinet in stipulationibus prætoriiis.

Tom. II. Post.

Ad L. XXXII. de Verbor. signif. *Minus solum intelligitur, etiam si nihil esset solum.*

Postremo quod ait Paulus ex hoc libro in hac lege, minus solum intelligi, etiam si nihil sit solum, pertinet etiam ad stipulationem prætoriam rem ratam haberi, cujus formula brevis hæc est, amplius non peti, vel amplius non agi, l. 4. §. Cato, de verb. oblig. l. amplius, rem rat. bab. Et cum doceret Paulus in ea formula, verbum *amplius* ad eum quoque pertinere, cui nihil debetur, vel ut ostendit l. 82. eod. tit. hunc esse sensum stipulationis, *amplius non peti* ab alio quoquam, cui vel debeat aliquid, vel nihil: id confirmat ex contrario, hoc modo, quoniam minus etiam solvisse dicitur, qui nihil solvit: non semper hæc vocabula amplius, vel minus esse in comparando. Item Paulus eodem lib. in l. 34. quum ait.

Ad L. XXXIV. eod. *Actiois verbo etiam persecutio continetur.*

Actiois verbo etiam persecutionem contineri, respicit ad latiore formulam stipulationis rem ratam haberi, quæ est ejusmodi, amplius non petiturum cum, cujus de ea re actio, petitio, persecutio erit, ut constat ex l. 23. rem rat. bab. & ex Bruto M. Tull. ubi eadem formula extat: & Paulus in ea formula interpretatur *actioem*, esse in personam actionem: petitionem in rem actionem: persecutionem, extraordinariam actionem, ut l. 178. eod. tit. adjecit & actionis verbo sæpe persecutionem contineri: actionis scilicet verbum & generale esse, & speciale, quod etiam ait d. l. 178.



JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XXV. PAULI AD EDICTUM.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. Si mens. fals. mod. dixerit. *Vel per litteras.*
Ad §. Sed si ego tibi, cum esses mensor mandaverim, ut mensuram agri ageres: & tamen id Titio delegaveris, & ille dolo malo quid in ea re fecerit: tu teneberis: quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti.

EX Lib. XXV. supersunt quatuor leges, quæ pertinent ad actionem in factum, quæ datur in Geometram, sive agrimensorem ex edicto prætoris, qui dolo malo, aut lata culpa, quæ semper in jure dolo malo comparatur, falsum modum renuntiaverit. Solentque ii adhiberi sæpe in judicio finium regundorum, vel à iudice ipso, vel à vicinis, sive affinibus, qui inter se jurgant de finibus, l. 4. §. sed est mensor, l. 8. §. ult. fin. reg. Et in contrahenda quoque emptione, & venditione, quotiens emptor, aut venditor agri, qui venit, modum agri scire cupit, quoniam pro modo agri pretium constituitur. Adhibentur ergo Geometræ, sive agrimensores, ut quis sit modus, quæ mensura agri, de quo agitur ex fide bona referant, vel ut agrum discernant, disterminent, sive delimitent, ac suis restituunt limitibus, non ut assignent ullum locum. Assignare est iudicis cognoscentis de modo finium regundorum, non agrimensoris. *Agrimensor*, inquit Aggenus Urbicus de limitibus constituendis, *assignare nullo modo potest, nisi sacra fuerit præceptione firmatus*, id est, nisi jus assignandi à principe acceperit. Hac vero in re, si quem mensor fraudaverit, in eum ex hoc edicto datur actio in id, quod interest: Basilica, in duplum, forte, quia in casibus certis æstimatio ejus, quod interest non potest duplum excedere, l. cum & forte, de act. emp. l. un. *C. de sens. que pro eo, quod inter.* Denique in mensorem, qui non ex fide bona dolo malo modum agri renunciavit, ex hoc edicto datur actio in id, quod interest. Et non tantum si per

A a se

se mensuram falsum modum dolo malo dixerit, & renuntiaverit, sed si per nuntium, vel per epistolam, ut Paul. noster ait in l. 2. eod. tit. Quin etiam, ut ait, si ego mensori mandavero, ut agrimensuram ageret, & non egerit eam ipse, sed hoc negotium Titio demandaverit, delegarit, & Titius in ea re quid dolo malo fecerit, actio est ei, cujus interest adversus priorem mensorem, quia dolo malo verfatus est, qui tali homini hanc rem credidit, forte & quia ipse adversus illum hominem eo nomine agere potest mandati judicio, ut l. 8. §. si quis mandaverit, mand. si quis, inquit, mandaverit, ut mensuram agri ageret, ut Plinius eleganter initio libri secundi: Quasi vero, inquit, mensuram ullius rei agere possit, qui sua nesciat. Hac autem actio, quæ in mensorem ex hoc edicto competit, est perpetua: quamvis non nisi dolo mensoris interveniente competat: ut & limititer dicitur de actione tributoria, l. 8. de tribut. act. eam esse perpetuam, quamvis non nisi dolo interveniente competat. Hac igitur actio est perpetua. Hoc est valde novum, ut sit perpetua, quia non solent actiones prætoris esse perpetuæ, sed annales tantum, quia & prætura annalis fuit magistratus, §. 1. Instit. de perpet. & temp. action. Et maxime annales sunt actiones prætoris, quæ dolum puniunt, quia ex delicto dari videntur, licet non poenæ, sed rei tantum, id est, ejus quod interest persecutionem contineant, ut primum est dicere ex leg. 9. quod fals. tutor. act. & l. 8. de alienat. judic. mut. causa, hæc actio dolum punit, l. 1. §. hæc actio, hoc tit. Qua ratione etiam non datur in heredem mensoris, & adversus dominum, cujus servus falsum modum dixerit, est noxalis, non de peculio, l. 3. §. penult. & ult. hoc tit. sed tamen est perpetua, quia prætor in edicto nominatim eam anno utili non circumscriptit, ut solet cæteras actiones: Quare æstimavit eam esse perpetuam.

Ad L. IV. eod. Hæc actio perpetua est: quia initium rei non à circumscriptione, sed à suscepto negotio originem accipit.

Idem esse perpetuam Paulus ait in l. 4. quia initium rei non à circumscriptione, sive dolo malo mensoris, sed à suscepto negotio, id est, ex contractu originem accipit. Contrahitur enim cum mensore mandatum sæpenumero, l. 2. & 3. in princ. hoc tit. cum illi mandamus, ut agrimensuram ineat, & ille se initurum suscipit, vel contrahitur cum illo locatio conductio, palam & sine rubore constituta mercede certa pro vicissitudine laboris, sive operæ mensoris, ut l. 4. §. sed si mensor, fin. regund. l. 1. §. penult. hoc tit. Sunt enim plerique Geometræ ita sordidi, ut non nisi mercede interveniente intervenire velint: atque adeo, quasi locata sua opera, non erubescant actione ex locato conventam sibi mercedem præstari desiderare. Alii sunt honestiores, qui beneficii loco, ut ait lex 1. hoc tit. operam præbent, & si quid datur, accipiunt, non tanquam mercedem, sed tanquam ἀντιδωρον, honorarium, vel salarium: salarii appellatio honestior est, quam mercedis, & eadem, quæ honorarii, sive honoris prorsus: neque etiam id sibi dari, si promissum fuerit, petunt, veluti ex locato, sed per prætorem, aut præsidem, non per judicem datum jure ordinario, ut & alii quoque mandatarii: nam & mandatum sui natura gratuitum est, sibi constitutum honorem, sive salarium extra ordinem petunt, l. salarium, mand. Causa igitur, & prima origo dandæ hujus actionis adversus mensorem, qui falsum modum dixit, proficisci videtur ex negotio gesto, ex contractu: & ideo prætor non facit illam annalem. Eademque ratione significatur l. 3. §. ult. hoc tit. tentari posse, si servus dolo malo falsum modum dixerit, qui ignorat hanc artem, in dominum ejus dari civilem actionem mandati, vel ex conducto, non in solidum, sed de peculio potius, quam noxalem, quasi scilicet hæc actio sit ex contractu potius, quam ex delicto. Actio noxalis datur ex delicto servi, actio de peculio e.: contractu servi, l. 1. §. cum unus, de his, qui deject. Tentari quidem hoc posse. Verum servi nomine placeat magis ex hoc edicto noxalem, quam de peculio com-

petere actionem, dicta l. 3. §. ult. Competit quidem de peculio, sed magis noxalis competit, quam de peculio. Atque ita evenit, ut quasi duplex sit facies hujus actionis, quod & in ea admodum singulare est: & modo scilicet spectetur quasi orta ex contractu, ut sit perpetua, maxime quia prætor in edicto eam, ut cæteras solet, non circumscriptit anno utili. Item ut servi nomine, sic de peculio, si is, cujus interest, hac actione potius, quam noxali, quæ magis ei competit, experiri malit: modo autem quasi orta ex delicto, & concepta in dolum malum, ut servi nomine sit noxalis, & ut in heredem mensoris non detur. Et hoc utique tunc servabitur maxime, si neque locatio, neque mandatum intercesserit, ut si mensor à judice adhibitus fuerit, & dolo malo falsum modum dixerit in fraudem ejus, ad quem ea res pertineret, ut l. 3. §. idem Pomponius, hoc tit. quia qua in specie mensor, quem judex adhibuit, & quem pars nulla rogavit, nihil negotii gessit cum partibus. Denique in ea specie nulla alia potest esse causa actionis, quam dolus malus. Alias si contractus intercesserit, quasi orta ex contractu videtur etiam in heredem competere, tamen si dolus intervenerit: nam illud notissimum est, ex contractibus actionem dari in heredes, etiam si in eis delictum verteretur, dolus malus interveniat, atque is etiam interfit, l. ex depositi, de oblig. & act. Retro autem quasi orta ex delicto annua potius esse videtur, quam perpetua, & tamen obtinuit eam esse perpetuam. Denique hæc actio faciem habet variam, ad omnium actionum speciem. Et hoc in ea proprium, ut dixi, & singulare est.

Ad L. VI. eod. Sive de itineris latitudine, sive de servitute immittendi projiciendique queratur, sive aream, vel tignum, vel lapidem metiendo mensurus fuerit.

Orro eidem libro Pauli vulgo tribuitur lex 6. h. tit. ceterius, ut memini me dicere, quam in Florentinis, libro superiori. In qua Paulus ostendit, hoc edictum pertinere non solum ad agrimensorem, sed etiam ad quemlibet mensorem alterius rei, veluti mensorem frumentarium, qui in l. 3. §. ult. hoc tit. significatur his verbis: qui in frumenti mensura sefellerit, quod non est, si falso modo, aut falso rutello usus fuerit, quoniam hic gravius punitur: sed si justo usus modio falsam mensuram renuntiaverit, non de falso commisso ex hoc edicto agitur, sed de falso renuntiato: non de falso, sed de recto mendacio, quæ species una est doli in jure plectendi, multæ sunt, & variæ actiones, multa judicia. Idemque erit si mensor de latitudine itineris, aut viæ, cum de modo ejus quæreretur inter vicinos fundos, uno pleno & libero, altero debente viam, aut iter, mentitus fuerit, latiore forte eam esse renuntians, quam revera sit: item si adhibitus metiendæ areæ, vel metiendo lapidi, metiendæ columnæ, aut metiendo tigno forte immisso, moenianove projecto in vicini ædes, cum esset ei immissioni, vel projectioni ex conventionione vicinorum dictus certus modus, ille falsum modum renuntiavit. Et hoc vult lex sexta.

Ad L. XXVIII. de Fidejussoribus. Si contendat fidejussor ceteros solvendo esse: etiam exceptionem ei dandam, si non & illi solvendo sint.

Hæc lex ait, unum ex pluribus fidejussoribus ejusdem rei, pecuniæve conventum in solidum, quod sit recte, quia ipso jure singuli tenentur in solidum, si ceteri fidejussores solvendo sint, etiam hac exceptione se tueri posse, si non & ceteri fidejussores solvendo sint, per quam exceptionem hoc consequitur, ut etsi conventus sit in solidum, duntaxat damnetur in virilem portionem, atque ita fruatur beneficio divisionis, quod dedit epistola D. Adriani. Idemque videtur dici posse de pluribus mensuris, quibus quis mandaverit, ut mensuram agri agerent: Nam & debitor pluribus fidejussoribus mandat ut fidejubeant. Denique & mensores, & fidejussores sunt mandatarii. Ut item fidejussores singuli ipso jure tenentur in solidum: Ita & mensores singuli, si verum modum non renuntiaverint, l. 3. in princ. si mens. fals. mod. dix. Et forte, quod maxime notandum, sicut

si ut pluribus fidejussoribus aut mandatariis adversus eos, quibus se pro aliis obligaverunt, si omnes solvendo fuerint litis contestandæ tempore, beneficium dividendæ actionis datur ex epist. D. Adriani. sive D. Pii: ita etiam adversus eos, pro quibus intervenerunt, quibus ipsi sunt mandatarii, si qua ex causa ab eis conveniantur, idem beneficium datur, ut innuit *l. creditor, §. duobus, mand.* quæ dicit, si duo sint mandatarii, & conveniantur ob rem mandatam non bene gestam, competere quidem in singulos actionem in solidum, sed ab utroque non esse exigendum amplius debito. Aliud est conveniri, aliud exigi: singuli conveniuntur in solidum; ita est, at singuli non exiguntur in solidum, quia bona fides non patitur ut bis idem actor ferat: singuli ergo exiguntur tantum in partes viriles. Et similiter pluribus mensuris, quibus mandatum erat, ut metirentur agrum, conventis in solidum ex hoc edicto actione in factum ob causam renuntiati falsi modi, si omnes solvendo sint litis contestandæ tempore, idem beneficium divisionis eis datum videtur: ac proinde uni convento in solidum danda esse videtur illa exceptio, si non & cæteri solvendo sint. At quaeritur quid in hac *l. 28.* faciat ille articulus *etiam*, aut quo referatur? habet enim vim ἀναφορικήν, vim relativam: Et puto hanc esse mentem Pauli: Beneficio epistolæ D. Adriani unum ex fidejussoribus conventum in solidum, & vocatum in jus ad prætorem, ubi ut *Marc. Tull. ait 2. de invent. actiones*, & exceptiones postulantur, & quodammodo agendi potestas datur, & omnis exceptio privatorum judiciorum constituitur: agitur ad plenum apud judicem, quem prætor dederit, sed & quodammodo prius agitur apud prætorem, quum ab eo actiones, & exceptiones postulantur. Unum igitur ex fidejussoribus vocatum in jus ad prætorem, & appellatum de exsolvendo solido, non tantum allegato beneficio epistolæ Divi Adriani, à prætore impetrare posse, ut in se pro parte tantum virili detur actio, ut in *l. si testamento, §. quod si duo, hoc tit. §. si plures, Instit. eod.* Sed etiam actione in se concepta in solidum impetrare posse, ut ei actioni adjiciatur exceptio, si non & cæteri solvendo sint, ut *l. inter eos, §. 1. eod. tit.* Opus est hac in re prætoris auxilio, qui dividat actionem, vel actioni datæ in solidum subjiat modum illum, si non & cæteri idonei solvendo sint, quia obligatio inter fidejussores ex epistola Divi Adriani ipso jure non dividitur, *l. 26. hoc tit.* Itaque prætoris interventu opus est.



JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XXVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad *L. X. ad Exhibend.* Si optione intra certum tempus data, judicium in id tempus extractum est, quo frustra exhibetur, utilitas petitoris conservetur. Quod si per heredem non stetit, quo minus exhiberet tempore judicii accipiendi, absolvendus est heres.

LIBRO XXVI. ad edictum Paul. tractavit de actione ad exhibendum, quæ præcipue comparata est propter vindicationem, ut ait *lex 1. ad exhib.* nempe ut ubi hujus judicii potestas res, de qua agitur, in medium prolata, & exhibitæ fuerit, postea vindicetur, *l. 2. Commod. l. in rem, §. Item, quæcumque, de rei vindic. l. pen. Depos. l. 3. §. si ipse testator, de tabul. exhibend.* Et hoc ideo, quia vindicatio olim fiebat in re præsentis, sicut & nuntiatio novi operis, quæ non minus quam exhibitio, velut gradus quidam, & præparatio est ad vindicationem. Nunc mos ille mutatus est: Nam sive ager, sive quæ alia res vindicetur, recte vindicatur, etiam re non præsentis. Inde vero Ulpian. in *l. 2. de crimin. expil. hered.* ad exhibendum agere eum, qui vindicaturus rem sibi exhiberi desiderat. Rem scilicet mobilem, vel animalcem, quæ & ipsa mobilis dicitur: nam

Tom. II. Post.

(quod nescio an ignoretis) actio ad exhibendum pertinet tantum ad res mobiles, *l. ad rem mobilem, de procuratoribus.* De rebus immobilibus non agitur ad exhibendum, quia ipsæ se exhibent satis, nec celari, aut occultari possunt. Quoquo autem modo quis rem mobilem vindicaturus sit, ea de re exhibenda prius agere solet: quoquo modo, inquam, eam rem vindicaturus sit, quod ideo dico, quia plura sunt vindicationum genera. Vindicatio proprietatis per actionem in rem: Vindicatio ususfructus per actionem confessoriam: Vindicatio pignoris per actionem hypothecariam: Vindicatio possessionis per interdictum utrobi. Et ex his quidem generibus vindicationis, quoquo modo rem mobilem vindicaturus sis, recte prius de ea exhibenda agis. Inter hæc genera vindicationum, non numeravi vindicationem servitutis prædii rustici, vel urbani, quæ etiam per actionem confessoriam intenditur, quia propter vindicationem servitutis non agitur ad exhibendum. Cur ita? nimirum quia servitus consistit solummodo in rebus immobilibus, id est, prædiis urbanis, vel rusticis, quæ seipsæ exhibent satis. Ergo actio ad exhibendum pertinet competitve tantum ei, qui rei mobilis proprietatem, aut ususfructum, aut pignus, aut possessionem vindicaturus est, qui scilicet suam, vel sibi pignoratam rem mobilem, vel ejus ususfructum, vel possessionem suam esse contendit, *l. 3. §. est autem, ad exhib.* Qua autem ratione vindicaturus datur actio ad exhibendum, nempe ut exhibitam rem mox vindicare possit, eadem & is, cui optio servi ex universa familia testatoris per vindicationem legata est, si servum optare velit, agere potest ad exhibendum, ut exhibitam omni familia defuncti vindicare possit servum, quem volet, *l. 3. §. item si optare, ad exhib. l. 3. & 8. §. ult. de opt. leg. l. si vendid. §. si ad exhib. de furt.* Et ad hunc casum pertinet *l. 10. ad exhib.* quam primum ex hoc libro interpretari constitui. Ejus species ponenda est ad hunc modum. Testator mihi legavit optionem servi, quem optarem intra diem certum his verbis: *hominem unum ex familia mea optato, eligito intra diem tricesimum*, videlicet à die aditæ hereditatis: nam ante aditam hereditatem, id est, antequam sit aliquis, qui familiam exhibeat, servus optari non potest, *l. 16. de opt. leg. l. 10. de leg. 1.* Accidit autem post aditam hereditatem, ut dies, intra quem mihi optio servi data erat, mihi improvido, & imprudenti elaberetur, priusquam agerem ad exhibendum, dum me interim forte ludificatur heres, & qualibet tergiversatione, & solertia efficit, ne cum ipso agam ad exhibendum, *l. 23. §. ult. & l. seq. ex quib. caus. major.* Denique heres solertia sua eo rem perduxit, ut nunc frustra mihi sit familiam exhibiturus, quia tempore amissi jus electionis, *l. 28. §. 1. de verb. sign.* quæ ait occasione adquirendi non uti eum, qui hereditatem non adiit intra diem cretionis, vel qui optionem intra certum tempus datam non amplectitur. Tempore igitur optio amittitur: quamobrem heres mihi eo nomine tenetur actione ad exhibendum incerti, id est, in id quod interest, id est, ut mihi præstet utilitatem amissæ optionis ob id, quod judicium ad exhibendum extraxit, sciens dolo malo, quoad dies optionis exiret. Et hoc est, quod ait Paulus, utilitatem petitori esse conservandam, id est, utilitatem legati, quam amisit legatarius, sive lucrum legatario interceptum dolo, aut culpa heredis, ut *l. prox. §. ult. sup.* Quæ tamen amissio, sive interceptio lucri etiam damno heredis deputatur, *l. seq. in princ.* Damnum autem est non tantum, si quid patrimonio nostro decedat, quod tamen proprie damnum dicitur à demptione, ut Varro, & Paulus ipsæ scribunt, sed etiam si quid patrimonio nostro non accedat, si frustremur optato, id est, sperato, delato, emolumento aliquo. Nihil quidem amittit, nihil alienat de suo, qui rem alienam, quæ sibi deferebatur, non acquirit, sive id suo vitio, sive alterius contingat, *dl. 28. de verb. sig.* amittit tamen spem lucri, & spei etiam damnum, & amissio est: & ut species lucri est spe frui sperata, & animi sui desiderium explere, ut Græci notant recte ad *l. 1. C. de hered. tut.* his verbis: *κερδος ἐστὶν ἢ τῶ σπορῆ ἀποωληρωσις*, & notat idem Acc. noster in *l. pen. de condit. cau. data caus. non seq.* ita species damni est non consequi quod sperabamus,

A 2 2

& hu-

& hujus etiã damni ratio habetur in actione ad exhib. id est, iudicio ad exhibendum, quæ in id, quod interest concluditur. Id autem quod interest, non tam est, quod petitor lucrari potuit, quam quod ei demptum est, l. si commissã, rem rat. bab. l. 2. si mul. venr. nom. in possess. missis sit, non tam quod habere potuit, quam quod per adversarium amisit, l. 78. de reg. jur. Et hæc quidem, si heres dolo malo extraxerit iudicium ad exhib. in id tempus, quo frustra familiæ exhibitio fiat, atque ita effecerit, ne interim iudicium illud acciperet. Sed si heres, ut additur in extremo legis, nihil fecerit, quo minus iudicium acciperet, & iudicii accipiendi tempore rem, qua de agitur, exhibuerit, sane tunc absolvendus est. Et hæc est species, & sententia hujus leg. Ex qua inter cetera intelligitur excludi ab optionis legato eum, qui intra diem optionis non optavit, etiam si per eum non steterit, quo minus optaret, sed per adversarium, id est, per heredem, quod prima specie iniquum videtur, & pugnat omnino cum l. intra utile tempus, de minorib. quæ lex ostendit, eum, qui ætatis beneficio cepit petere restitutionem in integrum, nec causam peregit intra tempus legitimum, excludi quidem à beneficio restitutionis in integrum, si per eum steterit, quo minus causa perageretur, ut in l. Papinian. §. ult. eod. tit. non etiam si per adversarium. Unde queritur, cur tantum in specie proposita, si per adversarium, id est, per heredem steterit, quo minus legatarius optaret intra tempus à testatore præscriptum, à jure electionis legatarius excludatur? Et ut breve faciam, mihi quidem vera ratio diversitatis videtur esse, quoniam in hac specie nondum se legatarius ad optandum comparaverat, nondum egerat de exhibenda familiã, atque ita per eum non steterat, quo minus optaret intra tempus constitutum dum obaudit nimis cunctationibus heredis. At in specie *Lintra*, jam minor inchoaverat causam restitutionis in integrum, & de ætate sua probaverat, atque de circumscriptione decreto prætoris, vel prælidis intra tempus legitimum, atque ideo non est æquum, ut ab ea summoveatur ob id, quod dolo malo adversarii negotium extractum sit in id tempus, quo causa perimi solet. Eadem ratio est l. 17. de excusat. tur. si tutor datus, cui ad probandam excusationem, quam allegavit, ut tutelæ onere liberetur, præstituti sunt quatuor menses, cum jam institueret probare excusationem, mora contradictoris, id est, τὴν ἀντιδικίαν, ut in Basilic. mora adversarii, mora contradictoris, impeditus sit, quo minus excusationem allegatam probaret intra quatuor menses, atque ita decreto prætoris, vel prælidis liberaretur, etiam post id tempus, id est, quatuor menses ad excusationem probandam, & exequendam admittitur. Denique cessantibus obstat præscriptio temporis, non etiam non cessantibus, & culpa vacantibus, l. contra, C. de inoff. test. & ideo non possis recte speciem ponere ad hanc legem, legatarius, cui optio data erat ad certum tempus, egisse cum herede ad exhibendum, & heredem jussu à iudice exhibere familiam, traxisse exhibitionem usque dum dies optionis exiret. Nam & hoc casu legatarius non amitteret jus optionis. Et verba quoque hujus legis hanc speciem non ferunt, quæ iudicium heredem extraxisse dicunt, ne ex eo lis contestaretur, dum id accipere detrectat: exhibitionem autem post iudicium acceptum, id est, post litem contestatam, heredem extraxisse. Ne igitur hujus legis hoc modo ponatur species, alioqui pugnet & cum *Lintra*, & refragaretur manifesta ratio æquitatis, sed ponatur, uti à me initio posita est.

Ad L. XII. ad Exhib. De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.

Ad §. Et filius familias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibenda habet.

Ad §. Sæpius ad exhibendum agenti, si ex eadem causa agat, obstat exceptionem, Julianus ait. Novam autem causam intervenire, si is, qui vindicandi gratia egisset, post acceptum iudicium eam ab aliquo accepit, & ideo exceptionem ei non officere. Item si ei, qui furti acturus, ad exhibendum egisset, iterum furtum factum sit. Denique si quis optandi gratia ad exhibendum egisset, & post litem contestatam, alterius testa-

mento optio data sit, ad exhibendum agere potest.

Ad §. Si quis ex uris meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cum scires hæc aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra sit, nostrum esse verius est.

Ad §. Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo, & culpa possessoris, tamen interdum tantum damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc, cum iudicium acciperetur, homo exhiberetur. Tanto magis si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.

Ad §. Si iusta ex causa statim exhiberi res non possit, iussu iudicis cavere debet, se illo die exhibiturum.

Ad §. Heres, non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest. Item heres possessoris suo nomine tenetur. Igitur non procedit querere, an heredi, & in heredem danda sit. Plane ex dolo defuncti danda est in heredem hæc actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit, veluti quod pretium rei consecutus sit.

Diximus heri ad leg. 10. quæ quidem iudicium ad exhibendum præparatorium esse docet vindicationis cujuscunque, præterquam vindicationis servitutum: quo magis enim quæque res mobilis vindicari possit, vel jus, quod in ea re habemus, exhibenda est. Et ideo si quis vindicaturus sit proprietatem, siue usumfructum rei mobilis, siue hypothecam, æque rei mobilis, aut possessionem, similiter eum prius iudicio ad exhibendum experiri oportet. Itemque eum, qui optaturus sit, optione sibi testamento data, & mox quod optaverit vindicaturus. Addamus dari etiam actionem ad exhibendum ei, qui noxali actione servi nomine cum domino acturus sit, nimirum ut universa familia exhibeatur, ut ipse possit servum, qui sibi noxam nocuit, destinare, & designare, l. 3. §. si quis noxali, hoc tit. & l. 12. §. sæpius, illo loco: Item si ei, qui furti acturus, noxali scilicet, quia qui agit noxali actione servi alieni nomine, forsitan iussu prætoris, domino non solvente æstimationem damni, eum servum ducturus, & sibi vindicaturus est; atque ita & hoc casu actio ad exhibendum quodammodo datur vindicandi causa. Addamus etiam ex principio l. 12. quæ nunc interpretanda est, actionem ad exhibendum dari ei, qui aliquem in libertatem vindicaturus est. De eo, inquit, exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest. Ergo adsertori hanc actionem dari posse, qui scilicet liberum hominem, qui ab alio tanquam servus possidetur, liberali manu in libertatem vindicaturus est, ut is, scilicet homo exhibeatur, ac deinde adseratur in libertatem. Plerumque autem fit, ut servi testamento manumissi ab herede, tanquam servi hereditarii possideantur, quos publice interest à quolibet posse in libertatem vindicari. Quod & jure permissum esse Institutiones docent in titulo de iis, per quos agere possumus. Et Titus Livius libro 3. In his, inquit, qui adseruntur in libertatem, quilibet lege agere potest. Et inde libertas publica res dicitur, & libertatis publica tutela, l. 2. ne de statu defuncti. l. si quis rogatus, de fideicommiss. libert. Et huic quidem loco, id est, initio hujus leg. 12. coaptari velim quod ex eodem libro est in l. 31. de manum. test. si ex pluribus eodem nomine servis unus liber testamento esse iussus, non appareat qui sit, si ex pluribus Stichis, Stichum esse liberum iusserit, nec appareat, de quo senserit, nullum esse liberum. Ac proinde hoc casu de nullo ex servis exhibendo, ut adseratur in libertatem, agi posse iudicio ad exhibendum: quod obtinet non tantum in directa, sed etiam in fideicommissaria libertate testamento relicta, l. si quis de plurib. de reb. dub. In utraque enim libertate eadem ratio viget, quia probatio defi. it, non jus, l. duo sunt Titii, de tutel. Porro, quod ait hoc loco, de eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, actioni ad exhibendum locum esse, pugnare videtur l. seq. 13. in qua dicitur (exponam ejus sententiam) de libero homine, qui ab aliquo detinetur dolo malo, non agi ad exhibendum, subjecta hac ratione, quod hæc actio tantum detur ei, cujus pecuniariter interest. Recte vulgo, pecuniariter, & Basil. χρηματικῶς, ut

ut & l. ult. de privat. delict. Male Florentini peculiariter, quo tamen modo & Baldus, & Odofredus legunt: cujus, inquam, pecuniariter interest, id est, qui persequitur quod sibi ex patrimonio suo, pecuniave sua, quæ pro patrimonio accipitur, abest, quodve patrimonio suo, quod rei pecuniaræ, reive suæ familiari accedere potuit. Liber autem homo non potest in cuiusquam patrimonio, vel pecunia esse, atque adeo nec patrimonii, nec pecuniæ nomine liber homo continetur, etiamsi sit in potestate nostra, veluti filius. Sed si ab aliquo quocunque liber homo detineatur, licet de eo exhibendo non possit agi ad exhibendum, quia nihil pertinet ad pecuniam nostram, cuilibet tamen adversus eum, qui dolo malo detinere dicitur, competit interdictionum populare de libero homine exhibendo. Nemo enim prohibendus est libertati favere, l. 3. §. hoc interdictum, de lib. hom. exhib. Hæc est sententia l. sequent. quæ nihil omnino pugnat cum initio hujus l. 12. Nam hoc loco agitur de eo, qui cum in possessione servitutis esset, id est, cum ab alio possideretur, ut servus proprius, vindicatur in libertatem: hoc, inquam, loco agitur de eo, qui ab alio possidetur ut servus, quique ab illo suus dicitur esse servus, quem quis in libertatem vindicaturus est, quo casu ei competit actio ad exhibendum, quia etsi non privatim, tamen publice interest adsertores quoscunque libertatis audiri. Cessat autem hoc casu interdictum de libero homine exhibendo, l. 3. §. plane si dubitat, de lib. hom. exhib. Igitur locum habet actio ad exhibendum, non interdictum de libero homine exhibendo. Cur ita? Nempe, quia interdictum illud redditur de eo tantum, quem constat esse liberum, cuique nemo facit controversiam status, adversus eum, qui tamen illum dolo malo retinet. Et de hoc quidem agitur in l. seq. quem scilicet pro certo liberum esse constat, non de eo, cui sit controversia status, de quo initium hujus l. 12. De hoc, cui sit controversia status, quique tanquam servus ab alio possidetur, cuilibet competit actio ad exhibendum, & vindicatio in libertatem, non interdictum de libero homine exhibendo. Contra vero de illo, cui non sit controversia status, qui tamen retinetur dolo malo, competit interdictum de libero homine exhibendo, non actio ad exhibendum: qua distinctione nihil est evidentius. Et hinc manifestum fit, quam male Acc. ad initium hujus l. ex l. seq. quæ longe alia de specie est, suppleat hæc verba, quando pecuniariter interest, non alias, inquit. Nam & si pecuniariter non intersit propter adsertionis publicam causam, locus est actioni ad exhibendum. Hinc etiam patet, quam perperam idem Acc. hujus l. initium coangustet ad filiosfam. quem pater ex jure Quiritium vindicaturus sit, ut l. 2. §. per hanc, de rei vindic. vel ad libertum, cui patronus operas indicere velit, §. exhibitoria, Institut. de interd. Nam & de quolibet alio libero homine, qui ut servus ab alio possidetur, cuilibet adsertori datur actio ad exhibendum. Et de filiosfam. aut liberto alieno, quem quis detinet, nec tamen servum suum esse dicit, proculdubio non datur actio ad exhibendum, sed interdictum duntaxat de liberis exhibendis, aut de filiosfam. exhibendo, aut de liberto exhibendo.

AD §. I. Sequitur in §. I. hujus l. Et filiosfamilias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendæ habet. Hoc dicitur ad differentiam servi, cum quo etiam si alienæ rei exhibendæ facultatem habeat, non est actio ad exhibendum, sed cum domino ejus, qui eam rem possidet, vel tenet per servum, l. 16. inf. hoc lit. Generaliter enim proditum est, cum servo nullam actionem esse, servum hominem causam nullam agere posse, l. cum servo, de reg. juris. At cum filiosfam. etiam extra causam castrensis, vel quasi castrensis peculii quælibet actio est. Ergo & actio ad exhibendum, etiamsi ipse rem alienam non possideat, sed per ipsum pater, si modo ejus rei exhibendæ facultatem habeat: nam ut eo tandem recursum est, actionem in rem dari adversus omnes liberos homines, qui rem alienam tenent, licet eam non possideant, si modo ejus rei restituendæ facultatem habent, l. officium, de rei vindic. ita placet liberum hominem sive sui, sive alieni juris sit, teneri

actione ad exhibendum, si modo rei exhibendæ, & restituendæ facultatem habeat. Patrem quoque eadem actione teneri placet, si ea res non sit ex castrensi peculio filiosfam. l. ex cast. §. ult. de cast. pec. Patrem teneri, quia possidet per filium; filium teneri, quia potest exhibere. Sed si egerit quis adversus filium, & rem ab eo exhiberi petierit; deinde idem petat à patre, repelli potest exceptione rei judicatæ. Et in hanc rem recte potest duci in argumentum l. si mater, §. si quis hominem, de excep. rei judic. quæ idem statuit in actione in rem, à qua semper recte ducitur argumentum ad actionem ad exhibendum, & ex ea vicissim ad illam. Illud constat ex §. sepius, qui sequitur.

AD §. Sepius. Adversus eundem si quis sepius agat ad exhibendum ex eadem causa, si priori judicio non obtinuerit, obstat exceptionem rei judic. quia rursus agit ex eadem causa, l. si quis ad exhib. de excep. rei judic. sed si ex nova causa agat, non obstat exceptionem, quod in hoc §. tribus exemplis planum fit. Primum est hujusmodi. Is, qui egit ad exhibendum proprietatis vindicandæ gratia, quæ sua non erat, si post litem contestatam, ejus rei, quam exhiberi desiderat, proprietatem adipiscatur, vel adeptus fuerit, quamvis priore judicio non obtinuerit, posteriori judicio quasi ex nova causa adquisiti dominii utiliter experietur, vel ei obstat exceptio rei judicatæ. Item, quod est secundum exemplum, is, qui optandi gratia ad exhibendum egit, cum ei esset optio data à non domino, si post litem contestatam testamento domini ei optio data eodem herede instituto, quamvis priori judicio non vicerit, recte agat posteriori de eadem re, quia agit ex nova causa, nec ei obstat exceptio rei judicatæ. Item, quod est tertium exemplum: Si quis acturus furti actione noxali, egerit ad exhibendum, nec obtinuerit, & interim furtum ei ab eodem servo factum sit, ejusdem rei iterum agenti ad exhib. non obstat exceptio rei judicatæ, quia ex nova causa, ex novo furto agit. Idemque dicendum (quod notandum) si inter moras prioris judicii, cujus forte iusta causa non erat, ante rem judicatam alia justior causa nova supervenerit, quam nunc in illud judicium actor introducere velit: nec enim ei obstat exceptio iudicii instituti ex alia causa, quod verba etiam hujus §. sepius, omnino perscrutari videntur. Et sane si pendente judicio, quod quis forsitan temere instituit, nondum finito, mutare licet actionem, l. 4. §. ult. de nox. action. l. hujusmodi, §. qui servum, in fi. de leg. 1. l. 3. C. de eden. §. si quis aliud, Instit. de act. & multo magis causam ejusdem actionis mutare licet. Cæterum alia interpellatione, admonitione opus est, l. non potest, de judic. l. Anteus, in fi. de aq. plur. arc. & C. Abbas, de sent. & re judic. lib. 6. Post hæc quaeritur (& hic erit finis) in §. si quis ex uvis, aut ex occasione ejus §. quaeritur: Si tu ex mea materia tuo nomine bona fide, (hæc omnia expendenda sunt, quæ quaestio est frequens, & à me explicabitur meo more) novum corpus, novamve speciem aliquam feceris, veluti ex meis uvis vinum, ex meis olivis oleum, ex mea lana vestimentum, ex meis tab. navem, ex meo argento scyphum, cujus sit ea species, atque adeo cui ejus vindicandæ causa competat actio ad exhibendum, mihi, qui materiam dominus fui, an tibi, qui fecisti speciem? Et notum est ex l. 7. §. cum quis, de acquir. rer. dom. quod relatum est in Institution. hac in re fuisse controversiam inter Sabinianos, & Proculianos. Nam Proculiani existimabant, eum esse dominum, qui fecisset, hac ratione, quia fecit, ut ea species esset in rerum natura, quæ antea nullius erat: ob id ipsum, quia nec ipsa erat, l. 3. §. pen. de acquir. possess. Et hoc ipsum Proculiani asserabant indistincte, id est, rerum, quæ confectæ essent, ex aliena materia nulla distinctione facta, & in eo peccabant, quod non distinguerent res à rebus, species à speciebus, corpora à corporibus. Contra Sabiniani, qui tamen & ipsi peccabant in eodem, quod nullam facerent distinctionem rerum, indistincte existimabant, eum, qui materiam dominus esset, & speciei ex ea confectæ dominum esse, hac ratione (juvat excutere rationem) quia ut refertur in d. §. cum quis, sine materia nulla species effici potest. Quæ tamen ratio quodammodo retorqueri possit, quia & sine specie materia

ria coherere nequit. Species enim, formave indita materiz, est vis, qua materia continetur. Et apertior est ratio Pauli in hoc §. *quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est, id est, æquius est.* Quam tamen rationem locum habere Paulus vult in eo tantum, qui mala fide, & (locus est singularis) sciens esse nostram materiam, ex ea speciem fecerit: sed, si quis bona fide fecerit, ad quem casum initio instituta quæstio pertinet, eandem rationem Proculiani non admittebant, nec admisit etiam Paul. qui in hoc §. eam aptat, sive accommodat ad eum duntaxat, qui mala fide fecerit. Eum igitur, qui bona fide ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex aliena arbore navem, vestimenti, & navis Paulus arbitratur esse dominum, & recte, quia ut idem scribit in *l. sed si ex meis, de adq. rerum dom.* facto vestimento lana prorsus extinguitur, adeo ut nec ex vestimento lana rursus fieri possit. Extincta igitur plane materia est, & superest corpus laneum, non lana. Et similiter nave fabricata, cupressus, aut pinus, aut larix, aut abies, ex quibus arboribus naves conficiuntur, penitus extinguitur, & restat tantum cupressum, aut pineum, aut abiegnum corpus. Eademque ratio est, si quis ex alienis vuis, aut olivis vinum, aut oleum confecerit, quia vuz, aut olivæ perierunt, nec restitui possunt: In omnibus igitur his rebus verum est corporis confecti ex aliena materia, quæ ita penitus extincta sit, eum esse dominum, qui confecerit, non eum, qui materiz dominus fuerit. Verum auctore Cajo non eadem ratio est, si quis ex alienis spicis frumentum excusserit, quia licet spicæ esse deserint excusso frumento, qui tamen excussit frumentum, novam speciem non fecit: sed grana, quæ suam speciem perfectam habebant, eduxit tantum è gluma, & folliculo. Et ideo Cajo existimat ejus esse frumentum, cujus & spicæ fuerunt, quia qui excussit, non fecit novam speciem. Item si quis ex alieno argento vas conflaverit, hoc casu, quia argentum manet, & rursus vase conflato in priorem massam reverti potest, dicimus eum etiam esse dominum vasis, qui & argenti dominus fuerit juxta definitionem *l. 24. de adq. rer. dom.* Et hac adhibita distinctione rerum sic fit, ut Sabini sententia tantum valeat in vase facto ex aliena materia, ex alieno argento, & in frumento decusso ex alienis spicis, non in cæteris rebus. Utrique, ut dixi, peccaverunt, quod non distinguere res à rebus. Itaque ut jam pridem ostendi, hodie non sequimur, quod ex Sabini sententia schola, ex qua prodiit Mutius, scribit in *l. Mutius, de rei vind. Navem ædificatam ex aliena arbore, ejus esse, cujus fuit arbor.* Hoc non est verum, quia arbor disperit. Ejus igitur est, qui navem fecit, vel refecit. Facit ea lex, ut breviter eam exponam, differentiam inter navem refectam, & navem ædificatam ex alienis tabulis. Refectam ejus esse, qui refecit, quia, inquit, & ad hanc speciem hæc ratio referenda est, proprietatis totius navis carinæ causam sequitur, quæ scilicet est fundamentum navis. Alveus navis dicitur à Sallustio, in idiotismo *nous l'appellons la quille*, à Græco *καρὴν τῆς νῆος*. Cujus igitur est carina, ejus est tota navis. Reficitur navis, cujus carina integra, incolumis, & bene lineata, ut Plautus loquitur. Si enim vitiata sit carina, non reficienda est, sed ædificanda navis. Et ædificatam lex ait ex Sab. sententia, non ejus esse, qui ædificavit, sed ejus, cujus arbor fuerit, ex qua navis contexta est, quod hodie non obtinet. Et hæc est certissima hujus quæstionis definitio.

AD §. Si post judicium acceptum, &c. Hujus §. quæstio est, an si de homine exhibendo actum sit, & post litem contestatam, is homo naturaliter interierit sine dolo, & culpa possessoris ante rem judicatam, an periculum respiciat ad possessorem, ita ut actori damnandus sit, quanti ejus interfuit, per illum non esse factum, quo minus litem contestandæ tempore homo exhiberetur? Et ut in quæstione superioris §. ex aliena materia bona fide suo nomine ab aliquo specie aliqua confecta, dissensio fuit inter Sabinianos, & Proculianos: ita & in quæstione hujus §. Nam Sabiniani existimabant iniquum esse possessorem ejus hominis nomine damnari, qui post litem contestatam suo fato interisset, idque præcedebant

indistincte. Proculiani autem hoc modo distinguendum esse consuebant. Aut is homo eodem modo interiturus erat apud actorem, etiam si judicii accipiendi tempore statim actori exhibitus, & restitutus fuisset: & hoc casu fatebatur nihil eo nomine possessorem actori præstare debere, quia eo casu interit homo, quo de agebatur, qui interisset omnino, etiam si initio litem exhibitus fuisset. Aut eodem modo interiturus is homo non erat apud actorem, quia eum hominem, si sibi initio litem exhibitus, & restitutus fuisset, statim distraxisset actor, nec pretium ejus perdidisset. Facio actorem fuisse venalitarium, qui solitus fuerit mancipia coemere, & vendere. Et hoc quidem casu dicebant Proculiani, possessorem actori damnandum esse in id, quod interest, quod statim initio litem hominem non restituerit actori, copiamve hominis vindicandi non fecerit actori, quem utique statim venditurus erat. Qua distinctione generaliter utebantur in judiciis omnibus, non in actione ad exhibendum tantum: sed etiam in actionibus in rem, & in petitione hereditatis, *l. 20. in fi. l. 40. de petit. hered. l. 15. §. ult. de rei vindic.* Ergo & in hac quæstione dissensio fuit inter illas duas familias Jurisconsultorum. Ut autem in superiori §. quæstione Paulus se medium interposuit, & in eo, ut hoc repetam paucis, qui mala fide ex aliena materia fecisset speciem aliquam, ita ut ea perfecta, neque superesset, neque restitui posset pristina materia, ut si ex vuis alienis mustum fecisset, ex olivis oleum, ex lana aliena vestimentum, probavit Sabinianorum sententiam, dominio speciei nove dato ei, qui materiz dominus fuisset: in eo autem, qui bona fide fecisset, existimans materiam esse suam, vel ejus, cui heres extitit, probavit Proculianorum sententiam dominio speciei novæ dato ei, qui fecisset: ita in hac quæstione eadem adhibita distinctione Paulus probavit Sabinianorum sententiam in bonæ fidei possessore, qui & bona fide accepisset judicium, ad exhibendum puta, quod existimaret se bonam causam habere, ut scilicet bonæ fidei possessor naturalem interitum hominis in judicium deducti, qui contigerit post litem contestatam, nunquam præstet. Proculianorum autem sententiam probavit in mala fidei possessore, nimirum, ut naturalem interitum præstet, cui contigerit post judicium acceptum, id est, litem contestatam, videlicet si homo, qui petitus est, mortuus sit, eo casu, qui non contigisset, si statim ab initio litem contestatæ exhibitus, & vindicatus fuisset, *d. l. 40. l. illud, de petit. hered.* & hoc quoque Paulus significat in hoc §. dum ait: *homine mortuo post litem contestatam, de quo exhibendo actum erat, interdum possessorem actori esse damnandum in id, quod interest, tanto magis, inquit, id est, maxime, & in Basilicis, & *μάλιστα, si apparebit eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.* Interdum enim hoc loco, id est, si mala fide possessor fuerit, vel si mala fide litigaverit, cum sciret se non habere justam causam litigandi, quod & sic Joannes notavit recte, & comprobatur *d. l. 40. & tanto magis, sive, maxime, id est, hoc solo casu, non etiam diverso casu, si & apud actorem interiturus erat, etiam si initio exhibitus fuisset: illud tanto magis, sive maxime non semper est in libris nostris *ἐπιτακτικόν*, id est, extensivum, puta, ut idem sit & alio casu: sed hoc maxime est sæpenu-mero restrictivum, ut ita dicam. Denique in his duabus speciebus proxime junctis, duabusque quæstionibus Paulus se medium, ut dixi, interposuit, pacavitque dissidium, quod erat inter auctores. Denique Paulus ex eorum numero fuit, qui *erciscundi* dicuntur, ut Stoici apud Servium in illud locum Virgilii. *Animamque sepulchro condidimus: Erciscundi*, id est, quibus mediam viam sequi amicum, & familiare est, quam & secutus est hic Paulus in duabus iis quæstionibus: imo & in quæstione *l. 3. si pars hered. pet. & l. 7. ut legat. nom. cav.***

AD §. Si justa. Sciendum est hanc actionem arbitrariam esse, sive ex arbitrio judicis pendere totam, *l. 3. §. ibidem, sup. h. t. §. præterea, Instit. de act.* Et quod initio dixi nudius tertius, esse hanc actionem de rebus tantum mobilibus, quæ loco facile moventur, ut *l. ad rem, de procur. l. quod legatur, de judic. l. 4. C. de crim. exp. hered.* Et ideo si judici arbitranti, sive

sive jubenti rem statim exhiberi actori, vel cum ex justa causa res statim exhiberi non potest, forte quia rem possessor in alia provincia habet, si judici jubenti cum satisfactione caveri, ut solet, de ea re certo die exhibenda, dato possessori spatium ad eam referendam, ut in hoc §. proponitur, & in l. 5. in fi. hoc tit. quod quidem iustum iudicis arbitrium dicitur, sive *μωρεσις*, atque præceptum, l. 7. C. eod. tit. si, inquam, huic præcepto iudicis possessor per contumaciam non pareat, tum damnatur actori, non præmaturius, sed duntaxat in id quod interest, quod quidem æstimatur auctore jurante in litem, quanti sua interest ob id quod arbitrio iudicis obtemperatum non est, l. ult. §. 1. de appella. l. 2. & l. 5. & l. pen. de in litem jur. l. 3. §. præterea, l. 5. §. adem Julianus, hoc tit. Et hoc omne cum hoc ipso libro Paulus scripsisset, adiecissetque, & similiter in actionibus in rem, quæ etiam arbitrariae sunt, & in actionibus bonæ fidei ob dolum, vel contumaciam rei in litem jurari: id est, litem æstimari jurejurando actoris etiam immenso pretio, ut tulerit libido actoris, non etiam ita jurari in litem in actionibus strictis, veluti actione ex stipulatu, vel in actione ex testamento, quod ex hoc lib. 26. relatum existat in l. 6. de in litem jur. his verbis: *Alias si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari.* Alias, id est, non aliter, quam si res, quæ debebatur ex stipulatu, vel ex testamento post moram debitoris interierit, quo solo casu etiam in actionibus strictis jurari solet in litem, quia nec iudex rem æstimare potest, quæ non existat sine delatione jurisjurandi, id est, nisi rei æstimationem permittat actori jurato. Hoc igitur solo casu in actionibus strictis, quocumque autem casu in actionibus bonæ fidei, & actionibus arbitrariis dolum, aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis punitur quanti in litem juraverit actor, id est, quanti actor juratus rem, de qua agitur, & causam, utilitatemque omnem, quæ circa rem ipsam consistit, æstimaverit, etiam si in immensum æstimaverit, vel saltem quanti iudex ex bono, & æquo arbitratus fuerit: neque enim semper cogitur iudex jusjurandum actoris sequi, sed ex magna causa, veluti postea repertis manifestissimis probationibus potest vel minoris reum condemnare, quam juratum sit, vel penitus absolvere, l. 4. §. ult. & l. 5. de in litem jur. l. 9. §. ult. hoc tit. vel etiam pluris condemnare si deprehenderit iudex id, quod interest longe egredi verum rei pretium, quod quandoque contingit, l. 1. in princ. de action. empt. l. 6. de vi, & vi arm. Et hæc diximus hæcenus, si dolum, aut contumacia actoris intervenierit. Quod si non intervenierit dolum, aut contumacia rei, sed culpa fortasse possessoris, sive rei, si, inquam, possessoris neque dolum, neque contumacia ulla arguatur, ut puta si rem, de qua agitur, exhibere non possit, quod nesciat ubi sit, nec dolo fecerit, quo minus exhibere non possit, hoc casu edicto prætoris expressum est, tam in actione ad exhib. quam in actione in rem, ut l. qui restituere, de rei vind. nihilominus quanti ea res est, possessorem damnari oportere. Ubi hoc verbum oportere, vel potius integram hanc orationem, quanti ea res eris possessorem damnari oportere, hoc ipso libro Paulus scripsit in l. 37. de ver. sig. verbum oportere, ut ait, ubi notat tantum extremum verbum edicti: sed tu animo debes integra edicti verba reputare, videlicet: *Quanti ea res est damnari oportere*: nam verbum oportere per se nihil est, id est, non facit per se orationem. Verbum igitur oportere, id est, hanc orationem perfectam, quanti ea res est damnari oportere, non pertinere ad facultatem iudicis, qui potest pluris, vel minoris condemnare, sed ad veritatem: hæc verba quanti ea res est sunt ἀμφοτέρωθεν: nam aliquando expriment, vel significant veritatem, id est, quanti revera res est, qua de agitur, quantum revera est pretium ejus rei, qua de agitur. Aliquando hæc verba quanti ea res est non ad veritatem referuntur, sed ad quantitatem, ut ait l. 2. §. ult. qui satisf. cog. & l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim. His verbis quanti ea res est non contineri, quod in veritate est, sed quod æstimaverit iudex, qui pluris, vel minoris condemnare potest, vel quod actor juratus æstimaverit. Verum in hac parte edicti, quæ est in manu, ut & in plerisque aliis partibus edictorum, hæc verba quanti ea

res est, tanti reum damnari oportere, pertinent ad veritatem, non ad quantitatem, quam fecerit actor, vel iudex, videlicet cum neque dolum, neque contumacia ulla possessoris intercesserit. Igitur cum dolum cessat, aut contumacia possessoris, condemnatio facienda est quanti revera ea res est, qua de agitur, non ultra verum rei pretium, non ultra iustum rei pretium. Illo autem casu, id est, dolo, aut contumacia possessoris interveniente, condemnatio facienda est quanti iudex ipse arbitratus fuerit, vel pluris scilicet, quam res sit in veritate, vel minoris, vel quanti actor juratus litem æstimaverit, si & tanti secuta fuerit condemnatio. Et ita explicanda d. l. 37.

AD §. ult. Nunc restat ex hac l. §. ultimus, quem breviter absolvam. Sciendum est actionem ad exhib. esse quidem in personam, ut ait l. 3. §. est autem, hoc tit. vi scilicet ipsa, effectu ipso, non etiam scriptura. Nam uti hæc actio scribitur, & concipitur, in rem scribitur, non in personam. quomodo? neque enim dicit actor hoc modo: *Si paret te mihi rem illam dare, aut exhibere oportere.* Sed hoc modo: *Si paret te eam rem possidere, tenere, ejusve rei exhibendæ facultatem habere.* Quæ formula notat rem, non personam: & ideo neq. adversus certam personam datur, ut actio in personam, quæ certam tantum personam obligatam tenet: sed tanquam actio in rem: quamvis re ipsa sit in personam, datur adversus quemlibet possessorem, l. 3. §. ult. hoc tit. Ex inde appellatio actionis ad exhibendum, quia in rem exhibendam generaliter concipitur, non in personam, quasi persona debeat eam rem. Et sic etiam Plinius 5. epist. Jam, inquit, *periculum est ne cogatur ad exhibendum formulam accipere.* Hinc vero pendet ratio ejus, quod Paulus ait in hoc §. ult. hanc actionem dari heredi adversus possessorem, non quasi heredi nomine hereditario ex obligatione in personam, quæ defuncto competere cœpit, sed suo nomine proprio, quasi rei suæ vindicandæ gratia: & retro hanc actionem dari in heredem possessoris, non quasi heredem, videlicet quasi successerit in obligationem, qua defunctus tenebatur obstrictus, sed quasi in possessorem rei tanquam actio in rem, l. 51. §. 3. & 55. de rei vindic. Vis hoc demonstrare apertius? Si heres possessoris non possideat etiam ipse rem, qua de agitur, nec dolo desierit possidere, nam dolum pro possessione est, absolvitur, quia non possidet ipse. Et hoc indistincte, sive cum ipso fuerit lis contestata iudicio ad exhib. sive cum defuncto. Utrouque casu heres possessoris, si non possideat, absolvitur: & contra etiam si possideat, condemnatur, etiam si defunctus non possederit, l. 8. hoc tit. Itaque ut eleganter Paulus ait in h. §. non procedit querere, id est, huic quaestioni non est locus, an hæc actio heredi, vel in heredem detur. Querendum est autem an detur domino in possessorem: quia actionis formula non personam respicit, vel persequitur, quamvis effectu sit in personam, sed rem, quæ possidetur ab eo, unde petitur. Verum addit, quod notandum, *ex dolo tamen defuncti possessoris heredem teneri nomine hereditario, non suo.* quia dolo caret ipse, si modo aliquid ad eum ex dolo defuncti pervenerit, ut si defunctus rem, qua de agitur, dolo malo vendiderit, & pretium ad heredem ejus pervenerit: aliis actionibus in personam ex dolo defuncti heres tenetur, etiam si nihil eo nomine ad eum pervenerit, l. ex depositi, de oblig. & action. l. si hominem, §. 1. de depos. l. ad ea, §. ult. de regul. juris. Sed hæc actio actionem in rem imitatur, quia in rem scripta est, quia in rem concepta est. Et hoc ita servari in actionibus, quæ concipiuntur in rem, ex hoc ipso libro Pauli est relatum in l. 42. de rei vindic. Cujus legis sententia hæc est: Si in rem actum sit cum defuncto, vel cum herede, heredem absolvi si non possideat. Quod & supra diximus de actione ad exhibendum, in rem actionem ex præsententi possessione esse, l. non alias, §. ult. de judic. in rem actionem possessionem parere adversario, l. un. C. de alienat. jud. mut. Verum si quid ex persona defuncti possessoris commissum sit dolo malo, cujus nomine heres conveniatur actione in factum, id est, utili in rem, l. 52. eod. tit. videlicet si lis contestata non fuerit cum defuncto, id omnimodo, ut ait, venire in condemnationem, vid. si ex eo locupletior

tior hereditas facta fuerit, si quid ex eo ad heredem pervenerit. Dixi, si lis cum defuncto contestata non fuerit. Nam si lis cum defuncto contestata fuerit iudicio in rem, quo pendente vita decesserit herede relicto, idem iudicium transfertur in heredem, & omnimodo in condemnationem venit, quod dolo defuncti commissum fuit, etiamsi ex eo locupletior hereditas facta non fuerit, quia iudicium coepit à defuncto. Ergo ut defunctus damnaretur in solidum, etiamsi nihil ex suo dolo lucrificisset, eadem hujus iudicii conditio sequi heredem ejus debet. Et ita illa *lex 42. de rei vind.* conjungenda est cum *§. ult. hujus l. 12.* Et ita explicatus hic liber 26.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXV. de Neg. gest. *Si quis negotia aliena gerens, plusquam oportet impenderit: recuperaturum eum id quod praestari debuerit.*

Ad L. CXXXVIII. de Reg. jur. *Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.*

Ad L. XXI. de Relig. & sumpt. funer. *In patrem, cujus in potestate fueris is, cujus funus factum eris, competis funeraria actio pro dignitate, & facultatibus.*

Ad L. XXIII. cod. *Veluti si in dote centum sint, in hereditate ducenta: duas petet heres, unam vir conferet.*

Ad L. XXV. eod. *Nec pretiis manumissorum.*

IN hoc libro Paulus exposuit tria edicta, quorum unum est de actione funeraria, quae competit extraneo, qui funus defuncto fecit adversus heredem, vel eum, ad quem funeris, & sepulturae impensa pertinet. Alterum edictum est de actione in factum, quae datur adversus eum, qui in alienum locum, alienumve sepulchrum invito domino mortuum, vel ossa mortui, exuvias mortui, intulit. Tertium est de actione in factum, quae datur adversus eum, qui quem prohibet mortuum, ossa mortui inferre in suum locum, in sepulchrum, vel ossuarium suum. Neque enim olim erant loca publica, quae funeribus, vel ustrinis, vel sepulturis destinata essent, praeterquam inopum, quae proprio vocabulo culinæ dicebantur, ut Festus, & Aggenus Urbicus scribunt: sed unusquisque, cui vel modicæ suppetebant facultates, pro facultatibus in agro suo sepeliebatur. De primo edicto primum dicamus. Actio funeraria competit ei, qui defuncto funus fecit suis sumptibus, hoc animo quasi sumptus recepturus ab herede, vel ab eo, ad quem onus funeris pertinet, non donandi animo, videlicet cum neque esset heres defuncti, neque heredis negotium gerere in animo haberet, forte quod nondum ullus defuncto heres existeret, ut plerumque, *l. 4. de rel. & sumpt. funer.* ait defunctos funerari, antequam ullus eis heres existat. Et hic utique, qui defunctum funeravit ante aditam hereditatem, antequam ullus defuncto heres existeret: proculdubio non habuit animum gerendi negotii heredis, qui nullus erat. Et ideo non habet adversus heredem, qui postea adjerit, actionem negotiorum gestorum. Sed si post aditam hereditatem funus fecerit, proculdubio adversus heredem habet actionem negotiorum gestorum. Nec necessaria est actio funeraria. Deinde actionem funerariam proponi necesse fuit, quia deficiebat actio negotiorum gestorum: nec enim, qui funeravit defunctum, antequam aliquis defuncto heres extitisset, heredis negotium gessit, qui tunc nullus erat, atque ideo non habet eo nomine adversus heredem actionem negotiorum gestorum. Et certe gessit potius negotium defuncti, quam heredis, *l. 1. de rel. & sumpt. funer.* Porro is, qui negotia defuncti gessit, utique nullius negotium gessit, sicut defuncti libertus, qui Orcinus appellatur, nullius dicitur esse libertus, *l. 4. de bonis libert.* Quamobrem actio negotiorum

gestorum non datur etiam ei, qui defuncti negotia gessit, quae coeperunt postquam is vita functus est, sed datur actio negotiorum gestorum ei tantum, qui negotia gessit, quae cujusque cum viveret, aut cum moreretur, fuerunt, quaeve iis negotiis post mortem accesserunt, ut si accesserint fructus, aut partus, aut acquisitiones servorum, *l. 3. §. haec verba, si ve quis, de negot. gest.* Non datur autem ei actio negotiorum gestorum, qui defunctum funeravit: quia hoc negotium, neque viventis, neque morientis fuit: sed esse coepit demum à morte ejus, quem funeravit: uno verbo, cessat actio negotiorum gestorum. Verum ad exemplum actionis negotiorum gestorum hoc edicto comparata est actio funeraria, quae & actionem negotiorum gestorum imitari dicitur, *l. 14. §. item Labeo, de rel. & sumpt. funer.* atque adeo, quod notandum, etiam bonae fidei esse videtur, sicut actio negotiorum gestorum, *d. l. 14. §. haec actio, & §. judic.* Ac fortasse quae directae sunt, & bonae fidei, & utiles, bonae fidei sunt, *l. actio, de negot. gest.* Ubi ait inter directas, & utiles discrimen tantum esse in conceptione formularum, caeterum utraque ejusdem potestatis esse, eundem effectum habere; ergo si directae fuerint bonae fidei, & utiles bonae fidei sunt, utrorumque iudiciorum eandem potestatem esse. Actio autem funeraria, cum sit imitatrix actionis negotiorum gestorum, quae quid aliud est, quam utilis actio negotiorum gestorum? Unde & quae scripta sunt de actione negotiorum gestorum, recte trahuntur ad actionem funerariam: Ut quod ex hoc ipso libro 27. relatum est in *l. 25. de negot. gest.* eum, qui aliena negotia gessit, & in ea plus impenderit quam oporteret, actione negotiorum gestorum id tantum recuperare posse, quod impendere debuit, *ῥὸ δέδοκίμα σμῆνός, si ve, si ve impensam probabilem, ut l. libertus, §. ult. eod. tit. l. 11. C. eod. tit.* Non omne quod impendit, id trahitur etiam ad actionem funerariam. Nam qui funeris causa sumptum fecit immodicum, id tantum actione funeraria recuperare potest quod impendere debuit, pro facultatibus scilicet, & dignitate defuncti, non omne quod impendit. Et ita est proditum in *l. 14. §. haec actio, de rel. & sumpt. funer.* Et tamen quidem haec actio extraneo, qui funeris impensas fecit adversus heredem defuncti, aut bonorum possessorem, & caeteros Praetorios successores, *d. l. 14. §. ult.* datur, inquam, adversus heredem, vel similem successorem, quamvis eo tempore, quo quis extulit defunctum, & iusta ei fecit, hoc negotium nihil pertinuerit ad heredem, qui nondum heres extiterat, id est, qui nondum adjerat hereditatem, vel pro herede se gesserat, vel miscuerat se bonis, quoniam scilicet eo postea herede existente, veluti eo postea adunte hereditatem, post funeratum, & sepultum defunctum, retro fingitur hoc negotium heredis fuisse, propterea quod & ipse retro à morte ejus, cui heres extiterit, ei heres extitisse intelligitur. Atque ideo ex eo etiam tempore, id est, ex tempore mortis familia heredis funesta fuisse dicitur, quoad expleisset piacula quaedam, quamvis postea heres extiterit, non statim à morte, *l. si ex re, §. ult. de stipul. serv.* Ratio igitur dandae hujus actionis adversus heredem, vel alium, qui heredis loco sit, haec est, quam ex hoc ipso libro Paulus retulit, ut constat ex *l. 138. de regul. jur.* quia, inquit, omnis hereditas, quamvis postea adeatur, cum tempore mortis continuatur. Ergo qui postea heres extitit, retro heres extitit, retro heres extitisse intelligitur à tempore mortis, atque adeo quicquid ab eo tempore gestum est funerandi defuncti causa, ad negotium ejus pertinuisse videtur. Neo illa sententia legis 138. quae confirmatur etiam *l. 193. cod. tit. & l. heres, de adq. hered.* alio respicit, quam ad causam actionis funerariae dandae adversus heredem, quod non observatur hodie. Datur etiam haec actio filiofamilias defuncto, cui extraneus funus duxit suis sumptibus adversus patrem superstitem, in cujus potestate fuerit: funus filiofamilias est æs alienum patris, *l. filius, de in rem verso.* Quod etiam ex hoc libro Pauli relatum est in *l. 21. de religiof. & sumpt. fun.* in patrem, inquit, cujus in potestate fuerit is, cujus funus factum est, competit funeraria pro dignitate, & facultatibus. Pro dignitate familiae, & facultatibus patris. Nam ut ante diximus, id tantum actione funeraria recipiat, qui ultro in funus, & sepulturam impendit, quod

quod debuit impendere pro dignitate, & facultatibus, l. 12. A
s. pen. eod. tit. Datur item hæc actio funeraria adversus ma-
 ritum, qui morte mulieris dotem lucratur, quia ut ait l. 16.
eod. tit. æquissimum esse veteribus visum est, mulierem
 quasi de suis patrimoniis, ita de dotibus funerari. Dos est
 patrimonium mulieris, l. 3. *s. sed utrum, in fine, de minorib.*
 l. 4. C. *in quibus causis pign. vel hypoth.* Ubi patrimonium,
 id est, dos. Nec præter dotem plerumque olim quicquam
 aliud mulieres in bonis habebant, ut est relatum in l. ult.
s. 1. C. qui potior. in pign. neque mulieres ditescere volebant,
 ne insolescerent. Testis est hujus rei lex Voconia de coer-
 cendis mulierum hereditatibus. Unde etiam plerumque
 patres eas exheredabant, sola dote eis relieta pro modo
 facultatum, & dignitate familiæ, cum suæ, tum mariti, ut
 l. 10. *s. ult. de alimen. legat. l. emptor. 64. s. ult. de rei vindicat.*
 l. qui volebat, de hered. inst. l. cum pater, s. pater, & l. Titia, s. B
 qui invita, de leg. 2. aut patres, cum eas nuptum colloca-
 bant, paciscebantur, ut dote contentæ, nullum ad bona
 paterna regressum haberent. Huic pactio, quæ religiosæ
 erant, & obsequentes memoriæ patrum, non audebant
 contravenire, vel obloqui, quamquam id jure possent. Nam
 hæc pactio jure civili improbat, l. 3. C. *de collation.* quod
 & usu receptum est, etiam si pactio additum fuerit jusju-
 randum: venia tamen jurisjurandi petita. Nec servatur in
 Gallia Bonifacii decretum, quod exstat in cap. *quamvis pa-*
etum, de passis, libro sexto. Nam & totus ille liber sextus
 Decretalium nunquam receptus fuit in Gallia propter ca-
 pitales inimicitias, quæ inter Bonifacium illius libri sexti
 auctorem, qui malis artibus obrepit in Pontificatum, &
 Regem Philippum Pulchrum ortæ sunt, quæ tandem, &
 Bonifacium Orco demisere. Quid si mulier, quæ vita fun- C
 cta est, non tantum dotem habeat, quam maritus lucrifaciat,
 sed etiam alia bona, quæ ad heredem ejus perveniant?
 hoc casu tam maritus, quam heres actione funeraria
 tenentur pro rata portione, ut l. 22. 27. & 30. *de religiof. &*
sumpt. funer. Quod quidem proposito exemplo Paulus hoc
 ipso libro declaravit, quod exstat in l. 23. *eod. tit.* hoc modo:
 Si in dote sunt centum, in hereditate mulieris ducenta,
 altero tanto plus, quam maritus, in funus mulieris con-
 ferre heres debet, id est, heres conferre debet duas partes,
 maritus unam. Idque non deducto ære alieno defuncti,
 non deductis legatis, non deductis pretiis servorum ma-
 numissorum testamento defuncti. Quod etiam ex hoc li-
 bro Pauli additur in l. 25. Prius enim satisfieri oportet ei,
 qui defunctum funeravit suis sumptibus, quam creditoribus
 hereditariis, & prius quam legatariis: imo & prius D
 quam manumillis testamento præstentur, aut competant
 libertates. Actio funeraria privilegiaria est. Imo & quælibet
 actio, quæ ob sumptus funeris competit, velut familiæ
 circiscundæ, aut mandati actio, l. *pen. & l. ult. in fi. eod. tit.*
 l. 2. *de privilegiis credit.* Alias est *lex quæsitum, de reb. auct. jud.*
poss. Igitur longe alia est conditio legitimæ portio-
 nis, quantumvis licet liberis, & parentibus, & natura, & legibus
 debeat; longe alia conditio Falcidæ, quam jure testa-
 menti heredes legatis onerati ex hereditate deducunt: ne-
 que enim deductio Falcidæ, vel legitimæ natura debita
 privilegiaria est, sed postquam facta est deductio impensæ
 funeris, & deductio æris alieni, & deductio æstimationis
 servorum manumissorum, postremo omnium loco fit dedu-
 ctio Falcidæ, vel legitimæ ex eo quod superest, l. *Papinia-*
nus, s. quarta, de inofficiof. test. s. ult. Institut. de lege Falcidia.
 At deductio sumptus funerarii privilegiaria est, & omne E
 creditum præcedit.

Ad L. XXXII. de Relig. & sumpt. fun. Si possessor hereditatis
 funus fecerit, deinde victus in restitutione non deduxerit
 quod impenderit, utilem esse ei funerariam.

Ad s. Si eodem momento vir, & uxor decefferit, Labeo ait
 in heredem viri pro portione dotis dandam hanc actionem,
 quoniam id ipsum dotis nomine ad eum pervenit.

DE eadem actione funeraria est, quod ex eodem libro
 Pauli relatum est in l. 32. *eod. tit. de relig.* cujus duæ
 sunt partes. Prioris sententia hæc est: Si is, qui heres non
 Tom. II. Post.

erat, sed possidebat hereditatem pro herede, vel pro pos-
 sessore, funus defuncto fecerit: & postea cum eo verus he-
 res egerit petitione hereditatis, & evicerit hereditatem,
 potest in restitutione hereditatis deducere sumptum, quem
 fecit in funus: habet deductionem sumptus, sive retentio-
 nem: actionem funerariam directam non habet, quia ei
 fuit animus gerendi sui negotii, non gerendi negotii de-
 functi, vel negotii hereditarii. Verum si per imprudenciam
 hanc deductionem sumptuum omiserit in restituenda he-
 reditate, ex æquo & bono ei accommodabitur utilis actio
 funeraria, adversus eum, qui hereditatem evicit. Et ita hoc
 explicandum est ex l. 14. *s. si quis dum, hoc tit.* Posterioris
 partis hæc est sententia. Si eodem momento vir, & uxor si-
 mul perierint in navi forte, vel si ruina ædium oppressi sint,
 & dos sit ejusmodi, ut præmortua muliere lucro mariti ce-
 dere debeat, si sit dos adventitia, vel si sit dos pro-
 fectitia, & pater, qui eam dedit, non superfit. Hoc casu,
 quia verisimile est priorem mulierem quasi infirmiore vi-
 ta decessisse, ut in l. qui duos, s. si maritus, de reb. dub. recte
 ait Paulus dotem ad heredem mariti transmitti, quasi quæ-
 sitam marito, qui supervixisse uxori intelligitur, atque
 ideo pro portione dotis, quæ verba Accursius non intelli-
 git, id est, *αὐτὸς ἄλλοθεν*, sive pro rata, l. 22. *hoc tit.* pro rata, in-
 quam, heredem mariti teneri actione funeraria, & here-
 dem quoque mulieris pro rata cæterorum bonorum, quod
 & ante dictum est. Et hæc sufficiant de primo edicto.

Ad L. XLIII. de Rei vind. Quæ religiosis adherent, reli-
 giosa sunt: & idcirco nec lapides inædificati, postquam re-
 moti sunt, vindicari possunt, in factum autem actione pe-
 titori extra ordinem subvenitur: ut is, qui hoc fecit resti-
 tuere eos compellatur.

Ad s. Sed si alieni sine voluntate domini inædificati fuerint:
 & nondum facto monumento, in hoc detracti erunt, ut ali-
 bi reponerentur, poterunt à domino vindicari. Quod si in
 hoc detracti erunt, ut reponerentur, similiter dominum
 eos repetere posse constat.

Ad L. XXVII. de Injur. Si statua patris tui in monumento
 posita, saxis cæsa est, sepulchri violati agi non posse, inju-
 riarum posse Labeo scribit.

Ad L. IV. de Sepul. viol. Sepulchra hostium religiosa nobis
 non sunt, ideoque lapides inde sublato in quemlibet usum
 convertere possumus, nec sepulchri violati actio competit.

SEquitur alterum edictum, quod est de actione in fa-
 ctum, quæ datur adversus eum, qui sepulchræ causa in
 alienum locum purum, vel sepulchrum, vel ossuarium in-
 vito domino, vel eo, ad quem ea res pertinet, mortuum,
 vel ossa mortui intulit, inferrive curavit, & datur in hoc
 hæc actio adversus illum, ut vel tollat quod intulit, vel
 loci pretium præstet, loci puri scilicet: Nam sepulchrum
 vendi non potest, l. 7. *de religiof.* Ac præterea edicto com-
 prehensum est nominatim, cum subjeci pænæ pecuniariæ,
 qui videlicet in alienum sepulchrum, quo jus ei non fuit
 inferre, mortuum intulit, l. 2. *s. prætor, eod. tit.* nempe, quia
 hic in alienum sepulchrum mortuum intulit, cuius pretium
 nullum est, propterea quod religione affectum est: res
 sacræ, sanctæ, religiosæ inæstimabiles sunt, impretiabiles
 sunt: quia, inquam, hic qui in alienum sepulchrum sine vo-
 luntate ejus, ad quem jus sepulchri pertinet, mortuum in-
 tulit, sepulchri violati reus est, & ideo pænæ pecuniariæ
 subicitur. Paulus primo Sententiarum, Qui, inquit, sepul-
 chrum alienum effregerit, vel aperuerit, eoque mortuum suum,
 vel alienum intulerit, sepulchrum violasse videtur. Et ut ait
 l. 9. *de sepulc. viol.* actio quoque pecuniaria datur de sepul-
 chro violato, ne dum criminalis, scilicet actio pecuniaria,
 id est, actio in factum, quæ vel ejus quod interest actoris,
 vel pænæ pecuniariæ persecutionem continet, ut l. 3. *de se-
 pulc. viol.* Quæ actio, ut opinor, non est famosa, quia in fa-
 ctum scribitur, sive in factum concipitur, non in personam.
 Denique factum arguit potius, quam personam, quæ fecit.
 Itaque honesta est actio, non turpis, aut famosa. Nullæ
 actiones in factum sunt famosæ, l. 1. *s. interdictum hoc, de*

vi, & vi arm. l. non debet, de dolo, l. i. C. de jure dot. Quid est igitur quod ait *l. i. de sepulch. viol.* actionem sepulchri violati irrogare infamiam? Sane hoc non est accipiendum de actione in factum, inquam, pecuniariz quantitatis, vel pœnz ratio deducitur: sed de actione, quæ descendit ex crimine sepulchri violati, quod pertinet, vel ad legem Juliam: peculatus, si quid ex sepulchro quis sustulerit, interceperit, in rem suam verterit, *l. i. ad leg. Jul. pecul.* vel ad legem Juliam de vi publica ex illa parte, qua de eo cavetur, qui fecit quo minus aliquis funeretur, sepeliaturve, *l. 5. ad leg. Jul. de vi publ.* nam & quicumque sepulchrum violat, facere videtur, quo minus quis sepeliatur, *l. 8. de sepulch. viol.* Cui proxime juncta *l. 9.* aperte demonstrat, crimen, actionemve descendentem ex crimine sepulchri violati separari ab actione pecuniaria sepulchri violati: lex 8. nimirum est de crimine sepulchri violati, vel actione criminali: lex 9. de actione pecuniaria sepulchri violati, de actione in factum, quam dicimus non esse famosam. Illam autem esse famosam, quia pertinet ad judicia publica, quæ omnia sunt famosa, id est, vel ad legem Juliam peculatus, vel ad legem Juliam de vi publica. Hanc autem actionem pecuniariam sepulchri violati hoc libro 27. Paulus docuit cessare duobus casibus. Uno si quis statuam patris tui in sepulchro positam, vel affixam non everterit, aut sustulerit, quo casu proculdubio teneretur sepulchri violati, sed eam saxi ceciderit. Hic enim tenetur actione injuriarum, non actione sepulchri violati, quia non ideo intelligitur violasse sepulchrum, *l. 27. de injur.* Altero autem casu, si quis ex sepulchris hostium, quæ sunt in Romano solo, lapides, aut columnas sustulerit, & in quemlibet usum converterit, quia sepulchra hostium nobis religiosa non sunt: nec igitur eo nomine cuiquam competit actio sepulchri violati popularis, *l. 4. de sepulch. viol.* quæ est ex eodem libro. Sepulchra civium ea sola nobis religiosa sunt, & quæcunque iis adherent, injuncta, vel inædificata sunt, ut in hoc libro Paulus scripsit *l. 43. de rei vindic.* Et ideo lapides sepulchro inædificatos, etiamsi postea removeantur, ait à quondam domino vindicari non posse, quia pars sepulchri sunt, & divini juris, non humani, non privati, *l. 2. de sepulch. viol. in rem 23. §. 1. de rei vind.* & qui eos lapides amoverit, consequenter sepulchri violati tenetur. Quod si pars sepulchri sunt, in bonis nostris non sunt, aut esse desierunt, *l. 4. de ag. plur. arc.* Ergo nec vindicari possunt, directa scilicet, & ordinaria vindicatione: sed ut Paulus ait *d. l. 43.* extra ordinem in factum actione tenetur is, qui eos amoverit. Actio in factum extraordinaria est subsidio rei vindicationi: ubi non est vindicatio legitima, & directa, hæc est ex causa, *in rem, §. item quæcunque, & l. 53. cum autem, eod. tit.* Sed ut subjicit in eadem *l. 43.* si lapides alieni monumento puro, nondum functo, id est, nondum facto religioso, nondum occupato religione, in quem scilicet nondum mortuus illatus est, inædificati fuerint, & inde detracti, ut alibi inædificarentur, vel etiam ut ibidem postea reponerentur, hoc casu à domino vindicari possunt directo judicio, quoniam nulla in eis religio est. Detractos monumento puro dicit vindicari posse, non injunctos, inædificatos, quia *l. 12. tabul. tignum alienum alieno cuiusque ædificio junctum vindicari vetat, ne ædificia diruantur, d. l. in rem, §. pen. & tigni nomine etiam lapides continentur, & omnis materia, ex qua ædificia fiunt. Ac detractum, & exemptum tignum ædificio alieno, detracti lapides monumento puro vindicari possunt, d. l. in rem, §. ult. §. cum in suo, Instit. de rer. divis.* Non omitam in extremo *d. l. 43.* perquam novè Paulum repetere usurpasse pro petere, id est, vindicare. Alias enim repetere est condicere, non vindicare. Repetitio, conditio, non vindicatio. Unde & illud vulgare, *Res extantes peti*, id est, res nostras, quæ extant peti à nobis: consumptas repeti, quo genere Titus Livius 29. Prætor, inquit, *Locrensibus permittit, ut quod quisque suum cognosceret, prebenderet, vindicaret. Si quid consumptum esset, repeteret.*

Ad L. IV. Quemad. servit. amittunt. Iter sepulchro debitum, non utendo nunquam amittitur.

Ad damus ex eodem libro Pauli, quod est in *l. 4. quemad. serv. amitt.* servitutem itineris sepulchro debitam non teneri quidem eadem religione, qua sepulchrum, non esse partem sepulchri: sed privati juris esse: iter sepulchro debitum privati juris esse, *l. 14. §. 1. de servit.* Verum non utendo, ut cæteras servitutes per constitutum tempus, nunquam amitti. Privatum ergo iter non utendo non amitti, quod sepulchro debetur. Cur ita? Non quia natura sui hæc servitus, quæ sepulchro debetur, intermissionem habet (Nam & alia servitus, quæ natura sui intermissionem habet, non utendo amittitur, duplicato constituto tempore, *l. 6. 7. eod. tit.*) sed ratio hæc est: quia usus religionis hoc exigit, ut etsi sepulchro iter non debeat, tamen à vicino præstari debeat, *l. 12. de religiof. & multo magis si debeat sepulchro servitus, ei perpetuo conservari debet.*

Ad §. I. L. CXXXVIII. de Regul. jur. Nunquam crescit ex postfacto præteriti delicti æstimatio.

Ex eodem Pauli libro est regula relata in posteriore parte legis 138. de reg. jur. cujus initium exposuimus sup. quæ etiam ad hanc partem edicti referenda est, hoc modo. Si quis sepulchrum alienum violaverit, mortuo in id illato suo, vel alieno, sine voluntate ejus, ad quem jus sepulchri pertinet, ex hoc edicto pœnz pecuniariz subicitur, quæ pœna nihil aliud est, quam æstimatio delicti: & si forte antequam ea pœna exigeretur, iterum in idem sepulchrum mortuum intulerit, an dicemus augeri pœnam? Minime. Quia nunquam æstimatio præteriti delicti, inquit, ex postfacto crescit; sicut, ut hoc exemplo faciam manifestius, si fur ejusdem rei domino duo furta fecerit, priusquam cum eo ageretur furti, ex causa furti prioris non amplius, quam semel cum eo furti agi potest, neque interim ejusdem furti iteratio auget pœnam, si re integra antequam cum eo ageretur furti, subinde ejusdem rei, & sapius fecerit furtum, amissa possessione interim forte, idque ostenditur in *l. inficiando, §. infans, de furt.* Et ita quoque *lex 28. de furt.* ait, nihil ad pœnam furti ex postfacto adjici, si quis chirographum, quod furto furripuit, postea deleverit, quia nunquam ex postfacto crescit præteriti delicti æstimatio. Et ita si in alienum sepulchrum mortuum intulero, & priusquam mecum ageretur sepulchri violati, rursus alium mortuum intulero, atque alium, una tantum est actio in me sepulchri violati, & una pœna, quam non auxit iteratio violatæ religionis. Et ita est explicanda illa lex. Duæ igitur regulæ illius legis 138. proprie pertinent ad edictum de religiof. & sumpt. Nam priorem partem, hereditatis scilicet additionem continuari cum morte testatoris heri ostendi, & pertinere ad actionem funerariam, & conjunctam quoque legi 138. legem 137. quæ præcedit, ad eundem titul. de rel. pertinere constat ex *l. 14. §. 1. eod. tit.*

Ad L. III. de Religiof. & sumpt. fun. Ex consensu tamen omnium utilius est dicere, religiosum posse fieri, idque Pomponius scribit.

Restat adhuc ex eodem libro Pauli *l. 3. eod. tit. de rel.* quæ etiam pertinet ad edictum, quod feci secundum, quodque est in manu. Verba edicti hæc sunt: *Sive homo mortuus, offave hominis mortui in locum purum alterius, aut in id sepulchrum, in quo jus non fuerit, illata esse dic. &c.* Locum purum opponit sepulchro, id est, religioso loco. Locus igitur purus est, qui religiosus non est. Et qui in locum purum mortuum infert sine consensu ejus, cujus interest, locum religiosum, aut justum sepulchrum non facit, etiamsi sit proprietarius. Fructuarius non facit locum religiosum inferendo mortuum in locum suum, invito proprietario; & contra quoque proprietarius non facit locum religiosum invito fructuario. Item is, qui pleno jure dominus est, non facit locum religiosum invito eo, cujus prædiorum ille locus servit, aut invito creditore, cui locus ille pignori obligatus est, videlicet, si debitor alienum mortuum intulerit, ut *l. 2. §. ult. hoc tit. locum, de usus.* Verum iis consentientibus

bus illato mortuo, profecto locus religiosus fit. Et hoc tantum habet l. 3. Ex consensu tamen omnium, de quibus est actum in l. 2. utilius est dicere religiosum posse fieri. Et hæc de secundo edicto.

Ad L. XI. eod. Quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur quos jus est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.

Tertium edictum est de actione in factum, quæ datur adversus eum, qui quem prohibet mortuum inferre in locum, vel monumentum suum, & datur in id, quod interest, l. 9. hoc tit. Et huic quidem actioni hoc libro Paulus scripsit in l. 11. eod. tit. locum esse, etiam si locus monumenti, pure scilicet venierit. Vendi eum posse constat, quia religiosus non est, l. 6. §. ult. hoc tit. l. 52. Sitem ex facto, pro soc. B Si igitur quis monumentum purum nondum functum vendiderit. addito hoc pacto, ne in id emptor inferat certos quosdam homines, veluti libertos suos, quos tamen jus est inferre, cum monumenti puri factus sit dominus venditione, & emptor prohibeatur à venditore libertos inferre, Paulus existimat huic actioni locum esse in id, quod interest, quia pacto hoc effici non potest, ne emptor in monumentum, quod emit, inferat quos volet: quia plerumque nihil interest venditoris, cum à se monumentum abalienaverit. Interest quidem emptoris, ne prohibeatur in monumentum, quod emit, mortuos suos inferre, vel alienos: cæterum nihil interest venditoris, ne hoc faciat emptor. Stipulatione tamen eleganter ait Paulus in d. l. 11. id effici potest, stipulatione non quacunque, sed stipulatione pœnali, ex qua datur actio etiam ei, cuius nihil interest. Pœna nihil habet commune cum eo, quod interest, id est, cum re, ex stipulatione pœnali agit etiam is, cuius non interest, l. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig. Et ita explicanda illa lex 11. Observa Paulum ibi loqui de eo, qui monumentum vendidit, quod erat purum: hic non potest efficere pacto convento, ne ibi emptor sepeliat mortuum, de illo est quæstio, qui non monumentum, quod nullum exstabat, sed fundum vendidit: an id pacto excipere possit, ne in eo fundo emptor sepulchrum extruat, ne sepeliat in eo fundo mortuum, quod etiam negatur in l. pen. de pact. quia plerumque nihil interest venditoris. Recte dico hoc casu plerumque, quoniam si venditoris intersit, ne in fundo vendito emptor sepeliat mortuum, tunc pactum servandum, ut puta si venditor in proximo habeat, in confinio habeat alium fundum, & abhorreat venditor à frequentia hominum, qui solebant plerumque ad sepulcra, & ultimas convenire, vel officii causa supremi, vel pauperes, ut ætate raperent cenam funerum, quæ siliernium dicebatur, ut in d. Catullus ait in Rufum devolutum ex igne prætererentur panem, vel etiam hoc paciscendo venditor hoc agit, ne ad se perveniat nidor epularum, quæ in funere comburi solebant. Et hoc casu recte Justinianus censet pactum esse servandum in l. ult. C. de pactis inter empt. & vend. quod non pugnat cum d. l. penult. quæ respicit ad id, quod plerumque fit. Plerumque enim nihil interest venditoris, si in fundo vendito non sepeliri mortuum: sed potest interesse, si in eo confinio alium fundum habeat, qui casus solus exprimitur in d. l. ult.

credium ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

Ad §. appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: & ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

Ad §. Creditum ergo à mutuo differt, quæ genus à specie: nam creditum consistit extra eas res, quæ pondere, numero, mensura continentur: sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiatur pecunia: creditum autem interdum, etiam si nihil proficiatur, veluti si post nuptias dos promittatur.

Ad §. In mutui datione, oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filiusfamilias, & servus dantes peculiare nummos obligant: Id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.

Ad §. Verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.

ABSOLUTO Libro XXVII. sequitur ut transeamus ad 28. in quo Paulus secutus ordinem edicti perpetui, tractavit de certi conditione generali, quæ à primis verbis, tituloque ipso edicti prætorii appellata est Actio si certum petatur de rebus creditis. Tractavit etiam de speciali certi conditione, quæ ex mutuo nascitur, vel ex promutuo: ejusmodi est conditio indubitæ, & de aliis specialibus conditionibus ob rem, vel ob causam, vel sine causa, vel ex injusta causa, ut specialiter ex causa furtiva, vel triticaria, quæ omnes ordine digeruntur lib. 12. Digest. Ac de conditione ex mutuo simul, & de differentia mutui, & crediti primum ex lib. 12. datur ex eo libro Pauli 28. l. 2. de reb. cred. quæ initio docet, mutuum dari, non ut eandem speciem creditor, quam dedit, id est, cuius dominum accipientem fecit, recipiat, sed etiam ejusdem generis. Mutuum, inquit, damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (id est alienavimus) alioquin commodatum erit, aut depositum, sed idem genus. Nam si aliud genus, ut pro tritico vinum recipiamus, non est mutuum. Et hanc tantum sententiam hodie interpretabimur, quia in hac l. quæ est vexata ab omnibus interpretibus, decrevi, vel paucis attingere omnia, quæ in ea DD. contulerunt, etiam si pleraque supervacua sint. Ex hac autem prima sententia hujus legis possis conficere definitionem mutui: Mutuum esse contractum, quo hoc agitur, ut non eadem species, quæ datur, sed alia ejusdem generis creditori quandoque præstituta die reddatur. Mutuum contractus esse dicitur in §. Jus autem gentium, Institut. de jure natur. quamvis non ultro, citroque, id est, non mutuam obligationem pariat ex utraque parte contractantium, sed ex parte accipientis tantum. Contractus igitur est *μὴ ἀλευρος*, ut Græci loquuntur, sicut & stipulatio, non *διὰ λευρος*, ex quo, ut dixi, debitor eandem speciem, quam accepit, non reddit, creditorve eandem speciem, quam dedit, non recipit, sed aliam ejusdem generis, ejusdem materiam, ut ait lex oleo, C. de usur. Quum enim hoc agitur, ut creditor eandem speciem recipiat, non mutuum, sed commodatum est, inquit, vel depositum, adde, vel pignus, vel præcarium, vel locatio, vel dos. Accurlius hoc loco male speciei appellationem coarctat ad corpora. Speciei enim appellatione non tantum corpora, videlicet certa, significantur, veluti fundus ille, homo ille, vestis illa, lanx illa, discus ille, aurum, vel argentum illud, quod appensum non est, quæ Dialectici vocant *individua*: sed speciei appellatione continentur etiam quantitates, sive res, quæ quantitate valent potius, indicantur, spectanturque, quam corpora, ut eleganter ostenditur in l. 1. §. non solum, ad leg. Falcid. l. si is, qui nummos, de solut. ut auri, vel argenti intacti scilicet, vel etiam facti, non cusi causa monetæ, certum pondus frumenti, aut vini, certa mensura, certa modicatio, olci certa mensura, vel certum pondus: nam & oleum datur ad pondus, l. 4. de trit. vin. & oleo leg. l. 8. §. ult. de leg. 1. l. si quis à me, de action. emp. l. pen. C. de rei vindic. Itemque nummorum certus numerus. Hæ res quantitate valent, spectanturque, non corpore, id est, pondere, vel mensura,

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXVIII. PAULI AD EDICTUM. RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. de Reb. cred. Mutuum damus, recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum) sed idem genus. Nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

Ad §. Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in-

fura, vel numero. Denique quantitates non sunt corpora, sed potius sunt quasi corpora, aut esse censentur. Atque ideo dicuntur etiam constare, & contineri pondere, numero, & mensura: hæ sunt res, quæ usu consumuntur. Quæ igitur sunt in abusu, non in usu: nam earum usus abusus est, sive consumptio: hæ res nimirum utendo deperire: etiam nummi assidua permutatione deperire videntur. Corpora autem, quæ scilicet spectantur, ut corpora, sunt in usu, non in abusu. Usus corporum non est consumptio eorundem: Et in his quidem solis rebus, quæ sunt in abusu, quales sunt quæ pondere, numero, mensura constant, mutuuum consistere potest, quod ita contrahimus, ut dixi, non quasi recepturi easdem res, quas dedimus, nimirum damus in hoc, ut qui eas acciperet, eis abuteretur, & consumeret, sed quasi recepturi idem genus, similemve materiam, non eandem, veluti pro nummis alios nummos similes, pro vino vinum aliud, pro vetere novum, nisi ita actum sit, pro auri massa parem auri massam, servata, & reddita quantitate eadem, & non quantitate tantum eadem, sed etiam natura, & qualitate eadem, bonitate eadem, l. 3. h. i. Cæteri autem contractus, quibus agitur, ut eandem rem, quam dedimus recipiamus, consistunt in corporibus. Et non in corporibus tantum, sed & quidam ex his, in his reb. quæ pondere, numero, mensura continentur, siquidem hæ res dantur veluti corpora, ea lege, ut eadem ipsæ res creditori restituantur. Nam & commodatum, hac lege interposita, in nummis consistit, l. 3. §. ult. & l. 4. commod. l. si ego, in fin. hoc tit. Itemque depositum, l. 24. depof. & locatio, & conductio, l. in nave, loc. Alii sunt contractus ab iis omnibus diversi, quibus hoc agitur, non ut eandem speciem, non ut idem genus recipiamus, sed ut aliud genus, veluti pro tritico vinum, vel oleum in l. pen. C. de rer. permut. quod negotium permutatio dicitur, vel pro merce pecuniam numeratam, aut retro pro pecunia numerata mercem, quod negotium emptio venditio est. Et quidem si ab initio detur triticum, ut vinum accipiat, permutatio est, vel quod idem est, contractus do, ut des, neque enim ulla est differentia inter permutationem, & contractum do, ut des, ut aperte ostendit l. naturalis, §. 1. de præscript. verb. Quæ cum dixisset initio, si pecuniam dederit, ut rem acciperem, emptionem esse, sin vero rem dederit, ut aliam rem acciperem, non esse emptionem, sed permutationem, cum tractaret de articulo do, ut des, subjecta hac ratione, quia placet permutationem non esse emptionem, satis demonstrat rem ita gestam, do, ut des, permutationem esse. Et male igitur Accursius hoc loco, & alibi passim autumat, permutationem esse, si res detur ut alia res accipiat, quod & verum est: contractum autem do, ut des esse, quod est falsum, si res detur, ut post tempus rursus eadem res recipiatur: nam res ita gesta non est quidem permutatio, sed non est etiam negotium do, ut des, verum cadit in aliam speciem contractus veluti dotis: fundus dotalis datur, ut idem fundus soluto matrimonio divortio, vel morte mariti, mulieri reddatur: vel etiam in speciem contractus emptionis venditionis, quum res venditur, & traditur ea lege, ut post tempus eadem res revendatur venditori, & remaneat, l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vel etiam in speciem donationis, quum res donatur ea lege, ut post tempus eadem res donatori restituatur, l. 3. C. de donat. quæ sub modo. At si cum ab initio non convenit, ut pro tritico vinum reddatur, quod si convenisset, esset permutatio, sed ut triticum ejusdem generis, & bonitatis, eadem mensura reddatur, quamvis postea nihil prohibeat ex voluntate creditoris pro tritico vinum reddi, l. si ei nuptura, de jur. dot. l. manifesti, C. de solut. l. pretii, C. de rescind. vend. nihilominus contractum mutuuum esse intelligitur: initium enim conventionis in distinguendis contractibus semper spectatur, & causa, non exitus, l. 8. mandati, l. 1. §. quod si rem, & §. seq. depof. Unde, quæ est alia species, tamen in contrahendo mutuuum hoc agi solet ab initio, ut non iidem ipsi nummi, qui dantur, recipiantur, sed alii ejusdem generis, nec ut Agricæ ait, cujus verba paulo infra subjiciam, necesse sit eosdem ipsos nummos reddi: tamen nihil vetat eosdem ipsos reddi, nec si iidem ipsi redditi, & soluti sint, ea res quicquam mutat contractus originem, & causam: quia &

quasi alii quidam nummi redditi sunt: ab initio contractus æstimantur, non à fine: ab obligatione contracta, non à dissolutione obligationis. Et ita hoc Accursius sentit recte hoc loco. Quod tamen ita procedit, si post intervallum aliquod iidem ipsi nummi reddantur: nam si extemplo iidem ipsi nummi reddantur, nullum mutuuum contractum intelligitur, quoniam qui nummos accepit, eis usus non est, & usus causa mutuuum contrahitur, id est, abusus. Et multo magis si nominatim hoc agatur ab initio, ut iidem ipsi nummi reddantur post tempus, non est mutuuum, sed est commodatum potius, nec alienati esse intelliguntur: quandoquidem in iis videtur spectatum corpus ipsam nummorum, non quantitas, quum ita actum est, ut iidem ipsi reddantur post tempus, l. qui sic solvit, de solut. qui sic solvit, ut recipiat, non solvit: & retro, inquit, qui sic alienat, ut recipiat, non alienat, ergo mutuuum non contrahit. Nam mutuuum est species alienationis. Item si hoc agatur datis nummis, ut nulli reddantur, quod creditum insolubile Seneca vocat, mera donatio est, non mutuuum. Etiam si, qui dedit ea lege, ut non reddantur, mutuos se nummos dare dixerit, forte mutuam gratiam captans. Non omne mutuuum est id, de quo agimus. Mutui nomen est multiplex, mutuuum est quodcumque habemus ad tempus: bona à Deo nobis dantur mutua: vita, inquit Ovidius, data est usenda sine fenore nobis .i. mutua. Et eleganter Accius: Nulli vita propria in vita est. Proprium opponit mutuo. Virtus animi est propria, quia sempiterna, cætera mutua. Item quod datur, in antecessum conductori mutuuum est, l. 2. C. de frum. urbis Constantinop. libro 11. ce que l'on advance, quod prorogatur, quod datur & excepta, ut in illa l. 2. nummi, qui ex arca frumentaria dantur pistoribus ad coemptionem frumenti, qui non solebant iis dari, nisi post coemptionem, dicuntur mutuo dari, quia dantur in antecessum, sive promutuo. Commodatum item mutuuum dicitur, l. item legatum, §. 1. de leg. 3. Ubi eorum, quæ erant in promiscuo usu, maritus ab uxore usum mutuari dicitur, puta vestimentorum usum, quæ tamen ipse erat redditurus uxori. Mutuari ergo dicitur, quod commodato accipitur. Et similiter in l. quæsum, §. si quis eodem, de instrum. leg. agros ab agris sæpenuero instrumenta rustica mutuari, quod nihil aliud est, quam commodato accipere. Et Symmachus 7. Epistolarum epist. 69. Quod Aricia tenuis precarium de amico Cantherium mutuatus, id est, precarium equum, quem duceret Ariciam usque, commodato accepit. De quo etiam extat, eum furi teneri, si ultra Ariciam duxerit equum, quem si mutui lege, & conditione acciperet, de qua est hic titulus, sane duxisset quocumque voluisset. Et in hunc locum valde suavis est Fulgosius, cum inspecta natura mutui, de quo est hic titulus, quod consistit tantum proprie in iis rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, ideo existimavit non recte dici latine, mutua mihi librum tuum, sed dicendum esse, commoda librum tuum, & se mutasse sententiam fatetur, admonitum à Theologo quodam, qui utebatur præclarissimo testimonio ex legenda Sancti Benedicti, in qua esset scriptum, vas aliquod quemdam mutuo accepisse, quod commodato tamen acceperat, quod nec in legenda Benedicti tantum est, sed in dialogis Gregorii libro 2. quo loco etiam non mutui nomine utitur, sed præstiti, ut vulgus mutuuum appellat præstitium. Verum (mittamus nugas) sicut mutuuum appellatur commodatum, sicut mutuuum pro commodato accipitur, retro etiam commodatum pro mutuo, ut l. 1. C. Theod. quod jussu, duobus locis pecuniam commodare pro mutuum dare: quibus tamen in l. ult. C. quod cum eo, qui in aliena potest. pro commodare Tribonianus uno loco reposuit mutuam dare, altero præstare: locus notandus quasi scilicet, ut in idiotismo præstare sit commune mutui, & commodati, ut & posterioris ætatis auctores dixerunt sæpissime præstare, pro mutuum dare. Et Optatus Afer lib. 3. ne convenirentur pro præstitis suis, .i. pro pecuniis, quas mutuas acceperant. Commodare etiam pro mutuuum dare Aurelianæ synodi 3. cap. 26. ne Clericus pecuniam commode ad usuras. Et recte vetus interpret Psalmo 111. Benignus homo, qui miseretur, & commodat, id est, mutuuum dat. Unde breviter ita consti-

mutuum esse quasi commodatum ad abusum, commodatum autem esse quasi mutuum ad usum: Nam & mutuo dati dominium transfertur in accipientem. Commodati non item, sicut nec pignoris, nec depositi, nec locati, nec omnino etiam dotis. Item mutuum consistit, ut jam diximus, in rebus, quarum abusus, non usus est. Commodatum proprie in rebus, quarum usus est, non abusus. Proinde, quod Paulus ait initio hujus l. ex commodato recipimus eandem rem, itemque ex deposito, pignore, locato, precario, dote: ex mutuo non recipimus eandem rem, sed idem genus. Agricola vetus Grammaticus: *inter commodatum, inquit, & mutuum nonnihil interest. Commodamus amico pro tempore animal, servum, vestem, hanc ipsam rem, quam dedimus, recepturi: mutuo damus pecuniam, triticum, vinum, & his similia: nec necesse est, quod notavi supra, eadem ipsa restitui. Et commodatum igitur pro mutuo, & retro mutuum pro commodato saepe accipitur. Quod confirmatur quoque loco Cornelii Taciti in lib. de Oratoribus, quum de poeta quodam loquitur, qui solebat rogare ultro, & ambire homines, ut versus suos audirent, & ne id quidem gratis: Nam & domum mutuatur, inquit, & auditorium exstruit, & subsellia conducit. Ubi plane domum mutuari est commodato accipere, & vice versa, commodare pro mutuo dare, ex M. Tullio notum est.*

Ad §. Mutui datio. In hoc §. Paulus ait, mutui dationem consistere in rebus, quæ pondere, numero, mensura consistunt, &c. Docuit initio hujus leg. ex causa mutui, creditorem, neque easdem res, quas dedit absumendas, & abutendas recipere, neque alias res alterius generis: sed alias ejusdem generis, id est, naturæ, vel substantiæ, qualitatis, materiæ ejusdem. Nunc docet in §. i. quæ nam sint eæ res, cujusque generis, quarum datione in creditum iri possit, id est, mutuum contrahi possit, ita ut non eadem res recipiantur, sed aliæ ejusdem generis, sicut exigit ratio contrahendi mutui. Et eas esse ait, quæ pondere, numero, mensurave constant, id est, quæ non corpore, quod habent, censentur, & valent: sed pondere, numero, vel mensura, neque ultra eas res mutuum vagari posse. Id quod plane consequens est initio hujus legis: Nam si in mutuo contrahendo hoc agitur, ut quod datur, quodque fit accipientis (dare enim hic proprie accipimus pro alienare) si, inquam, in mutuo contrahendo hoc agitur, ut quod datur, ab eo, qui accipit, absumatur, ita ut super sit illi tantum facultas reddendi ejusdem generis post absumptam speciem, quam accepit, consequens, inquam, est earum tantum rerum datione mutuum contrahi posse, quæ quantitate valent, spectantur, indicantur, non corpore: non etiam earum rerum, qui diversa ratione corpore valent, spectantur, indicantur, æstimantur, non quantitate, veluti datione fundi, vel hominis, nimirum, quia accepto fundo, vel homine, non potest alius fundus, aliusve homo reddi, qui sit ejusdem generis, id est, naturæ ejusdem, & qualitatis. Genus accipimus pro natura, sive substantia, & qualitate, l. res, de jur. dot. l. triticum 94. de verb. obl. & in Insti. initio tit. quib. modis re cont. oblig. pro natura, inquam, sive substantia, & qualitate, sive materia. Unde in l. oleo, C. de usur. quod in aliis locis, reddi rem ejusdem generis, vel ejusdem naturæ, & qualitatis, ibi, reddi rem ejusdem materiæ. Materia, natura, substantia, qualitas, hæc quatuor idem possunt apud juris conditores: his quatuor nominibus promiscue utuntur: testimonio est l. 9. & 14. de contrah. empt. & l. si sterilis, §. quamvis, de aff. empt. Et Stoicos quoque materiam substantiæ nomine, sive naturæ designasse, testis est Diogenes Laertius in Zenone. Et juris conditores omnes sunt imbuti à Stoicis. Unde & substantia fabricandi pro materia, l. 3. & 4. C. Theod. de sepulc. viol. Ideo autem vice earum rerum, quæ corpore spectantur, & valent, non quantitate, & dimensione sua, non possunt aliæ reddi, quæ sint ejusdem generis, naturæ, qualitatis, substantiæ, materiæ, quia sua cuique natura, qualitasque propria est: sua cuique fundo, cuique homini natura, qualitasque propria est, ut qui vice unius dederit aliam, non possit videri dedisse rem ejusdem naturæ, & qualitatis: sed aliam alterius ge-

neris, alterius materiæ, & qualitatis. At qui accepto certo numero nummorum certi generis, veluti centum aureis Philippeis, horum vice totidem reddiderit aureos Philippeos, plane quantitatem reddiderit ejusdem naturæ, & qualitatis. Et similiter, qui accepta certa modiatione, certo modo vini Falerni, parem modiationem vini Falerni reddiderit, idem plane genus reddiderit. Ideoque in his rebus mutuum consistit, quia, inquit, Paul. in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie, id est, in his rebus, quarum solutione defungimur in genere magis, quam in specie, proprie mutuum consistit. Ille articulus magis, vel potius, quod in illis verbis Pauli subintelligi etiam Accursius notavit, ille, inquam, articulus, magis, vel potius, accipitur positivè, ac proinde vim negationis habet: ut quum dicimus, virtutem magis prodesse, quam nocere: quo exemplo utitur Diogenes Laertius in Pyrrhone Eliensi, notans hanc hujus articuli significationem, sive positionem, hoc enim dicimus, virtutem prodesse, non nocere. Et ita illis verbis Pauli significatur, ex causa mutui fungi nos omnino solutione ejusdem generis, non ejusdem speciei. Dialectici dicerent, fungi nos solutione ejusdem speciei, non ejusdem individui: quod & Accursius intellexit, solutione puta vini Falerni in genere, non illius vini Falerni, quod a. c. pimus. Quod Paulus exprimit hoc modo, nos eas res fungi, aut iis rebus nihil refert, per solutionem ejusdem generis eas permutare, ut ait l. sed si certos, de leg. 1. per solutionem ejusdem generis, non per solutionem ejusdem speciei, id est, ex causa mutui solvere nos, quod dixit initio, idem genus, non eandem speciem: vel aliter, fungi nos munere solvendi debiti in genere eodem, non in specie eadem, ut in l. 33. de leg. 2. fungi munere præstandi legati, quod est solvendi legati, fungi munere collationis, quod est conferre, l. 3. de dotis collat. Dices etiam recte, fungi munus solutionis, præstationis, collationis, ut fungi munus, vel officium suum, fungi passionem suam apud Tertullianum, eleganter, carnem fungi passionem suam. Et Pedius noster in l. 3. ad legem Falcid. & in tit. ad l. Aquil. fungi pretia, id est, pretia fieri, id est, poni, constitui, vel ex affectione, & utilitate singulorum, vel communi judicio populi, & usu recepto in foro. Magis autem, quod hoc loco subintelligitur, quæ est altera hujus articuli significatio ab eodem Diogene notata supradicto loco, non accipitur comparate οὐκ αὐτὸν, quia Paulus respicit ad id, quod plerumque fit. Plerumque autem ex causa mutui redditur idem genus, non eadem species. Perraro admodum eadem species, qua de re tractabam nudius tertius. Et ubi eadem species, veluti iidem ipsi nummi, qui accepti sunt, quasi genus redditur idem, non quasi species. Et ita vero explicanda est ratio, propter quam Paulus docet in hoc §. mutuum consistere in iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant. Subjicitur alia ratio, quæ docet cur non consistat etiam mutuum in cæteris rebus, quæ non pondere, numero, vel mensura æstimantur, sed corpore solo. Nam in cæteris rebus inquit, ideo in creditum ire non possumus, id est, mutuum contrahere non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. Ubi Accursius recte scribit, subesse locum à consequenti destructo, qui à Dialecticis dicitur locus ἀναστραφέντος, & est alius huic contrarius à sequenti locus καταστραφέντος, scribit, inquam, hic subesse locum à consequenti destructo, sive destructivo, nimirum ratiocinatione concepta in hunc modum: si in cæteris rebus, quæ corpore valent, non quantitate consisteret mutuum, fungi possemus solutione earum in genere. At fungi non possumus solutione earum in genere, quia aliud pro alio solvi invito creditori non potest. Ergo in cæteris rebus mutuum non consistit: Quandoquidem conditio mutui, & jus hoc est, ut idem genus reddatur, non aliud genus. Perempto consequenti, perimitur quod antecedit. Ait, invito creditori aliud pro alio solvi non posse, ubi creditor accipitur specialiter pro eo, qui mutuum dedit, ut paulo supra creditum accipitur, ut & hoc loco specialiter, pro mutuo, cum tamen alias, & creditor, & creditum accipiantur generaliter: Itemque debitor, & debitum: sed ut creditor, etiam debitor accipitur specialiter in-

terdum pro eo, qui mutuo pecuniam accepit, ut in ea lege C. si cert. pes. incendium aere alieno non liberat debitorem, id est, cum qui accepit mutuo: nam debitorem certi corporis proculdubio incendium liberaret, quod modo contingeret ante moram. Inuito, inquit, creditore aliud pro alio solvi non potest. Inde sequitur in causam crediti dato fundo, vel homine, non posse idem genus solvi. Nam si solvatur alius fundus, aliud genus solvitur, non idem. Tanta est dissimilitudo, & discrepantia inter res, quæ corpore valent, non dimensione sua, ut ejusdem generis, id est, ejusdem naturæ, & qualitatis, quæ sint invicem, nullæ reperiri possunt. In rebus tantum similibus: non ergo in dissimilibus mutuum consistit, *l. in nave 31. loc.* Similes sunt res, quæ sola quantitate censentur: nihil est tam simile quantitati, quam quantitas par, nihil tam simile solido, quam solidus, nec videtur aliud pro alio solvere, qui pro decem aureis, quos acceperit, totidem alios aureos reddit, si modo sint ejusdem generis, cujus & illi, qui dati sunt absumendi, abutendi: veluti aurei solares, si dati sint solares, sive solstitiales: licet enim & solstitiales dicere, ut Cicero & Livius, solstitialem orbem dicunt, pro solarem. Itemque, ut & hoc addam, quando hic incidit sermo, ut Attici *κισσοφορῶν* dicebant, quod in eis impressa esset cista: sic & nobis licet dicere *σκυροφορῶν* sive scutiferos. Igitur satis non est in facienda solutione, si conveniat numerus: convenire etiam debet qualitas, & quidem prius qualitas spectatur, an conveniat, quam numerus, ut in comœdia Terentii, *Leſtum est argentum, convenit numerus*: prius qualitatem observat, quam numerum. Denique ejusdem formæ aurei solvendi sunt, maxime, si ex ea re damnum aliquod creditor passurus est, ut si aucta fuerit aureorum potestas, *l. Paulus 3. de solut. cap. olim, extra de censib.* Eleganter Donatus in Phormione, debitum solvi tribus modis, qui scilicet & simul concurrere debent, id est, pensione, spectatione, numero: pensione, id est, gravitate, & justo pondere, *l. 1. C. de veter. numism. potest. lib. 11.* spectatione, id est, natura, sive substantia. Natura, sive substantia est temperatura auri vel argenti, *l. alloy.* Pensio autem, quæ & facultas dicitur, est potestas, *la valeur.* M. Tullius 12. ad Atticum epist. 5. *Noscenda est, inquit, natura auri, non facultas auri.* Creditoris autem interest sibi reddi ejusdem formæ, ejusdem iconii aureos, qui scilicet habeant eandem *εικὼνα*, eandem icunculam, non etiam ejusdem ponderis, si aucta sit aureorum facultas. Iconium dico, ut Suidas, utque Suetonius, *aureum iconium*, & Antoninus Florentinus nominatim pro eo, quod vulgus vocat, *le coing*, quod & *σφραγιστήριον* dicitur, sive *χαρὰ κρηνη*, & *moneta* apud Harmenoptilum. Moneta propria est iconium, non nummus. Non mirum autem, etiam si aucta sit aureorum potestas, sive facultas, si totidem creditori oporteat aureos reddi, quot dedit, dissolvendi debiti gratia: Cum e contrario, si diminuta sit aureorum potestas, nihilominus debitor liberetur totidem nummos reddendo ejusdem formæ & qualitatis, *l. 2. C. de veter. numism. potest.* Quod in vino etiam mutuo dato servatur, ut quæ modiatio data est, eadem reddatur omnino, sive actum, sive diminutum sit vini pretium, *l. vinum, hoc tit.* Et Accursius notat in *l. 3. hoc tit.* facitque ad hanc rem quod Plinius scribit 33. cap. 3. de nummis *libralibus*, qui facti erant *sextantarii*, id est, qui diminuti erant, & nihilominus horum pari numero creditoribus mutui obligatio precepta est. Postrema recitatione exposui §. 1. hujus legis differentiam, quam in hoc §. Paulus statuit esse inter eas res, quæ pondere, numero, mensurave constant, & cæteras res, quæ corpore spectantur, & valent non dimensione sua: in illis, non etiam in cæteris rebus mutuum consistere posse: illa esse in abusu, id est, utendo absumi, & deperire, cæteras autem utendo non absumi, Cæteris rebus, quæ corpore valent, nos uti salva earum substantia: illas si à domino nobis appendantur, vel admerantur, vel adnumerentur, nobis utiles esse non posse, nisi nostræ fiant, nisi dominium earum in nos transferatur, ita ut confestim in usus nostros eas absumere, & abuti nobis liceat: ac deinde, liberari solvendo, non easdem ipsas res, quas nec absumptas solvere possemus: sed alias ejusdem generis, naturæ, & qualitatis, eadem mensura, eodem pon-

dere, eodem numero. Si eadem ipse reddendæ forent, nobis inutiles essent, quandoquidem iis uti non possemus. Usus earum, absumptio earum est. Cæteræ autem res nobis utiles esse, aut apud nos esse possunt, etiam si nostræ non fiant, vel etiam si nostræ factæ, vel non factæ, nostræ eadem ipsæ quandoque nobis reddendæ sint: neque enim quod eadem ipsæ quandoque nobis reddendæ sint, ideo interim nobis sunt inutiles. Dixi etiam in extremo, creditorem, qui aureos nummos exempli gratia dedit mutuo, solvete debitore, cogi aureos accipere ejusdem generis, & formæ, quamvis diminuta fuerit eorum potestas: nam & vice versa, si aucta eorum potestas fuerit, non cogi creditorem in aliam formam nummos accipere ex *l. Paulus, de solution. & cap. olim, extra, de censibus.* Quod utique verum est, etiam si alterius formæ nummi, qui auferuntur tanti sint quanti non sunt illi, quos crediderit, videlicet, si quod ex ea re damnum creditor passurus sit, ut ait *l. Paulus*: ut puta si quo negotiatum proficiscitur, tanti eos non possit exponere. Verum iis addenda est exceptio, nisi creditor aureos dederit æstimatos denariis, qui argentei erant, vel assibus. Hoc enim casu in arbitrio est debitoris, vel aureos solvere, vel denarios, utique ad concurrentem quantitatem aureorum, qui redditi sunt, *l. plerumque, §. ult. de jure dot.* Nunc ad hæc videndum est, an creditor, qui certum auri, vel argenti pondus credidit, cogatur aureos nummos accipere, quos debitor offert, si eorum quantitas sit eadem: Quod sane Accursius putat ex *l. 1. & l. 10. & l. cum aureum, §. 1. de auro, & arg. leg. & ex l. si quis argentum, in princ. C. de donat.* Quibus omnibus locis ostenditur, donato vel legato certo pondere auri, vel argenti, heredem, vel donatorem liberari solvendo æstimationem in pecunia numerata. Sed hoc ideo, quia cum testator, vel donator, qui legavit, vel donavit certum pondus auri, puta auri libras pondo tot, cum non designaverit certam speciem argenti, vel auri, cum non designaverit certam auri, vel argenti massam, utique æstimationem reliquisse, aut donasse videtur, *l. plane 34. §. sed si pondus, de leg. 1.* At longe alia est ratio creditoris, quam testatoris, vel donatoris. Nam cum creditor de manu in manum, ut dicitur, dederit certam auri, vel argenti materiam, id fecisse videtur, ut ejusdem generis, & bonitatis materia in massam coacta sibi redderetur. Itaque debitor pro certo pondere auri, invito creditore non potest defungi solutione: pecuniæ numeratæ, quia pecunia numerata alterius generis res est, & ex mutuo, ut dictum est, initio hujus legis & confirmatur, quam nondum adduxi, *l. inter stipulantem, §. sacram, illo versu: vini autem, de verb. oblig. ex mutuo, inquam, etsi non eandem speciem, tamen idem genus reddi oportet, non aliud: alioqui, & pro nummis posset debitor solvere pondus auri, vel argenti ejusdem quantitatis. Quod quis dixerit, aut tulerit, nisi creditor assentiatur? Denique numerus pro pondere, vel contra pondus pro numero ex causa mutui invito creditore solvi non potest. Et quæ regula in cæteris rebus valet, ut aliud pro alio solvi non possit invito creditore, eadem etiam valet in his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant: neque enim invito pro nummis solvi frumentum potest, *l. 1. §. an potest, de consil. pecun.* non item pro frumento vinum. Et similiter, nec pro nummis argenti pondus, vel contra: quod numerato datur, & numerato solvi debet, non quidem in specie, sed in genere nummorum eodem: cæteræ autem res, quæ corpore valent, sunt solvendæ in specie eadem, quia non possunt solvi in eodem. Est enim suum cuique proprium genus, nec aliud pro alio genus solvi potest: res pro re, nisi volenti solvi non potest, *l. si ei nuptura, de jure dot. & l. 1. §. an potest, de consil. pecun. & in Instit. initio tit. quibus modis toll. oblig. & l. si quis aliam, de solut. l. 17. C. eod. tit.* Imo nec factum pro facto solvi potest, *l. qui res, §. mibi, de solut. volenti, & consentienti potest.* Quod tamen ægre obtinuisse significat *d. l. si ei nuptura, & d. l. 1. §. an potest, & l. 26. §. si centum, de cond. indeb.* quum omnes hæc leges dicunt, jam placuisse rem pro re solvi posse, quia inquit *§. an potest*, jam placuit rem pro re solvi posse, consequens est, & rem pro re posse constitui, argumento à solutione ad constitutum, quæ scilicet olim idem non placuerit. Et ita*

ita est, cum stricto jure eadem prorsus erat in solvenda, quæ in contrahenda obligatione, observanda forma, ita ut nec volenti posset aliud pro alio solvi, quæ forma & consequenter observatur in constituenda pecunia, id est, quoties debitor forte interpellatus constituat se pecuniam debitam soluturum. Nam ut mutuum consiltebat tantum in iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, ita & constitutum, in *l. pen. C. de constit. pec.* Denique res tantum mutuo datæ in constitutum venire poterant. Et ut non poterat aliud pro alio solvi, veluti frumentum pro nummis, quo exemplo utitur *§. an potest*, ne volenti quidem, ita nec constitui. Sed hodie potest, hodie jam placet posse aliud pro alio solvi, & consequenter constitui inter volentes: & ex constitutione Iustiniani etiam quascunque res debitas constitui posse, *d. l. pen.* Rursus ad hæc quæritur, an mutuum contrahatur dato grege ovium ad numerum, puta ut præstituta die totidem capita reddantur ejusdem naturæ, & qualitatis: vel dato pane certi ponderis, ut ejusdem ponderis alius panis reddatur ejusdem qualitatis, & bonitatis: Et mea quidem sententia, etiam conventionem hujusmodi mutuum contrahitur. Certe gregem Cælius adnumerat iis rebus, quæ numero constant, si modo grex datus sit ad numerum, *l. quod sæpe 35. §. in iis, de contrah. empr.* Et vero si nummi nonnunquam accipiuntur quasi corpora, non quali res, quæ numero continentur, ut *l. 3. §. ult. commod. l. si certos, de verb. oblig. l. si in certos, de leg. 1.* cur non etiam similiter corpora poterunt tanquam quantitates accipi: veluti pane dato in pondus, qui eodem, vel alio die reddatur, non est quidem mutuum si id agatur, ut quod datur, extemplo reddatur, sed res ridicula est: verum mutuum est, si id agatur, ut vel eodem die reddatur. Plautus Pseudolo inquit, *sed quinque invenis opus est argenti minis mutuis, quas hodie reddam.* Panem autem appendi solere nemo est qui nesciat. In 12. tabul. libræ farris, id est, libræ panis, ut *farre convenire in manum*, id est, farreo pane interveniente convenire in manum viri, ut Ulpian. ostendit libro *sing. reg. tit. 9.* Et simili modo illo Persii loco,

... Populi cribro decussa farina.

Cornutus *farinæ* verbo panem significari ait. His consentaneum est, ut & carnis appensæ mutuum contrahi possit. Nam & caro appendi solebat, *l. cum de lanionis, in princ. de inst. vel instru. leg.* Et piscium quoque mutuum contrahi posse Varro 3. *de re rustic.* Hircium Cæsari sex millia murænarum dedisse in pondus. Qua eadem de re ita Plin. 9. *cap. 55.* Hircium Cæsari sex millia murænarum mutuo appendisse, nec permutari quidem pretio eas, aliavere merce voluisse. Denique planè murænarum appensarum mutuum contraxisse, quod est certissimum. Sequitur in hac lege, *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit.* Appellatam ergo esse mutui dationem ab eo, quod de meo fiat tuum, nimirum eadem forma, qua Varro dixit: *Nexum esse, quod nec suum sit, quod quis alii nexu mancipavit.* Scita autem hæc est magis, quam vera notatio vocabuli, qualis & illa, *testamentum ex eo appellatum, quod fit testatio mentis.* Imitantur J. C. Stoicos, qui placebant sibi non in quærendis notationibus nominum veris, sed scitis tantum, atque concinnis. Et interim tamen ex hac notatione mutui negative ducitur firmum argumentum, si de meo tuum non fit, sequitur ergo non contrahi mutuum, non nasci mutui obligationem, licet data aliena pecunia mutuo quibusdam casibus, quos hic attingit Accursius, ex postfacto conciliari, & confirmari mutuum possit, veluti consumptione alienæ pecuniæ, quæ mutuo data est, vel usucapione: mutuum est alienationis species. Et recte Boetius in Topicis Ciceronis in loco à differentia, quod sumpsit à nostris: *Quod mutuum, inquit, datur, ex meo id fieri accipientis, atque ideo non cogi eandem ipsam pecuniam debitorem creditori restituere, sed aliam tantam.* Affirmative autem ex notatione non recte ducuntur argumenta, veluti hoc modo: *Quod dedi tibi, id de meo tuum fieri, ergo mutuum dedi:* nam & complures aliæ sunt alienationis species: Quid est alienare? de meo alienum facere.

Ad *§. Creditum.* Sequitur in *§. Creditum*, qui & ultimus dici potest, *Creditum à mutuo eo differre, quo genus à specie.* Creditum scilicet esse nomen generale, quo continetur omne negotium, ex quo quid recepturi sumus, *l. 1. hoc tit.* mutuum esse creditum speciale, ac proinde omne quidem mutuum esse creditum, sed non contra, omne creditum esse mutuum, mutuum consistere in his rebus tantum, ut sæpius dictum est, quæ pondere, numero, vel mensura constant; creditum etiam in aliis rebus consistere posse: mutuum refundere idem genus, non eandem speciem: creditum interdum refundere eandem speciem. Item mutuum re tantum contrahi, id est, numeratione, vel appensione, vel admentionem, uno verbo mutuum contrahi datione, *l. si tibi, in princ. de pact.* creditum interdum contrahi, etiam si nihil proficiscatur, id est, etiam sine datione, aut facto ullo, ut puta, inquit, qui locus est obscurus, *si post nuptias dos promittatur*: hoc genere creditum contrahitur sine re promisso solo. Hæc verba Græci sic accipiunt, *si post nuptias dos promittatur*, id est, post nuptias solutas, post divortium, sumpta specie ex *l. si divortio 21. de verb. obligat.* si mulier, quæ nihil habuit in dote, post divortium à viro stipuletur centum dotis nomine, quæ stipulatio utilis est. Et in hanc interpretationem inclinat etiam Joannes, verum non congruit verbis. In illa enim specie *leg. si divortio*, dos non promittitur, quæ nulla fuit, sed centum, & adjectio illa dotis nomine falsa, & supervacua est, *l. 1. §. si vir uxori, de dote præleg.* quæ nec in donatione, vel in stipulatione dotis necessaria est, *l. quia autem, de jure dot.* Item hæc verba, *post nuptias*, nunquam sic accipiuntur, *post divortium*: facilius est dicere *post divortium*. Et vero ita semper loquuntur, *non post nuptias, pro post divortium.* Paulus 1. *sent. post nuptias dotem dari posse*, id est, post nuptias contractas, nec dum diremptas, post nuptias contractas donari non posse uxori, vel marito, dotem tamen dari posse, quia dotis datio non est donatio, sed repensatio onerum matrimonii. Itemque in *l. 1. & l. si pater dotem, §. 1. de pact. dotal.* eodem sensu post nuptias dotem promitti posse, ut dari, & promitti, id est, post nuptias contractas, nec dum dissolutas. Et hoc loco igitur creditum fieri, etiam si nihil proficiscatur: veluti, inquit, si post nuptias dos promittatur, id est, si post nuptias contractas uxor marito dotem promittat, quam ante nuptias non promiserat. Ante nuptias dos recte promittitur: verum ita demum, si quid postea inde proficiscatur, si quid inde postea proveniat, id est, si nuptiæ sequantur. Ante nuptias igitur dos promittitur recte, ita demum, si nuptiæ sequantur. Inest enim conditio promissioni, *l. dotis, de jur. dot.* Post nuptias autem contractas dos recte datur, vel promittitur, etiam si nihil aliud præterea sequatur: nec promissio dotis facta post nuptias contractas retrahitur ad tempus nuptiarum, quæ præcellerunt, *l. si pater filia, §. 1. eod. tit. de jure dotium.* Hæc interpretatio verior esse videtur, & refellitur tamen, & merito quidem, quia si hæc verba, *velut si post nuptias dos promittatur*; de stipulatione accipiuntur, sicut fert hæc interpretatio: supervacue igitur addit Paulus in fine hujus legis, verbis etiam nos credere, verbis etiam creditum fieri interposita stipulatione. Hoc enim jam dixerat hoc loco, veluti si post nuptias dos promittatur, stipulanti scilicet, ut illi interpretantur, hic locus explicandus est ex jure antiquo. Sciendum est, quod Ulp. scribit libro *sing. reg. tit. de dot.* dotem aut dari, aut dici, aut promitti: dotem dare, vel promittere omnes posse, *l. promittendo, de jure dot.* dicere autem dotem omnes non posse. Et ideo ait lex *promittendo*, promittendo dotem omnes obligari posse, quia non etiam dicendo. Dotem dicere, ut Ulpian. ostendit, ita ut ex dictione obligetur, mulierem tantum posse, vel patrem, vel debitorem mulieris, nullum alium. Et hoc olim obtinuit, quum erat quædam solemnitas dicendæ dotis citra stipulationem. Sed postquam ea dotis dicendæ ratio in usu esse desiit, ubicunque Jurisconsulti usi erant hoc verbo *doti dicere, vel dotem dicere*, id semper mutavit Tribonianus in *promittere*: memini me adnotasse innumeros locos, & maxime illum, ubi est scriptum *doti promittere, quod tamen latine non dicitur*; nam auctor scripserat

rat doti dicere, & ut hoc loco, cum ita scripsisset Paulus, *veluti si post nuptias dos dicatur*, ille reposuit, *promittatur*. Atque ita imprudens effecit, ut superflue repetatur in fine legis, & stipulatione interposita creditum fieri. Ultima differentia inter mutuum, & creditum est hæc summe notanda. Ex causa crediti interdum obligationem acquiri, etiam non domino, sine voluntate domini, ut si quis commodaverit, vel depoluerit, vel pigneraverit rem alienam invito domino, ei acquiritur obligatio ex contractu commodati, vel depoliti, vel pignoris, *l. commodare, commod. l. si pignore, §. si prædo, de pignor. act.* Ex mutui autem datioe domino tantum acquiritur obligatio, vel voluntate domini, non domino, ut si procurator meus nummos suos mutuo dederit meo nomine, voluntate mea mihi acquiritur obligatio, quamvis nummi mei non fuerint, *l. 9. §. si nummos, l. 15. hoc tit. l. 126. §. Chrysogonus, de verb. obligat.* Et similiter, si servus meus, quo exemplo Paulus hic utitur, aut filiusfamilias nummos peculiare mutuo dederit, qui quodammodo ejus sunt, non mei: peculium enim est veluti patrimonium servi, aut filiusfamilias, *§. actionibus, Instit. de act. l. hinc quaritur, §. 1. de pecul. si, inquam, servus meus, aut filiusfamilias nummos peculiare mutuo dederit meo nomine, & mea voluntate: nam & hoc requiritur, cum haberet liberam peculii administrationem, mihi acquiritur obligatio, quamvis proprie nummi mei non fuerint, l. 18. §. ult. & l. seq. de pignor. act. l. 11. §. ult. hoc tit.* Cum enim eam pecuniam, quam procurator meus, vel servus, aut filiusfamilias, ex arca sua mutuam dederit mea voluntate: cum eam mihi sit reputaturus, æquum est, ut mihi adversus eum, qui accepit pecuniam, acquiratur obligatio, perinde atque si meam pecuniam accepisset. Unde ita concludamus: sicut pecuniam meam, quam quis dedit mea voluntate, ego dedisse videor, *§. per traditionem, Instit. de rerum divis. ita pecuniam suam, quam quis dedit mea voluntate, ego de meo dedisse videor, & proinde mihi acquiritur obligatio.*

Ad L. VI. eod. Certum est, cujus species, vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis, quantaque sit ostenditur. Nam & Pædus libro 1. de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus mutua vice fungantur, quæ tantundem præstant.

Sequitur ex eodem libro 28. lex 6. Hæc lex 6. pertinet ad actionem si certum petetur de rebus creditis, quæ & certi conditio dicitur. Ac quemadmodum crediti, & creditoris nomen modo specialiter accipitur, modo generaliter: ita certi conditio specialiter pro actione, quæ ex mutuo nascitur, quæ aliter actio mutui, *l. pen. C. quibus non objic. long. temp. præsc.* & generaliter pro actione, quæ ex alia quacunque obligatione nascitur, ex qua certum petitur, *l. 9. inf. hoc tit.* Quæ quidem concurret cum omnibus aliis actionibus, quæ specialiter comparatæ, & proditæ sunt ex contractibus, vel ex delictis, ita ut liberum sit actori, vel illis actionibus specialibus experiri, vel generali certi condicione. Exempli gratia: liberum est mihi ex contractibus agere mandati, & negotiorum gestorum, & pro socio, & cæteris similibus actionibus, quæ cum sint actiones bonæ fidei, intertæ pecuniæ actiones sunt, ut M. Tullius rectissime ait pro Roscio Comædo: vel generali certi condicione, quæ certæ rei, pecuniæve actio est, & actio stricti iudicii, quæ plerumque actori commodior est, quam actio bonæ fidei. Et hanc electionem esse actori ostenditur in *l. 12. de novat. & l. 5. de except. rei judic. & l. in duobus 2. §. exceptio, de jurejur. si agat, inquit, mandati, vel condicat, generali nempe condicione: & eodem modo liberum est mihi agere actione inlitoria, & exercitoria, & quod iustu, & de in rem verso, quæ species actionis sunt, vel generali certi condicione, *l. si inlitorum, hoc tit. l. si quis mancipiis, §. ult. de instit. actione, §. ult. Instit. quod cum eo, qui in aliena est pot.* Et est discrimen harum inter*

se actionum non leve. Actionibus illis specialibus, inlitoria, exercitoria, quod iustu, de in rem verso, dominus, vel pater tenetur servi, aut filiusfamilias nomine, non suo nomine: nec quod illis actionibus persequimur, semper certæ rei, vel summæ finitionem, aut taxationem habet. Certi autem condicione pater, vel dominus tenetur suo nomine proprio, directo & principaliter, & in certam rem, vel summam, quæ petitur ab actore, quæ in iudicium deducitur. Dico certam rem, vel summam, quia omnes res certæ in certi condicione, vel quæ eadem est, actionem si certum petetur, veniunt, quod & definitio certi in hac lege 6. à Paulo tradita evidenter ostendit. Neque obest lex 1. inf. de condic. tritic. quæ dicit eum, qui certam pecuniam numeratam petit, hac actione uti, si certum petetur, hæc sunt verba: nec enim ideo negat & alias quoque omnes res certas eadem actione peti posse: sed certi condicione committi cum condicione triticaria, ex qua pecunia numerata non petitur. Et ideo proponit certi condicione tantum, sive actione si certum petetur, certam pecuniam numeratam peti. Denique certi condicione, & pecuniam numeratam certam, & cæteras res omnes certas peti: condicione autem triticaria cæteras res omnes excepta pecunia numerata. Ac præterea condicionem triticariam modo esse certi, modo incerti, ut quum possessio condicatur, *d. l. 1. §. ult. quæ incerta res est.* Ideo autem, quod necessario explicandum est, & breviter, in condicione triticariam omnes res veniunt excepta pecunia numerata, quia illa actione agitur de ea re, quæ petitur æstimanda arbitrio iudicis, *l. pen. & ult. eod. tit. & l. vinum, hoc tit.* quæ est de condicione triticaria, & cæteræ res omnes mobiles, immobiles, incorporales, vel quæ pondere, aut mensura constant, arbitrariam æstimationem, judicariam æstimationem recipiunt, non pecunia numerata, non res, quæ numero constant, quia nummorum certa, non arbitraria æstimatio est, *l. 3. inf. de in lit. jur.* At pecuniæ numeratæ certa quantitas strictè petitur certi condicione, non æstimatio ejus. Itemque res omnes certæ certi condicione strictè, & abscessse petuntur, quæ in obligatione versantur, non æstimatio earum. Et ad hanc quidem actionem, id est, certi condicione, sive actionem si certum petetur respiciens Paulus in hac lege, definit, certum esse id, cujus species, vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis, quantaque sit ostenditur: Speciem vocat rem, quæ corpore valet, & spectatur. Quantitatem autem rem, quæ pondere, numero, vel mensura continetur. Et speciem certam ait esse, quæ aut nomine suo, inquit, id est, nomine proprio, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, id est, *ἀνωτον ἀστία*, vel ut est in *l. quoties, §. si quis nomen, de hered. instit.* indubitabili signo, quod pene nihil à nomine distat, usquequaque qualis sit ostenditur. Et in hanc rem Paulus utitur auctoritate Pædii Jurisconsulti, qui libro 1. de stipulationibus, sane congruo loco, quia si certæ stipulationes sint, ex eis etiam nascitur certi conditio, *l. 24. hoc tit.* Qua de causa, & in tractatu de stipulationibus queritur, quid sit certum, quid incertum, *l. 74. & 75. de verb. oblig.* Pædus, inquam, *lib. 1. de stipulat.* scripsit, nihil referre proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur: res præsens scilicet, ut in rei vindicatione: hic fundus meus est, hunc fundum meum esse ajo, *l. si rem, de rei vind. de hered. instit.* aut, ut subijcti vocabulis quibusdam demonstretur, sive notis demonstrationis, ut loquitur lex quæ ex pluribus, de verb. obligat. sumptis ex artificio, vel ex alio quocunque signo, quatenus, inquit, mutua vice fungantur, quæ tantundem præstant: quatenus articulus est *ἀριστολογικὸς*, quo ratio significatur, ut sæpissime in libris nostris. Et sensus igitur hic est: quia mutua vice funguntur, quæ tantundem præstant. Quod non tantum de appellationibus, sive notis demonstrationum dici potest, sed de iis omnibus rebus, in quibus mutuum consistit, puta vice mutua fungi nummos, qui tantundem præstant in genere, qualitate, numero, quantum eos, qui mutuo dati sunt, eos scilicet nummos, qui creditori solvuntur, quamvis non iidem

eadem ipsi sint, qui dati sunt, in vicem datorum succedunt. Et hoc est nummos, vel cæteras res, quæ pondere, aut mensura constant, vicissatim functionem recipere. Huic vero sententiæ Pædii congruit omnino quod est in §. *si quis in nomine*, *Instit. de leg.* nomina hominum, aut rerum significandarum causa reperta esse, quæ si alio modo intelligantur, nihil referre. Et hæc de specie certa, quam ita definit: *Cujus species, & qualitas ostenditur*. Videamus nunc quemadmodum quantitatem certam definiat. Quantitatem certam eam esse ait, quæ quanta sit ostenditur, puta, si numerus dicatur, vel pondus, vel mensura, ut Pomponius Historicus, apud Nonium in verbo *dicere*, *nummos certos dicas*. Alter respondet, *dico quinquaginta millia*. Cornelius Fronto, certum esse veluti (certus fundus) pondus certum, vel rei pretium, inquit, recte: Nam & rei pretium in certo nummorum numero consistere satis liquet, §. *pretium*, *Instit. de empt. & vend.* Quantitas igitur certa est, quæ quanta sit ostenditur. Non exigit etiam Paulus, ut qualitas quantitatis dicatur, vel ostendatur, quia nec potest: nullum enim quantitatis corpus subest, quia & genus in ea cogitamus, non corpus certum: ergo nec quantitatis ulla esse qualitas potest. Denique, ut Paulus ait, quanta ad speciem non pertinet: quandoquidem, ut species, sive corpus aliquod certum ostendatur, non est necesse ejus dimensionem ostendere: ita quod ait, qualis non pertinet ad quantitatem. Objicies statim *legem 74. & legem seq. de verbor. obligat.* quæ ut vinum, a ut frumentum peti possit certi conditione, exigit ut in stipulando ejus qualitas fuerit expressa, puta hoc modo: *vini Falerni optimi amphoras tot: frumenti Africi optimi modios tot, & optimi, non boni*. Qui optimum dicit, certum dicit: qui bonum, incertum. C. boni appellatio certæ rei significativa non est, quia bonum recipit intentionem, & remissionem, quia boni multi sunt gradus: contra *optimi* appellatio certæ rei significativa est: quia optimum neque intentionem, neque remissionem recipit. Objiciam ergo, & respondebo, illam qualitatem *optimi* adjici non quantitatem, quia non potest, sed addi speciei, quam promissor daturus sit, ut in mutuo scilicet similiter qualitas speciei mutuo datæ dicitur, aut dicta intelligitur, veluti aurei Philippi simplices, vel duplares, qui & latine *Biniones*, dicuntur, illius iconii, illius formæ, hac scilicet mente, ut species nummorum ejusdem qualitatis reddatur, *l. 3. hoc tit.* Denique qualitas adjicitur speciei, quæ datur, quæve redditur, non quantitatem: quantitatis qualitas non dicitur, quantitatis qualitas dici non potest. Qualitas enim, ut præceptor sapientum docet, fluit à substantia. Quantitatis autem nulla est substantia. Non est igitur verum, quod Accursius hoc loco scribit, illud *qualis*, tam ad quantitatem, quam ad speciem referri, quoniam refertur tantum ad speciem, sicut illud *quanta* refertur tantum ad quantitatem, non ad speciem. Et hæc sufficiunt de sententia hujus legis. Verum circa eam pauca quedam notanda sunt. Certum est, inquit, cujus species qualis sit ostenditur: ostenditur primum species ipsa, id est, natura, & substantia certa, deinde qualitas, atque ita certa res constituitur. Certum igitur non est, cujus species, & qualitas non ostenditur, nec peti id potest actione si certum petetur, exempli gratia, qui hominem dicit, certum non dicit: qui illum, vel hunc hominem dicit, veluti Stichum, certum dicit. Genera, incertæ res sunt, quia nec sunt, sed intelliguntur: contra species, singulæ res, singula corpora sunt, non autem intelliguntur, atque adeo sensibus, non intellectu percipiuntur, neque enim intelligo, quis sit Stichus, nisi Stichum videro: sensus ante sensum non est: homo qui sit intelligo, etiamsi hominem non videro. Præterea notandum, quod hic dicitur, nihil referre proprio nomine species demonstratur, an *arbitraria*, ut Grammatici vocant, id est alia quacunque demonstrationis nota, quæ sit vice nominis, quamvis hoc proprie respiciat ad certi conditionem, tamen & in legatis, & in libertatibus locum habet, quæ nominatim relinquendæ sunt, aut in heredum, aut filiorum institutionibus, qui nominatim instituendi sunt, & in exheredationibus filiorum, & postumorum, quas etiam fieri oportet nominatim. In his enim causis omni-

Tom. II. Post.

bus demonstratio vice nominis fungitur, non tamen in omnibus aliis causis, ut Accursius hoc loco notat recte. Quibusdam enim casibus multum interest, utrum quid fiat expresso nomine proprio, an sub alia appellatione, vel demonstratione. Portio heredis, à quo nominatim legatum relictum est, si deficiat, coheredi accrescit sine onere, non etiam si legatum ab eo sub heredis appellatione relictum sit, *l. Celsus, §. ult. de legat. 2.* Nominum nuncupatio inter heredes, vel legatarios, vel fideicommissarios æquales partes facit: heredum appellatio hereditarias, *l. turpia, §. ult. l. si heredes, de legat. 1. l. ita liber, de statulib.* Item heredes instituti, & pupillo substituti nominatim vocantur ex substitutione pupillari, etiamsi testatori heredes non extiterint: Substituti autem sub appellatione heredum non aliter, quam si testatori heredes extiterint, §. *substituitur*, *Instit. de pupill. substit.* Et ideo recte in *l. nominatim, de cond. & demonstr.* cum temperamento plerumque demonstrationem fungi vice nominis.

Ad L. XXIV. de Jurejur. *Multo magis proderit patri religio filii, cum quo etiam iudicium consistere potest. Ipsi autem referentes conditionem eorum, quibus subjecti sunt, non faciunt deteriorem.*

Ad L. XXXV. eod. *Tutor pupilli omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est: Quandoque enim pupillo denegabitur actio.*

Ad §. Prodigus si deserat jusjurandum, audiendus non est. Item in cæteris similibus ei dicendum est: Nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro iudicio hoc jusjurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc debiles sunt.

Ad §. Qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec jurare compellendi sunt, ut legati provinciales.

Post legem secundam, & sextam de rebus creditis, sequitur *lex 24. & 35. de jurejur.* Sed memini me eas quidem leges explicasse libro 18. easque vindicasse eidem libro emendata inscriptione. Non est igitur, quod iteremus earum interpretationem. Transeamus ad residuas, quæ tres sunt duntaxat ex hoc libro *28. l. 5. & 7. de eo, quod certo loco dari oportet, & l. 27. de condiçt. indeb.* Quæ tres leges vix implebunt horam. Et liceret nobis, si placeret, ab illis mox aggredi ad 29. librum, verum de eo videbitur, si iis legibus explicatis.

Ad L. V. de Eo, quod certo loco. *Si heres à testatore iussus sit certo loco quid dare, arbitraria actio competit.*

Ad L. VII. eod. *In bonæ fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid præstetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio.*

Ad §. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.

Ad L. XXVII. de Condiçt. indebit. *Qui certo loco debere existimans, indebitum solvit, quolibet loco repetet. Non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur.*

Sunt hæc tres leges de actione utili, quæ *arbitraria* vocatur, per quam is, qui pecuniam sibi certo loco veluti Romæ dari, solvi, vel præstari stipulatus, eam hujus conventionis facta mentione, nihilominus alio loco peti sibi dari oportere, vel solvi, in qua si per promissorem non steterit, quo minus Romæ solveret, minoris pecuniæ condemnatio fit, quia ex sorte debita deducitur quod promissoris interest Romæ potius solvere, ubi se soluturum spondit, quam quo loco convenitur: vel etiam si per promissorem steterit, quo minus Romæ solveret, majoris pecuniæ condemnatio fit, quia præter fortem debitam damnatur etiam promissor in id, quod actoris interest Romæ sibi pecuniam solvi, non quo loco agere compellitur, promissore puta non veniente Romam, & trahente moras, *l. 2. in princ. & §. ult. l. 9. & l. ult. hoc t. l. un. C. ubi conven. qui cer. loc. dari prom. §. loco, Inst. de act.* Interdum igitur in hac actione arbitrio iudicis, vel pluris, vel minoris reus

CC

con,

condemnatur. Addendum est tertium, vel etiam absolvi-
tur quandoque arbitrio judicis, si modo iustus cavere de
pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, confestim paruerit
iusto, sive arbitrio judicis. Cautio pro satisfactione est, l. 4.
§. 1. *hoc tit.* Hæc igitur actio dicitur arbitraria, quia tota
pendet ex arbitrio judicis, scilicet ut reum majoris, vel mi-
noris damnet, vel etiam, si hoc ei videatur, eum absolvat:
cautione ab eo exacta, sicut diximus: & rursus, quia arbi-
trio judicis in hoc iudicio æstimatur quanti rei, vel actoris
inter sit eo loco agi: vel solvi, quo ex conventionem agi, vel
solvi debuit. Arbitraria autem est demonstratio qualitatis
actionis, non nomen actionis: Si quæras nomen, est vel
actio ex stipulatu, vel ex mutuo, vel de constituta pecu-
nia, vel ex testamento utilis, qua scilicet non agitur pure,
& delictæ, sed cum adjectione loci, quo dari debuit, quæ
adjectio hujus rei arbitrium omne permittit iudici. Namq;
citra hanc adjectionem, pura & stricta esset actio, Est igitur
hæc actio, utilis actio ex stipulatione, vel ex mutuo,
vel ex testamento, & ex genere arbitrariorum. Inde in l. 4.
§. 1. *ex hac actione*, inquit, *cum sit arbitraria* (est arbitraria,
sed non dicitur arbitraria quasi suo nomine) ergo hæc actio,
vel ex stipulatione venit, ut speciem posui, id est, utilis est
actio ex stipulatu, aut venit ex mutuo sine stipulatione. Si
mutua pecunia data sit ea lege, ut certo loco reddatur, l. 6.
hoc tit. aut si mutua pecunia, inquit, sic data fuerit, ut cer-
to loco reddatur: aut venit ex constituto, puta si quis de-
bitam pecuniam pro se, vel pro alio certo loco se solutu-
rum constituerit, l. si duo, §. 1. *tit. seq.* Nam ex iis causis
actione utili, quæ arbitraria est, ubique pecunia peti po-
test. Venit etiam hæc actio ex testamento, ut ex hoc libro
Pauli relatum est in l. 5. *hoc tit.* ut puta si testator certo loco
heredem pecuniam, remve legatam præstare jusserit: nam
& alio loco legatarius legati nomine actione ex testam-
to utili. i. arbitraria, in qua fiat mentio loci, quo res legata
præstari debuit, experiri potest. Hæc igitur actio utilis, quæ
arbitraria est, competit in iudiciis stricti juris, veluti ex sti-
pulatione, ex mutuo, ex constituta pecunia, ex testam-
to. An non & in cæteris omnibus iudiciis strictis? Sic sa-
ne: sed hæc sunt iudicia stricta, quæ magis frequentantur.
Nam & actio ex testamento iudiciis strictis adnumeratur,
l. 6. *de in lit. jur. lult. de condit. ob turp. caus.* Quanquam
favore ultimarum voluntatum, hæc actio ex testamento
commune habeat cum actionibus bonæ fidei, ut in ea usu-
ræ veniant ex mora, usuræ legatorum, & fideicommissio-
rum, l. 3. *C. in quib. causis in integr. restit. nec. non est.* Itemque
ut cautio legatorum, vel fideicommissorum ante diem, in
quem relicta sunt, exigatur ex edicto, ut legatorum nomi-
ne caveatur, sicut fit in omnibus bonæ fidei iudiciis, l. in
omnibus, *de iudic.* Item actio ex testamento hoc commune
habet cum iudiciis bonæ fidei, quamvis sit stricta, quod
sicut dolus debitoris vindicatur actione bonæ fidei, ut pu-
ta, si servum debitum, debilitatum, aut vulneratum solvat,
l. & elegantem, §. non solum, *de dolo*, l. 3. §. 1. *commod.* l. 1.
§. si res, *depos.* sic & actione ex testamento vindicatur do-
lus heredis, qui debilitatum servum, qui legatus est, lega-
tario dolo malo præstat, l. hujusmodi, §. ade, *de leg. 1.* Non
omnes actiones strictæ eodem jure sunt. Aliæ aliis strictio-
res sunt. Aliæ sunt arbitrarie, aliæ non sunt arbitrarie, &
ut utar alio exemplo, quamvis stipulatio dotis stricta fue-
rit ante Justinianum, tamen in ea ex mora veniebant usu-
ræ favore dotium, l. ult. §. præterea, *C. de jure dot.* sicut in
bonæ fidei iudiciis. Ac præterea sicut dolus, aut metus, qui
causam præbuit contractui bonæ fidei, nullum facit con-
tractum ipso jure: ita etiam stipulatio dotis nulla erat,
quam extorserat dolus, aut metus adversarii ipso jure, l. si
mulier, §. si dos, *de eo, quod met. caus.* & tamen dolus, qui
dat causam aliis negotiis strictis, negotia nulla non facit
ipso jure: sed rei rescindendæ causa necessaria est actio de
dolo. Itaque non eodem jure actiones sunt omnes stricti
iudicii. Nec quod quædam ex iis quædam habeant com-
munia cum iudiciis bonæ fidei, ideo minus stricto jure
censentur: iis enim detractis, quæ habent communia cum
illis, cætera stricto jure censentur: Verum ad rem: in actio-
nibus stricti iudicii actio arbitraria locum habet. Quæritur

an etiam actioni arbitrarie locus sit in iudiciis bonæ fidei:
Et Paulus ostendit hoc ipso libro in l. 7. *hoc tit.* in iudiciis
bonæ fidei non esse locum arbitrarie actioni, aut non esse
necessariam arbitriam actionem, sed agi, vel ex empto,
aut vendito, vel depositi, adde, vel commodati ex l. si ut
certo, in princ. *commod.* In his iudiciis, & cæteris similibus,
etiam si in contrahendo convenerit, ut certo loco res ven-
dita, vel res deposita, aut commodata reddatur, non est
necessaria actio arbitraria, si alio loco emptor ex empto,
vel dominus depositi, aut commodati agere velit: quia
actio arbitraria, vel adjectio arbitraria inest bonæ fidei iudi-
cii, id est, in bonæ fidei iudiciis tantum potest bonæ fidei
nomen, & officium iudicis, quantum in strictis iudiciis clau-
sula arbitrii, sive, quæ illam importat adjectio loci, quo
dari debuit. Et sic in actionibus bonæ fidei inest actio de
dolo, non etiam in actionibus strictis: dolus vindicatur
actione bonæ fidei, non actione stricta. Exempli gratia, si
quid in stipulatione dolo malo admissum sit, necessaria est
actio de dolo: At ei, qui habet actionem bonæ fidei, ne-
que est necessaria actio de dolo, neque actio arbitraria ex
hoc titulo: & hoc de actione de dolo ostenditur in l. & ele-
ganter, §. non solum, & l. si quis affirmaverit, in princ. *de
dol.* Sic etiam actionibus bonæ fidei inest exceptio doli,
exceptio facti, exceptio quod libertatis onerandæ causa,
& generaliter omnis exceptio, etiam si non opponatur no-
minatim, quia suppletur officio iudicis, l. 3. *de rescind.
vend. l. hujusmodi*, §. qui servum, *de legat. 1. l. etsi ideo*, *sol. ma-
trim. l. 1. §. si onerandæ*, *Quar. rer. actio non det. l. Labeo*,
de operis libert. In strictis iudiciis exceptiones omnimodo
opponendæ sunt, alioqui iudex addictus stricto iudicio,
earum rationem habiturus non est, etiam si illud iudicium
sit arbitrarium, l. Papinianus, *de Public. in rem act.* Et vel
hinc solum satis apparet, quam longe mutant, dissentque
actiones bonæ fidei ab actionibus stricti iudicii. In hac
causa sane multum distant, quoniam in bonæ fidei iudiciis
actio ipsa bonæ fidei competit, cum quid certo loco dari
debet, non arbitraria. In strictis necessaria est arbitraria.
Et secundum hæc subjicit Paulus in hac l. 7. si contracta
emptione venditione, subdita, subjectaque sit stipulatio,
qua emptor stipulatus sit certo loco sibi rem venditam tra-
di, ut in l. si rem tradi, *de verb. obligat.* ad quam, quod no-
tandum, ex hoc loco valde proprium exemplum accom-
modabitur: Si is, inquam, emptor alio loco velit agere si-
bi rem tradi oportere ex stipulatu, necessario actione arbi-
traria uti debet, id est, cum adjectione loci, quo tradi sti-
pulatus est, alio loco agere debet sibi tradi oportere, quia
actio ex stipulatu pura non sufficit. Pura actioni ex sti-
pulatione respondet actio arbitraria. At si citra stipulationem in
contrahenda emptione convenit certo loco rem tradi, alio
loco emptor pure agere potest sibi rem tradi oportere, non
facta mentione loci, quo dari convenit, quia id suppletur
officio iudicis, quod in actionibus bonæ fidei latissimum est.
Recte autem in hac l. 7. Florentini, si tamen certo loco tra-
diturum se quis stipulatus sit. Traditurum quomodo etiam
Odofredus legit, non ut alii, aut conditurum, aut condu-
cturum. Et recte sic etiam Accursius, stipulatus sit interpre-
tatur, promiserit, si certo loco traditurum se quis stipulatus sit,
i. si venditor traditurum rem venditam se esse traditurum
promiserit, ut alibi sæpe in jure stipulari accipitur in patien-
di significatione. In l. 39. *de cont. empt.* quæ etiam de ven-
ditore loquitur, si venditor fructum pendens olivæ vendide-
rit, & stipulatus sit decem pondo i. promiserit stipulanti in
l. si non sortem, §. si decem, *de condit. ind. si decem*, aut Si-
chum stipulatus i. e. æquandem, saltem quinque. In l. ult. in fin.
de administrat. tutor. si quid tutor, aut curator stipulatus sit
i. promiserit: & in multis aliis locis, non tamen ut vulgo
putant, in l. magnam, *C. de contrah. empt.* Nam ut partim recte
legit Haloander, partim veteres lib. docent esse legendum
sic in illa l. non mutata activa verbi significatione, legen-
dum, si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum
stipulatori, ut Haloander recte, non stipulatur, vel alii, quem
stipulator voluit, promisit. Porro dixi supra hanc actionem
arbitriam venire ex mutuo. Unde quæri potest, an etiam
veniat ex promutuo, veluti in debito soluto per errorem
facti,

facti, nam indebiti solutio, quasi mutui datio est, l. 4. §. is quoque, de obligat. & act. videlicet si ea solvantur, quæ pondere, numero, mensurave continentur: Et ad hanc questionem ex hoc libro Pauli pertinet lex 27. de condict. indeb. cum per errorem existimarem, me certo loco pecuniam tibi dare debere, quam non debebam, eam tibi eodem loco solvi, an rei veritate cognita mihi necessaria est actio arbitraria. i. utilis condictio indebiti, ut eam pecuniam quocumque alio loco repetam, si illo nolim, aut non sit commodum quo solvi? minime. Quoniam sufficit directa, & pura condictio indebiti: nam quæ solventi mihi existimatio fuit, eadem mihi repetenti non est: solvi errans, repeto sciens. Et hoc est, quod ait: non enim estimationem solventis eadem species repetitionis sequitur, id est, repetitionis, quæ solutionem sequitur, atque rescindit: species, & conditio longe alia est, quam solutionis puræ. Hic igitur casus nihil pertinet ad actionem arbitrariam de eo, quod certo loco dari oportet, quia nec loci ullius ulla, quæ habeatur, ratio subest. Quocumque igitur loco pecunia repeti potest, etiamsi non fiat mentio solutionis factæ certo loco, quasi eo loco dari deberet. Et hinc notandum, pecuniam certam, ut peti, ita repeti posse quocumque loco, quia scilicet genus petitur, aut repetitur, non corpus certum. Idque confirmatur l. quod legatur, & l. eum, qui insulam, de judic. & l. 1. de ann. leg. Corpus petitur, aut repetitur ubi est, quantitas ubique. Corpus enim certo loco continetur. Quantitas certo loco non continetur. Et ita hæc l. 27. accommodanda est ad tractatum de actione arbitraria, de eo, quod certo loco dari oportet, non quasi proprie ad alium persineat, sed quasi in eum incidat.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

LIBRO XXIX. qui sequitur, primum Paulus interpretatus est edictum de constituta pecunia, & sunt sub eo titulo ex hoc libro Pauli multæ leges, ex quibus hodie dabimus leges 4. 8. & 10. & 13. & 15.

Ad L. IV. de Const. pec. Sed & si citiore die constituat se soluturum, similiter tenetur.

Prætor hoc edicto ex constituto nudo consensu facto, non interposita stipulatione actionem dedit, ut puta si quis pecuniam, quam ipse debet, vel alius pro se, vel pro alio se soluturum constituerit ad diem. Constitutum enim omne fit ad diem, vel expresse, vel tacite: videlicet tacite ad diem 10. ut in l. 21. §. 1. hoc tit. Atque ita prætor constitutum separavit à pacto nudo: nam ex pacto nudo actionem non dedit, ex constituto dedit actionem, quod tamen fit nudo consensu sine stipulatione. Puto hac separatione usum prætorem, quod gravius sit fidem, quæ vitam continet, fallere in pecunia debita, quam in pecunia debita: hoc, inquam, gravius sit fidem frangere in pecunia debita (constitutum enim non fit, nisi in pecunia debita) quam in pecunia non debita, de qua plerumque pactantur: & quod constitutum simile sit recepto, qui contractus est, non pactum, quodque plus aliquanto sit constituere, & recipere, quasi consulto consilio, quam pacisci temere extra contractum. Separavit etiam constitutum à fidejussione, quia fidejussio non fit nudo consensu ut constitutum, sed interposita stipulatione: item, quia nemo fidejebet pro seipso, sed pro alio, l. heres, §. servo, de fidejuss. Constituit vero pro seipso, vel pro alio. Exemplum constituti extat in Epistola Divi Pauli ad Philemonem, ut quodam loco me docere memini. Extat & aliud in Mostellaria Plauti, quæ & ὀσσημῶν dicitur: pater enim pro filio, sic apud creditorem adolescentem intercedit, adolescens

Tom. II. Post.

A mecum rem habet, cui adolescens, nempe abs te petam, & mox pater, petito cras: non stipulatio hoc est, sed constitutum, quod fit non certis, & solemnibus, sed quibuscumque verbis, l. 14. §. ult. hoc tit. Et non tantum per nosmetipsos, sed etiam per epistolam inter absentes: quo genere stipulatio non fit, nisi inter præsentem, per epistolam inter absentes non fit. Constitutum fit etiam inter absentes per epistolam, l. 5. §. Julianus, & l. cuidam, hoc tit. fit & per nuncium, ut si nuncium mittam ad te, qui meo nomine constituat soluturum me quod tibi debetur. Tunc autem maxime constituta utilia sunt, quum quis pecuniam in diem debet, si ante diem constituat, se ipso die, quo constituit, soluturum, vel ut ex hoc ipso libro Pauli traditur in l. 4. hoc tit. si constituat se soluturum citiore die, id est, proximiorie die. Idemque est, si pro eo, qui in diem debet pure, si præsentem die constituat se soluturum: nam etsi quis pure, si præsentem die fidejubeat, quod notandum, pro eo, qui ex die obligatus est, mea quidem sententia obligator, & itatim conveniri potest, quamvis nondum debitor principalis conveniri possit, hac ratione, quia etiamsi debitor principalis nondum conveniri possit, tamen obligatus est. Obligatio collata in diem est præsens, non actio, non petitio, l. 14. l. interdum, l. insulam, de verb. obligat. l. 44. §. 1. de obligat. & act. l. cui res, §. ult. de solut. l. certis, §. 1. de reb. cred. & §. omnis, Insit. de verb. oblig. Et ideo, quod notandum, inveniunt quidem non obligari fidejussorem, qui pure fidejussit pro eo, qui sub conditione promissit, quia is, pro quo fidejussit, obligatus non est: obligatio collata in conditionem non est præsens, l. Græce, §. item accepto, de fidejuss. Sed nusquam inveniunt etiam non obligari fidejussorem, qui pure fidejussit pro eo, qui in diem promissit: obligatur enim, quia & reus principalis obligatus est, & consequenter fidejussor conveniri potest, nec tamen si solverit, statim pecuniam solutam, à debitore principali repetere potest, antequam dies venerit, aliter quam si mandato, aut voluntate ejus solverit, l. 31. de fidejuss. Non est cur Accursius hac in re separet fidejussorem à reo constitutæ pecuniæ. Et hæc ad legem quartam.

Ad L. VIII. eod. Si vero mihi, aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio. Quod si posteaquam soli mihi te soluturum constituisisti, solveris Titio, nihilominus mihi tenebris.

Sequitur lex 8. Constitui potest ei tantum, cui debetur, vel alii ejus voluntate, veluti creditori creditoris voluntate creditoris, aut procuratori voluntate domini, & creditori, aut procuratori acquiritur actio constitutæ pecuniæ, non domino, vel primo creditori: quia per liberam personam nobis actio acquiri non potest: est certissima juris regula, l. 5. §. quod exigimus, & §. Julianus, hoc tit. His consequens est, si stipulatus fuerim mihi, aut Titio, quia mihi soli debetur, non Titio, qui solutionis duntaxat gratia adjectus esse intelligitur, videlicet, ut solvere ei promissor si velit, possit, non etiam ut obligatio, & actio ei quæreretur, quia nec potest ex stipulatione alteri facta, alteri obligatio acquiri. Quia igitur mihi soli debetur, non Titio, & mihi soli constitui potest, non Titio, vel constitui potest mihi, aut Titio, ut quemadmodum in principali obligatione, ita in constitutoria Titius sit tantum adjectus solutionis gratia, non etiam applicitus obligationi, quia in personam Titii consistere non potest ex stipulatu meo. Quod si qui promiserat mihi se daturum, aut Titio, mihi soli constituerit, quod proponitur in hac l. 8. si, inquam, qui promiserat mihi, aut Titio, postea mihi soli constituerit se soluturum, ac deinde solverit Titio, quod potuit etiam me invito, l. vero, §. 1. l. si ita stipulatus sum, de solut. quia constitutum non novat principalem obligationem, l. item illa, §. ult. l. ubi quis, hoc tit. l. filiusfamilias, de in rem verso, l. 3. §. 1. de administrat. rer. ad civit. pertinent. Solvendo igitur Titio, quamvis post contractam principalem obligationem mihi soli constituerit, ipso jure liberabit se à priori, & principali obligatione. Non liberabit tamen se à posteriori, id est, à constitutoria, in qua Titius non fuit adjectus: sed mihi soli

C c 2

pecu-

pecunia constituta est. Quæ est sententia legis 8. Verum ut additur in l.9. poterit debitor à Titio repetere conditione indebiti quod ei imprudenter solvit. Quomodo imprudenter? Nimirum non animadvertens constitutum, quod mihi soli fecit, pro solutione haberi, id est, constituendo mihi, jam se quasi mihi solvisse videri. Solvit igitur Titio, qui jam mihi solvisse intelligebatur. Denique solvit Titio vi constituti mihi facti, non tenens quod constitutum vice solutionis est. Et hoc ex eodem lib. Paulus comprobatur in l. 10. proposita specie hujusmodi.

Ad L.X.cod. Idem est, & si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est: quia loco ejus, cui jam solutum est, habere debet is, cui constituitur.

Ad L.XIII.cod. Sed si quis viginti debens, decem constituit se B solviturum, tenebitur.

Duo sunt rei stipulandi, duo stipulatores, vel duo rei credendi, quibus eandem pecuniam singulis in solidum debes, fac esse Titium, & Cajum, & postea tu soli Titio constitueris te solviturum. Id jam pro eo est, ac si Titio solvisset. Et ideo si postea imprudens Cajo solveris alteri creditori, Cajo tibi tenetur conditione indebiti, tu Titio, cui soli constituisti, teneris actione constitutæ pecuniæ. Et hoc vult Paulus in l. 10. in qua recte Basilica, ὁ ἀντιγράφος ἑστὶν ὁ ἀπολαβόντι, cui constitutum est, similis est ei, cui solviturum est. Constitutum vice solutionis est, atque ideo qui constituit uni, postea si solverit alteri, bis solvisse videtur. Cui sententiæ congruit etiam vox de via collecta, id est proverbium, quod in ore omnium versatur, *Qui respondeat paye*. Nam ita respondere, ut Græcis ἀντιγράφον, est constituere se solviturum. Observa autem legem 8. loqui de eo, qui cum promississet mihi, aut Titio, mihi soli postea constituit se solviturum. Et retine hanc speciem: nam si aliter ponas speciem, non idem erit, ut puta, si cum quis promississet mihi, aut Titio, alius pro eo mihi constituerit, non obligatur exemplo fidejussoris, qui si mihi soli promiserit, cum reus principalis promississet mihi, aut Titio, non obligatur: quia in duriores causas fidejussisse intelligitur: durior est causa ejus, qui uni tantum solvere potest: levior ejus, qui huic, vel illi, prout elegit, solvere potest, nec uni destitute solvere attritus est, *l. 1. si qui accessionis, de fidejuss.* Ut fidejussor igitur, ita & reus constitutæ pecuniæ in deteriore, durioresve causas accipi non potest, *l. 1. §. ult. & l. seq. hoc tit.* Et ut dixi, deterior est causa ejus, vel fidejussoris, vel rei constitutæ pecuniæ, qui creditori soli promississet, cui debitor non soli promiserit, sed ei, aut Titio. Accipit tamen uterque potest in leviores causas, inversa superiori specie. Si cum quis mihi soli promississet, & alius pro eo, me volente, aut mandante, constituerit se solviturum mihi, aut Titio, vel si alius pro eo fidejusserit, mihi, aut Titio dari, obligatur, quia in leviores causas intervenit, *d. l. 1. si qui accessionis*. Levior est enim causa ejus, quia potest vel Titio solvere, cui reus principalis non potest: verum si solverit Titio, mihi agenti ex priori stipulatione proculdubio obstat exceptio, quia mea voluntate solvit, quæ est sententia legis *pen. h. tit.* Non facio in hac re differentiam inter fidejussorem, & reum constitutæ pecuniæ, quia generaliter proditum lego: *in universis, qui pro aliis obligantur in l. Græce, §. illud*: in universis, qui accessionis loco promittunt, *d. l. 1. si qui accessionis*: ergo in mandatoribus, in fidejussoribus, in reis constitutæ pecuniæ, quos Accursius solet *sponsores* appellare, pro *responsores*, ut Græci ἀντιγράφοι, in leviores eos causas accipi posse, non in deteriores. Hæc est regula generalis, quam secutus etiam dicam, eum, qui pro eo, qui viginti debet, constituerit decem, obligari, sicut si debens 20. pro seipso constituit 10. *l. 13. hoc tit.* quæ est ex eodem libro Pauli, quia in minorem summam denuo se obligat: eum vero, qui pro se ipso debens 10. vel pro alio debente 10. constituerit 20. quæ major summa est, in 10. tantummodo obligatur, non in integra 20. *l. 11. §. ult. hoc tit.* Idque exemplo fidejussoris, qui si pro eo, qui debet 10. promiserit 20. in 20. quidem non tenetur, in decem tantum eum teneri æquius est: cujus sententiæ fortissimum.

A argumentum præbet *lex si à reo, de fidejussor.* Cujus sententia hæc est: Si quis pro eo, qui promissit, sub una conditione, puta si navis ex Asia venerit, fidejusserit sub eadem, & insuper alia conditione disjunctim, puta si navis ex Asia venerit, aut si Titius consul factus fuerit: hoc casu lex hoc primum ait, *fidejussorem nullo modo teneri*, aut ut subjicit se corrigens, *quod magis est*, id est, quod æquius est, teneri, *si prior conditio, quæ utrique fuit adscripta, communis conditio exstiterit.* Et simili modo cur non dicam, si pro eo, qui 10. debet, fidejussor promiserit 20. aut nullo modo fidejussorem teneri, aut, quod magis est, teneri in 10. tantum, id est, in summam debitam, non in summam majorem, ut eadem ratio servetur in summa, quæ servatur in tempore. Qui putant nimis asperè fidejussorem nullo modo obligari, suæ opinionis firmandæ non habent, nisi hæc verba *d. legis Græce, §. illud, in majorem summam adhibitum fidejussorem omnino non obligari.* Quæ tamen verba sunt ambigua: Nam & hanc interpretationem recipiunt, *nullo modo obligari*, & hanc, *non in totum obligari*, id est, in id tantum, quod debitam quantitatem excurrit non obligari, quod Alciatus docuit *5. παρέρπων, cap. 17.* ambiguam scilicet orationem esse. In ambigua autem oratione, melius est humaniorem interpretationem sequi.

Ad L.XV.cod. Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam acquirimus: quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur.

Constituere possum meo creditori me solviturum, non per me ipsum tantum, sed etiam per epistolam, ut dixi paulo supra, vel per nuntium liberum hominem, qui ei meo nomine caveat, & constituat me solviturum certa die. Nam & in hoc genere ei quæritur actio de constituta pecunia: neque enim dici potest ea actio ei per nuntium liberum hominem acquiri, quod nec jure fieri potest, sed ei videtur acquiri per semetipsum, ac si mecum rem habuisset: nuncios minister est tantum: ego, & ille, auctores sumus contrahendæ obligationis: ut epistola me tibi non acquirit obligationem, ita nec nuntius, qui nihil aliud est, quam epistola loquens, & retro epistola tacitus nuntius, ut Epictetus dicebat: sic summæ viri, & matronæ adiri solent. Plautus in *Milite*: *Per nuntium*, inquit, *aut per epistolam, quasi regem adiri eum jubet.* Et hæc sententia Pauli in hac leg. 15. de nuntio libero homine valde notanda est: quia non ad constitutum tantum, sed ad eam omnia accommodari potest, quæ per nuntium expediri possunt, veluti ad conventiones, aut contractus, qui nudo consensu perficiuntur, *l. 2. de pact. l. 2. de obligat. & aff. & ad donationes, l. 4. de donat. & ad iusta arbitratorum, & compromissariorum, l. diem, in princip. l. sed & interpellatur, §. 1. de recept. & ad precaria, l. 9. de precar. & ad cessiones bonorum, l. ult. de cess. bon. & ad restitutionem hereditatum, aut ad recusationem adeundæ hereditatis, l. 6. & 37. ad Trebell.* quæ omnia per nuntium etiam liberum hominem peragi possunt.

Ad L.XVII.cod. Sed est alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla iusta causa fuit non accipiendi, æquum est succurri reo, aut exceptione, aut iusta interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat: ut illa verba, nec fecisset *hoc significans*, ut neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

Præter leges quinque, quas jam exposui ex titulo *de constituta pecunia*, quæ sumptæ sunt ex libro 29. Pauli ad edictum, sunt adhuc aliæ tres, *l. 17. 19. & 21.* è quibus jam mihi licebit tantum explicare *l. 17.* quia quæstio ejus multa, & magna complectitur, & ea quidem omnia scitu, atque explicatu dignissima. Constitutum omne fit ad diem certum, idque vox ipsa demonstrat: constitutum enim diem, constitutum dicimus: constituere se solviturum, est constituere certo die se solviturum. Denique constitutum omne fit ad diem, vel si forte fiat sine die, intelligitur factum

ctum ad diem decimum saltem, ut explicabitur in l. 21. §. 1. hoc tit. Iterum dico, constitutum omne fieri ad diem. Et inde colligo actione de constituta pecunia teneri eum, qui condita, & præstituta die non solvit, aut non fecit quod constituit, ita ut postridie ejus diei, quo se daturum, facturumve constituit, conveniri possit actione de constituta pecunia. Sed si postridie, vel qua alia die postea offerat quod constituit, nec creditor velit accipere: si, inquam, post diem constitutum priusquam conveniretur actione de constituta pecunia, offerat creditori, quod constituit, nec creditor velit accipere, nec ulla sit ei justa causa non accipiendi, quæritur, an si forte pecuniam oblatam mox debitor sine culpa sua perdidit, liberetur, quasi perierit pecunia creditori, non sibi: quasi pro soluta habeatur, quam creditor sine justa causa accipere recusavit. Hæc est quæstio. Fuit quidem ipse reus constitutæ pecuniæ prior in mora, quia constituta die non solvit, & mora fit ex die ipso: hoc est certissimum in jure, ubi obligationi dies adscriptus est etiam ante litem contestatam; mora, inquam, fit ex solo die, quo solvi debuit, ex solo tempore tardæ solutionis, etiam antequam lis contestata sit, antequam cum debitore egerit creditor, *l. ad diem, de verb. obligat. §. 1. 3. de fidei. libert. l. magnam*, quæ in hanc rem vulgo citatur, *Cod. de contrab. stipul. l. 2. Cod. de jure emphyt.* Si obligationi dies adscriptus non sit, sive solutioni, mora plerumque non fit, nisi ex tempore litis contestatæ, *l. 1. 2. §. 4. C. de usu. legat. l. quæsitum, §. ult. de leg. 1.* Constituto dies fuit adscripta: ascribitur enim semper constituto, aut adscripta intelligitur: & ideo debitor prior moram fecit, qui constituto die non solvit. Verum creditor deinde posterior moram fecit in accipienda oblata pecunia, quia ante litem contestatam oblatam pecuniam sine justa causa accipere recusavit, eique posterior mora, potterius factum nocet usque ad litem contestatam, posterior mora actoris, sive creditoris extinguit priorem moram debitoris. Prior mora emendata, sive purgata esse intelligitur oblatione, *l. libud, de pericul. §. commod. rei vend. l. qui decem, in principio, §. 1. de solut. l. interdum, §. ult. l. si servum, §. sequitur, de verb. oblig.* Et ob id recte ait Paulus in hac lege 17. hoc casu reum constitutæ pecuniæ, videlicet si oblatam pecuniam perdidit sine sua culpa (hæc omnia supplenda sunt) liberari, quia periculum pecuniæ respicit creditorem, qui posteriorem moram fecit, & liberari, inquit, vel exceptione, doli mali scilicet, vel justa interpretatione, id est, vel liberari jurisdictione prætoris (omnis enim exceptio est prætoris) vel interpretatione juris civilis, quæ pro ipso jure habetur. Liberari igitur vel exceptione, vel ipso jure: & sic in *l. 12. de legibus*. Jurisdictio (quæ specialiter accipitur pro prætoris, quum ita ponitur absolute) respondet interpretationi, & in *l. justa, de verb. signif. §. 1. 3. C. de interd. matrim.* Justa interpretatio similiter, id est, interpretatio juris civilis, quæ fit à prudentibus, vel à iudice, & quæ, ut dixi habetur pro ipso jure, pro mero jure civili. Atque ideo committitur, ut hoc loco, prætorio juri, nempe exceptioni prætoris. Et in aliis quoque causis quam plurimis debitores dicuntur liberari, vel ipso jure, vel per exceptionem, non quidem in una, & eadem specie: sed adhibita distinctione suo quoque modo, id est, ipso jure, vel per exceptionem in sua specie, ut in *l. si sine, §. ult. rem rat. hab.* actionem inutilem fieri, vel ipso jure, vel per exceptionem. Ipso jure, id est, solutione, vel acceptilatione: per exceptionem, pacto. Et in *l. 28. de reg. jur.* obligationis causam pactio immutari vel ipso jure, vel per exceptionem. Ipso jure, id est, si obligatio sit bonæ fidei, quia ei insunt omnes exceptiones tacite, hoc est, suppletur officio iudicis: Per exceptionem autem pacti, si obligatio fuerit stricti juris. Et in *l. qui servum, de obligat. §. ult.* eum, qui rem sibi commodatam surripuit, domino teneri actione commodati, & conditione furtiva: sed altera actione alteram perimi, vel ipso jure, inquit, vel per exceptionem. Ipso jure, si prius egerit conditione furtiva: per exceptionem, si prius egerit commodati, ut similiter in *l. si is, cui commoda- ta, de furt. §. l. prædia, de action. empt.* Eodemque modo in *l. abicumque, de fidei. juss.* novata principali obligatione

A fideiussorem, vel ipso jure, vel per exceptionem liberari. Ipso jure, si novatio fuerit facta legitime: per exceptionem, si non fuerit facta legitime, quæ tamen valet ut pactum: & exceptio pacti, quæ reo principali prodest, prodest etiam fideiussori. Sic & in *l. si rem 29. §. 1. de evictio.* venditorem, qui emptori promisit duplam evictionis nomine, si emptor amiserit rei emptæ possessionem, ac deinde in rei vindicatione victus fuerit, vel ipso jure tutum esse venditorem, vel propter exceptionem: ipso jure, si emptor sua sponte possessionem amiserit: per exceptionem, si culpa intervenit. Et hæc, quæ ita variis locis proponuntur, vel ipso jure quem liberari, vel per exceptionem, aliter efferuntur, vel exprimuntur hoc modo: vel per exceptionem, vel officio iudicis, *l. 3. §. ult. nauæ, caup. l. bona, de noxal. act. l. sumpt. de rei vind.* Nam quod fit ipso jure, suppletur officio iudicis. Sic vero & in specie hujus legis recte Paulus ait, reum constitutæ pecuniæ post diem pecuniam offerentem ante litem contestatam, si sine justa causa creditor eam accipere recusaverit, liberari, vel per exceptionem doli mali, vel justa interpretatione, id est, ipso jure, & exceptione doli mali, si prior obligatio, cui accessit constitutum, fuerit stricta. Ipso autem jure, si prior obligatio fuerit bonæ fidei, quia ut eleganter ait *lex qui id, quod, de donat. causa*, & origo constitutæ pecuniæ in primis spectanda est, non stricti iudicii potestas, quale est iudicium constitutæ pecuniæ, quod usui esse potest in multis litibus. *Il faut regarder la source de la dette que l'on paye, non pas la rigueur de la loi.* Liberari igitur vel hoc, vel illo modo in specie proposita reum constitutæ pecuniæ, & liberari à periculo, ut ante dixi, si postea oblatam pecuniam sine culpa sua amiserit, ac consequenter, liberari ab actione constitutæ pecuniæ, quia solvisse intelligitur, *d. l. qui decem*, atque adeo liberari eum à præstatione ejus, quod interest, quia nihil creditoris interest, propterea quod nullam justam causam habuit recusandæ solutionis, ut posuimus. Cæterum ne quid objiciatur, dicat, quod & Accursius intellexit, non liberari tamen à pœna, si qua fuerit in stipulatum deducta, si ad diem constitutam pecunia non solveretur. Moræ semel commissa emendatio fit per oblationem, scilicet quæ fiat integro adhuc jure creditoris, id est, cum nondum quicquam interest creditoris sibi præmaturius solutam pecuniam fuisse. Ac pœnæ semel commissa, de qua conventum est, evitandæ nulla ratio est, quia pœna conventa hoc omnino agit intra contrahentes, ut stricto jure rem agant, *l. trajecitina, de obligat.* Ex his vero concludit Paulus hoc loco, hæc verba edicisse, quæ sunt in *l. 16. si paret eum, qui constituit, neque solvisse, neque fecisse*: hæc, inquam, verba sic esse accipienda, si neque is, qui constituit, ad diem constitutum solverit, aut fecerit quod constituit, neque postea quandoque ante litem contestatam: tunc, ut teneat actio constitutæ pecuniæ. Contra vero si ante litem contestatam solverit, vel fecerit quod constituit, etiam si post diem constituti, vel si per eum non steterit quo minus solveret, aut faceret, si obtulerit constitutum, ut tunc actio constitutæ pecuniæ ipso jure non teneat, vel summoveatur per exceptionem doli mali, videlicet si nulla fuerit creditori justa non accipiendi quod offerebatur causa, puta si nihil interfuerit actoris, sive creditoris die potius constituta, quam hodie solvi sibi. Nam si quid interfuit actoris, ut puta si negotiator fuerit, cujus maxime interfuerit ad constitutum solvi sibi debitam pecuniam, hoc casu non facit moram creditor, si alia die recusat accipere, quam qua reus constituit se daturum, nisi, quod & Accursius excepit recte, debitor & sortem simul offerat, & id omne quod interest creditoris, quod si faciat, audiendus est post litem contestatam, & absolvendus: quia omnia judicia sunt absolutoria: est vulgare dictum juris, id est, omni iudicio reus absolvi potest, si ante rem judicatam satisfaciatur actori ad plenum, scilicet, si tantum faciat, quantum ei satis est, *§. ult. Insitut. de perpet. §. semp. act.* Et hæc est sententia hujus legis decimæ septimæ. Verum ad eam confirmandam non erit inutile demonstrare, non male ab Accursio adduci *legem nisi post tres, si quis caution.* Nam & stipulatio iudicio

sti, de qua ibi agitur; fit in diem certum iudicio sisti illo die, aut loco, quo die si promissor defuerit, stipulatio committitur adversus illum, ita ut ex ea agi possit adversus illum. Sed si antequam agatur, alia die postea se sistat, quum ex mora rei jus actoris deterius factum non est, id est, cum actoris nihil interest, etiamsi se condito die non stiterit, modo se sistat nunc, hoc casu conventus ex stipulatione, quanti ea res est, se defendere poterit exceptione doli mali, quia revera nihil interest actoris, etiamsi alio die se sistat, quam quo cavit se staturum. Dico ex stipulatione quanti ea res est, id est, quæ concluditur in id, quod interest, puta si promiserit stipulanti, se illo die sisti, aut quanti ea res erit dari, si alio die sistat se post moram, quia ad diem conditum non adfuit, mora emendatur. At si cum pœna promiserit iudicio sisti, pœnæ exactio erit, si cum pœna vadimonium promiserit, pœnæ exactio erit, etiamsi sistat se postea, atque etiamsi nihil interest actoris, pœnam semel commissam non potest effugere, nec si postea sistat se, tamen integrum sit jus actoris, & illæsum. Damnationem autem in id, quod interest, effugere potest, si integro jure actoris postea sistat se ante litem contestatam ex stipulatu, quæ species huic nostræ persimilis est. Et hæc quidem hæcenus de reo constitutæ pecuniæ. Sed non est prætermittendum, quod ex Ulpiano subjicitur in *l. seq. de actore*, sive creditore, cui constituta pecunia est. Actor, sive creditor si ad diem constitutum moram non fecerit in accipiendo, si die constituto paratus fuerit accipere, si venerit constitutum accipiendi causa, sed moram fecerit ante diem, vel post diem, cum ei pecunia offerretur: Ulpianus ait, eam rem nihil ei nocere. Et quidem, si ante diem constituti noluerit accipere, nihil nocet: quia nec moram fecisse intelligitur, qui oblatum ante diem noluit accipere, quia non offerebatur congruo die, *l. si soluturus, de solut.* Et liberatur quidem debitor, qui solvit ante diem accipienti creditori, *l. quod in diem, de solut. l. quod quis, de oblig. & action. l. stipulatio ista, §. inter incertam, de verb. obligat.* Verum creditor non cogitur invitus ante diem accipere: si acceperit, liberatur debitor. Quidni? Verum sic non cogitur invitus accipere. Et si recusat accipere, iusta ratione nititur. Iusta est dilatio: ergo non est mora. Quid est mora? Injusta dilatio solvendi, vel accipiendi quod debetur. Et ita etiam legimus apud Titum Livium 36. Carthaginenses cum deberent certis pensionibus certam pecuniam populo Romano, eamque omnem præsentem offerrent, populum Romanum respondisse, se ante diem non accepturos. Versatur in eo die, quo nobis solvi cavimus, utilitas quædam nostra, quam præripit nobis, qui vult nos cogere ad pecuniam accipiendam ante diem. Ergo si creditor ante diem constitutum non acceperit, ea res ei fraudi esse non potest. Quid si post diem constitutum noluerit accipere, qui die constituti paratus erat? Si post diem constituti noluerit accipere, etiam hoc ei nihil nocet, videlicet si ejus interfuerit constituto die pecuniam solvi, nisi, ut dixi, & reus offerat omne, quod ejus interest. Sed si nihil ejus interfuit, vel hodie solvi, vel constituto die, factum ejus, id est, mora, quam facit in accipiendo, ei nocet, usque ad litem contestatam, quia non habuit justam causam non accipiendi, cum nihil ejus interesset. Hoc ostenditur in lege sequenti. Verum quid dicemus si creditor ad diem constituti moram fecerit: puta non venerit, aut noluerit accipere pecuniam die constituto oblatam sibi: & postea pecunia, quam tunc temporis debitor paratam habebat, perierit furto, vel rapina, vel alio casu? Et rursus: Quid si creditor impeditus fuerit, ut in sequenti proponitur, venire ad constitutum, vel valetudine, vel adversa tempestate, vel vi majore, insolita vi aquarum, an ea res ei nocet, id est, an periculum pecuniæ, quæ post diem constituti periit, ad eum respicit, an ad debitorem? Et ait periculum ad creditorem pertinere, debitorem liberari: quia verum est creditorem moram fecisse in accipiendo. At dices, impeditus fuit vi majore, morbo fontico, adversa tempestate, aut vi fluminis, qui tres casus excusant actorem, excusant reum, excusant iudicem ex 12. tabulis, qui iudicii die non venerunt, qui iudicio non ad-

fuerunt, *l. 2. §. si iudicio, si quis cautionibus, &c.* Nam & iis casibus obviam iri, vel obfisti non potest, cum sint casus majores. Respondeo, & dico excusari etiam æquum esse eum, qui ad diem constitutum solvendæ pecuniæ non venerit, puta ut reo sit integrum alio die offerre, & actori alio die petere, sed non etiam, ut periculo liberetur. Primum non ut periculo liberetur actor, si ipse ad constitutum non venerit, & pecunia solutioni destinata parataque interim deperdita fuerit sine culpa debitoris: Nam hoc casu, etiamsi vi majore creditor venire impeditus fuerit, periculum pecuniæ ad eum pertinet, non ad debitorem, qui functus est officio debitoris bonæ fidei, & quia verum est, rem debitam periisse ante moram debitoris. Et vulgare est hoc, rem quamque quoque modo peremptam ante moram debitoris perire creditori, periculum ejus rei respicere creditorem, *l. si ex legati causa, de verb. obligat.* Contra quoque, ut periculo non liberetur reus, qui ad diem constituti non venit, licet impeditus fuerit casu majore, atque ita pecuniam, remve amisit post moram. Hic non liberatur: res enim interiit post moram. Et ita explicanda est hæc lex.

Ad L. XIX. eod. *Id quod sub conditione debetur, si pure, si ve certo die constituitur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione teneatur: deficiente, utraque actio deperat.*

Ad §. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituit, inquit Pomponius, in hunc utilem actionem esse.

Ad §. Si pater, vel dominus constituerit se soluturum, quod fuit in peculio, non minueretur peculium eo, quod ex ea causa obstructus esse ceperit, & licet interierit peculium, non tamen liberatur.

Restat ex eodem titulo de constituta pecunia lex 19. & 21. Hoc edicto nominatim expressum est, de ea tantum pecunia actionem dari, quam quum constituebatur, apparebat fuisse debitam, non de ea, quæ tum erat prorsus indebita, *l. 1. §. 1. l. 18. §. 1. hoc sit.* Ex quo sequitur si quis constituerit, quod sub conditione debetur à se, vel ab alio, nihil refert, etiamsi constituerit pure, vel in diem certum, eum hac actione non teneri, eum non teneri de constituta pecunia, antequam conditio extiterit. Recte quidem accessit principali obligationi, quæ scilicet futura est, si conditio extiterit: sed ut principalis obligatio conditionalis est, & hæc quoque, tamen si pure in diem præsentem, vel in alium diem certum concepta esset, conditionalis esse intelligitur, ac proinde eadem conditione suspenditur, quæ & principalis obligatio. Nec enim consistere potest, id est, incipere non potest (quæ enim ceperit semel, potest consistere) ut infra demonstrabimus. Non potest igitur incipere constitutoria obligatio sine principali obligatione, quæ cum nulla sit antequam conditio extiterit, consequens etiam est, nullum interim constitutum esse, ac porro nullum prorsus esse constitutum, si conditio defecerit; sæpe fit, ut pure concepta, conditionalia esse intelligantur, & contra, *l. aliquando, de cond. & dem.* Eadem vero est ratio fidejussoris, quoniam si quis pro eo, qui sub conditione debet, fidejusserit pure, vel certo die, fidejusserit quidem recte, quia etiam futuræ obligationi fidejussor adhiberi potest, *l. non quemadmodum, de judic.* sed non obligatur, ut ait *lex Græce, si item si accepto, de fidejuss.* non obligatur, id est, quamvis alias obligatio, quæ fit in diem certum præsens sit, non etiam actio: tamen ille fidejussor non obligatur præsentis die, qui pro eo, qui sub conditione debet, fidejussit pure, vel in diem certum: sed eadem conditione, qua principalis debitoris, pro quo intercessit, & illius fidejussoris obligatio suspenditur, ita ut existente conditione uterque teneatur, deficiente conditione neuter teneatur, *l. si a reo, §. 1. de fidejuss.* Nec est, quod in hac re Accursius faciat differentiam inter fidejussorem, & reum constitutæ pecuniæ. Nam & contra quoque, sicut pro se quis, si pure obligatus sit, vel pro alio pure obligato, recte sub conditione constituit pro se, vel pro alio pure obligato, ut ex Pomponio in hac lege scribit Paulus: ita etiam pro eo, qui

qui pure debet, recte fidejussor intercedit sub conditione, quia in levio rem causam intercedit, *d. s. item si accepto, & d. l. si a reo, §. 1.* Et similiter, ut dixi in *lege 4. supra*, si quis pro se, vel pro alio, quod ex die debetur, pure constituat, vel pro alio, qui ex die obligatus est, pure fidejubeat, tenet obligatio statim, quia & principalis obligatio est præsens, nimirum quia actio tantum, live petitio in diem collata esse intelligitur. Uterque igitur statim obligatur, quia & reus principalis obligatus est. Verum, quod mutari velim in *d. l. 4.* verius est fidejussorem, aut reum constitutæ pecuniæ, qui id, quod ex die debetur pure constituit, vel fide sua esse iussit, non posse conveniri ante diem, id est, antequam a reo principali peti possit. Et ita accipiendum est, quod ait *l. fidejussor obligari, §. pen. de fidejuss.* fidejussorem pure acceptum pro debitore in diem non obligari, videlicet, ut conveniri possit statim; cæterum obligatur, quia & is, pro quo fidejubes, obligatus est. Obligatio collata in diem est præsens, longe aliter quam obligatio conditionalis, quæ non est præsens, nec simpliciter dici potest obligatio, sed obligatio conditionalis. Obligatio in diem simpliciter potest dici obligatio. Et hæc sunt, quæ pertinent ad prior rem partem hujus legis. Sequitur posterior pars. *Si pater, & dominus constituerit, &c.* Sententia hæc est: pater, vel dominus, si creditori peculiario constituerit se soluturum quod tunc fuit in peculio filii familias, vel servi, dubitatur, an sicut si pater, aut dominus fidejusserit pro filio, vel servo, exempli gratia in aureos centum, in tantum minuitur peculium filii, vel servi, quia in id, quod pater, vel dominus obligatus est, peculio deducitur, & id quod superest duntaxat intelligitur esse in peculio. Itaque ob id, quod pater, vel dominus fidejussit pro filio, vel servo, minuitur peculium, pro quantitate scilicet, in quam fidejussit, *l. 9. §. ult. de pecul.* Dubitatur ergo, an etiam minuatur peculium, si pater, vel dominus constituerit creditori peculiari se soluturum, quod tunc in peculio fuerit, quod Paulus negat hoc loco. Negat ob id minui peculium, quod pater de constituta pecunia obstrictus esse cœperit. Et ratio differentiæ est aperta: nam cum fidejubes, filii, vel servi nomine fidejubes. At quum se soluturum constituit, non simpliciter nullo alio adjecto, sed cum se soluturum constituit quod tunc fuit in peculio, suo nomine constituit, non nomine filii, vel servi, quia jure pratorio ex contractu filii, vel servi suo nomine tenetur in id, quod in peculio est, peculio tenus, *l. 1. §. ult. hoc tit. l. 59. de solut.* Si filii, aut servi nomine se soluturum constituerit simpliciter, nec adjecerit, *quod tunc fuit in peculio*, proculdubio peculium minuitur, eo quod ex ea causa obligatus esse cœperit, perinde atque si fidejussisset pro filio, aut servo. Igitur in eo duntaxat differentia est inter eum, qui fidejussit, & eum, qui constituit hac in re, quod nemo fidejubere potest suo nomine; puta, quod est in peculio servi, vel filii, quoniam id debet suo nomine ex contractu filii, vel servi: nemo unquam fidejubes pro seipso. Constituere tamen quis potest etiam pro seipso, constituere potest suo nomine id, quod in peculio fuerit, quæ res non minuit peculium, aut non deducitur ex peculio. Quinimo, ut & hic ostenditur, & in lege sequenti, etsi postea minuatur, aut intereat universum peculium, atque ita minuatur, vel intereat actio de peculio, quæ est actio principalis, non tamen minuitur actio constitutoria, quia actio constitutoria retrorsum se refert, ut ait *lex 18. §. 1.* At id, quod debitum fuit tunc, quum constituebatur, id debetur ab eo, qui constituit, etiam postea deberi desierit, id est, etiam si postea desierit esse in principali obligatione. Satis esse debitum fuisse tunc, quum constituebatur. In actione de peculio spectatur tempus rei judicatæ, id est, quantum eo tempore sit in peculio. Si nihil sit in peculio, si interim interierit peculium, inanis est actio de peculio, *l. quæsitum, de pecul.* At in actione constitutoria spectatur tempus conventionis. Neque vero novum hoc est, ut sublata obligatione principali, maneat accessoria, quæ jure constitit ab initio, sive sit fidejussoria, sive constitutoria, *l. cum quis, §. si quis pro eo, de fidejuss.* Idemque dicendum opinor, si non ipse pater, vel dominus constituerit se soluturum, quod est

A in peculio, sed alius pro eo, vel constituerit, vel fidejusserit nominatim, scilicet in id, quod tunc est in peculio pro parte, vel in totum. Nam si simpliciter fidejusserit, vel constituerit, hoc non adjecto, in id, quod nunc est in peculio, tenetur duntaxat in id, quod in peculio erit rei judicatæ tempore, *l. cum fidejubeat, de fidejuss.*

Ad L. XXI. eod. *Promissor Stichum post moram ab eo factam, mortuo Stichum, si constituerit se pretium ejus soluturum, tenetur.*

Ad §. Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant, alioquin & confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas. Sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exaetio celebretur.

B Ad §. Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem. Si quis autem constituat se satisfacturum, fidejussorem, vel pignora det, non tenetur: quia nihil interfit, quemadmodum satisfaciatur.

FACILIORA sunt hæc, quæ habentur in *leg. 21.* Certissima est definitio juris, debitorem hominis certi liberari homine suo fato mortuo ante moram debitoris. Contra vero, homine mortuo post moram debitoris, debitorem non liberari, sed ab eo adhuc peti posse, vel hominem, quamvis præstari non possit, quamvis dari non possit, vel pretium ejus: nullius quidem rei nulla debetio videtur esse, nulla igitur debetio hominis mortui: sed tamen, quia quandoque is homo fuit in obligatione, non male petitur post mortem, ita tamen, ut pretium ejus solvatur: quæ definitio juris extat multis in locis, *l. si ex legati causa, de verb. obligat. l. si mihi alienum, de solut. l. vendit. de hered. vend. l. 6. de usufruct. leg. l. 9. §. pen. de statutib. l. cum, qui, §. 1. de jurejur. l. cum res, §. ult. de legat. 1.* Et in hoc titulo *l. 16. §. pen.* in illo loco, *si per rerum naturam stetit, subveniri reo debere*, id est, si res naturaliter interierit ante moram, subveniri reo debere, ut scilicet non teneatur. Et ideo initio hujus legis *21.* mortuo homine post moram recte ait, debitorem constituere se pretium ejus soluturum, quia id debere intelligitur. Idem est, si constituerit se hominem soluturum, ut in *l. 23. infra*: quoniam hoc sic intelligitur, ut pretium ejus exsolvat. Idem vero, & recte constituit alius, aut fidejubes pro eo, quia extat principalis obligatio, quam non extinxit mors debiti hominis, quandoquidem contingit post moram debitoris. Hoc est apertissimum. In *§. 1. hujus legis 21.* queritur an constitutum sine die factum valeat? Videtur non valere, quia repugnat vis verbi, & natura negotii, non est enim constitutum, nisi quod constitutum est ad diem. Magis est tamen valere constitutum, etiam sine die factum, quia ut ait, verba edicti late patent, quæ scilicet indistincte loquuntur de constituto, nec diei mentionem faciunt. Valet igitur constitutum factum sine die, non tamen ut confestim debitor conveniri possit, quia id natura hujus negotii non patitur, sed modicum ei spatium dandum est ad solvendum, quod constituit non minus, quam decem dierum. Itaque constitutum, quod sit ἀπράδεδωτος, id est, sine die, in decimum diem collatum videtur. Et tamen ex stipulatione pura confestim agi potest, *l. 41. §. quotiens, de verb. obligat.* Cur tam varie? quia constituti hæc vis est, & natura, ut conferatur in diem; hoc verbum constituere significat Latine loquentibus, in conditionibus etiam testamentorum, si testator dixerit, *illud facito in diebus*, non hoc accipiemus de decem diebus, sed de angustiiori tempore, de minori tempore, quo fieri potest, de biduo nempe: qui jubetur facere in diebus, debet facere intra biduum, *l. 17. §. ult. de verb. significat.* At de spatio decem dierum recte lego etiam id servari in edictis, quibus contumaces evocantur, ut scilicet inter singula edicta intermittatur saltem spatium decem dierum in *l. 69. de judiciis*. Et lego etiam apud Plutarchum in Cicerone; Reis capitalium criminum postulatæ, & accusatis minimum dari decem dies ad causam defendendam: quod notandum. Falsum est autem, quod hic Accursius obiter notat, reum constitutæ pecu-

pecuniæ ex pacto nudo teneri, ex pacto nudo obligari, A quod & scribit in multis aliis locis, quasi scilicet constitutum sit pactum nudum, sed omnino est falsum. Constituti verbum consilii deliberationem significat, non pactum. Constitutum est simile contractui, qui *receptum* olim dicebatur; actio constitutæ pecuniæ, actio constitutoria similis est actioni receptitæ. Pactum non parit obligationem, nisi legitimum, & certis casibus. Constitutum specialiter parit obligationem. Ne igitur dicamus, eum, qui tenetur ex constituto, teneri ex pacto nudo. Constitutum enim non est pactum nudum.

AD §. ult. Sequitur in §. ult. *constituto satis non facit, qui solviturum se constituit, si offerat satisfactionem. Si quis autem confisus se satisfacturum, & fideiussorem, vel pignora des, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat.* Sententia hæc est; multum interest, utrum constituat quis se solviturum, an se satisfacturum, vel satisfacturum. Nam qui constituit se solviturum, non implet finem constituti, si offerat satisfactionem, satisfactionem, id est, fideiussorem, vel pignus: sed si offerat pecuniam, quam constituit, quam cavet se solviturum, quæ verba naturaliter accipiuntur, nempe se numeraturum pecuniam. Non igitur satisfacit constituto, si satisfaciatur alio modo, puta offerendo fideiussorem, vel pignus. At qui constituit se satisfacturum, vel quod idem est se satisfacturum (Nam generale est verbum satisfactionis, non minus, quam verbum satisfactionis, l. 3. C. de verb. significat. in illo loco, generaliter de satisfactione, vel fideiussione) Ergo qui constituit se satisfacturum, id est, satisfacturum, implet fidem constituti, etiam si non numeret pecuniam, modo offerat pignus, vel hypothecam, vel fideiussorem, vel expromissorem, qui novata obligatione omnem obligationem in se transferat, quia nihil interest, quemadmodum satisfaciatur, quando generaliter constituit se satisfacturum, vel satisfacturum. Satisfacere alias accipitur specialiter pro fideiussorem dare, sed hoc loco accipitur generaliter pro satisfacere quoquo modo, ut l. 2. pro her. l. solviturum, de solut. l. satisfactionis, de verbor. significat. Et nihil est præterea in l. 21. Hæc de actione de constituta pecunia, sequitur actio commod.

Ad L. II. Commodati. *Nec in furiosum commodati actio danda est, sed ad exhibendum adversus eos dabitur, ut res exhibita vindicetur.*

EXposito edicto de constituta pecunia libro 29. ad edictum, secundo loco exposuit Paulus edictum de commodato, de quo eo libro sunt l. 2. & l. 15. & l. 17. Commod. quas hodie explicabimus. In l. 2. Paulus docet, in persona impuberis commodatum non consistere sine tutoris auctoritate: & ideo si pupillus commodatum acceperit sine tutoris auctoritate, non teneri eum domino, qui rem commodavit directa actione commodati, etiam si pubes factus dolum, aut culpam in ea re admiserit: quia ab initio commodatum jure non constitit, nec actio commodati ulla esse potest. Eodemque modo in persona pupilli non constitit mutuum sine tutoris auctoritate, l. pro pen. de obligat. & action. nec depositum, l. 1. §. an in pupillum, de pos. Sed si res commodata, vel deposita, vel pecunia mutuo data pupillo sine tutoris auctoritate extet, & eam pupillus possideat, ejusve restituendæ facultatem habeat, de ea exhibenda agi cum eo potest tutore auctore actione ad exhibendum, ut exhibita vindicetur. Si, inquam, extet, si eam possideat, non si eam non possideat, non si absque dolo malo consumpta sit. Possessio enim adversarii petitori parit actionem ad exhibendum, vel in rem. Verum si quis pubes factus dolum, aut culpam admiserit in re commodata, ejus ratio habebitur in actione ad exhibendum, vel in rem, puta si eam rem dolo malo deserit possidere, aut culpa sua, quoniam commodatarius non solum dolum, sed etiam culpam præstat, etiam levissimam. In specie igitur proposita, pupillus, si rem possideat, tenetur quidem actione in rem, & ad exhibendum: actione vero commodati, vel depositi, vel mutui non tenetur, excepto uno, & al-

tero casu. Uno casu, si ex ea re, vel pecunia locupletior factus fuerit. Hoc enim casu ex rescripto D. Pii pupillus ex omnibus contractibus, quamvis eos miscuerit cum aliis sine tutoris auctoritate, in quantum locupletior factus est, tenetur utili actione. Utili igitur actione commodati, vel depositi, vel mutui, quia ex ea re, vel pecunia auxit suum patrimonium. Et si vel auxerit semel, satis est, quamvis postea rem amiserit, l. in pupillo, de solut. Et hujus rescripti fit mentio multis in locis, l. 3. in princ. hoc tit. & d. §. an in pupillum, l. pupillus, de auctor. tut. l. 3. §. pupillus, de negot. gest. Altero etiam casu pupillus tenetur actione commodati, vel depositi, qui commodatum, vel depositum accepit sine tutoris auctoritate, si tunc ei commodatum, aut depositum sit, quum erat doli capax, veluti proximus pubertati, & in deposito dolum admiserit, vel in commodato dolum, aut culpam: Nam & hoc casu quasi negotio ab initio cum eo jure contracto tenetur actione depositi, vel commodati, l. 2. de fideiuss. & d. §. an in pupill. quod etiam significat lex 1. §. ult. hoc tit. quæ ponit, non teneri pupillum commodati, etiam si pubes factus dolum, aut culpam admiserit. Quod ideo ponit, quia si ante pubertatem dolum, aut culpam admiserit, quum ei jam doli potenti res commodata esset, proculdubio commodati tenetur. Et hunc casum secundum accipimus in commodato, & deposito, ut exposui. Nam in mutuo nunquam queritur de dolo, vel culpa, quia res consumenda datur, non servanda, ut in commodato, vel deposito. Præterea notandum est, precarium, quod alias dicitur esse simile commodato, l. 1. de precar. hac in re maxime à commodato differre, quod nostri non animadvertunt. Nota quidem est omnibus hæc differentia inter precarium, & commodatum, quod ex commodato nascitur obligatio mutua, ultro citroque: ex precario non item. Sed totum hoc ex liberalitate descendit ejus, qui precario concessit, adeo ut id, quod precario concessit, quandoque ei libuerit, opportune, importune revocare possit, quod commodator facere non potest. Non potest scilicet commodator rem commodatam importune repetere, & retrahere. Unde etiam sequitur, in commodato venire dolum, & culpam: in precario dolum tantum, l. 17. §. factus, hoc tit. l. 1. & l. 8. §. eum quoque, de precar. hæc, inquam, differentia nota est omnibus. Verum, est alia sane maxima differentia, quæ inter hæc duo negotia intercedit, quam non animadvertunt: quod si pupillus sine tutoris auctoritate commodatum acceperit, non tenetur actione commodati, exceptis supradictis duobus casibus: At si pupillus precario rogaverit sine tutoris auctoritate, tenetur interdicto de precario indistincte, & omni casu, si rem habeat, quod evidenter probat lex ult. §. ult. de precar. Et ratio varietatis proficiscitur ex varietate formularum, quam & d. §. ultimus suggerit. Actionis commodati hæc est formula: *Quod te mihi ex causa commodati dare facere oportet ex fide bona*, id est, quod mihi eo nomine obligatus es. Verbum *oportet*, significat obligationem: Hæc formula non cadit in pupillum, quia pupillus obligari non potest sine tutoris auctoritate. Formula autem interdicti de precario hæc est: *Quod precario habes, d. §. ult. & l. pen. comm. præd. quæ interdicti formula sumitur ex verbis edicti in l. 2. eod. tit. de prec. Quod precario ab illo habes*. Formulæ actionum sumuntur ab edictis: ut edicta, sic & actiones concipiuntur, sive interdicta, l. Ediles 2. §. vendendi, de edilit. edict. hujus igitur interdicti formula hæc est, *quod precario habes*. Et ideo hæc formula, hocve interdicto pupillus officio judicis tenetur, si rem habeat, quam precario rogavit, quoniam recte ei dicitur, *Quod precario habes*, si non habeat, non tenetur. Neque enim queritur in hoc interdicto, aut spectatur, an pupillus sit obligatus, sed an rem habeat. Ex hac quoque varietate formularum nascitur alia differentia inter precarium, & commodatum. Heres commodatarii, sicut heres depositarii, tenetur actione commodati, & depositi ex dolo, vel culpa defuncti, etiam si ad eum nihil pervenerit, l. ex depositi, de obligat. & act. l. 7. §. 1. de pos. heres autem ejus, qui precario rogavit, non tenetur interdicto de precario, nisi quatenus ad eum pervenerit, id est, quatenus habet, juxta formulam

Iam interdicti. Hæc est ratio l. 8. §. ult. de precar. Quod autem juris est in pupillo regulariter, ut commodati non teneatur: sed si res extat teneatur ad exhibendum, & rei vindicatione, Paulus in hac l. 2. scribit, idem esse in furioso: & plane idem est: sed in furioso multo magis, & nullo casu excepto, ut recte hoc loco Albericus, & Angelus notant: Nam furiosus nullum negotium contrahere potest, ne curatore quidem auctore, l. 5. de reg. jur. l. 1. §. pen. de obligat. & act.

Ad L. XV. eod. Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus: tamen si scientes alienam possidemus.

S Equitur in l. 15. ex eodem libro Pauli, commodatum contrahi non tantum rei nostræ, ut mutuuum: sed etiam rei alienæ, quam bona, aut mala fide possidemus, si eam alii utendam demus gratuito: commodatum omnem est gratuitum, adeo ut & furi, & prædoni, qui rem furto subreptam, aut vi ereptam commodavit, competat actio commodati adversus commodatarium: & similiter, depositi actio, si rem vi, aut furto subreptam deposuerit apud alium, l. 1. §. si prædo, depof. l. non a iudice, de iudic. itemque pignoratitia actio si pignoraverit, l. si pignore, §. si prædo, tit. seq. Et ratio hæc redditur in d. l. 1. §. si prædo, quia interest furis, vel prædonis, ut sibi res commodata, vel deposita restituatur, eo quod domino rei tenetur actione, scilicet ad exhibendum, & in rem. Dices: atqui non interest ejus ex honesta causa: dicam si fur, aut prædo sua interesse dicat, quod furti teneatur, vel conditione quasi fur, aut prædo, tum non est dandæ actionis commodati, vel depositi honesta ratio, honesta causa, l. 12. §. 1. l. 14. §. 1. autem, & §. idem Pomponius, de furt. l. 14. nau. cau. pon. Sed si dicat sua interesse, quod teneatur actione in rem, vel ad exhibendum, honesta ratio, honesta causa est, quia his actionibus tenetur ut quilibet possessor, non ut fur, aut prædo, l. 12. C. de furt. Et hæc ratio verior, & dilucidior est, quam illa, qua utitur Accursius in d. l. 1. §. si prædo. At recte Accursius consentiens cum Joanne, & Azone refellit eos, qui etiam furi, & prædoni adversus commodatarium, vel depositarium dant rei vindicationem quasi dominis, qua sententia nihil est absurdus. Quid ita? Quia fur tibi rem furtivam quasi suam commodavit, vel pignoravit, vel deposuit, quia se pro ejus rei domino adversum te gessit, & sibi igitur adversus te paravit rei vindicationem. Quis hoc dixerit? Quod & omnino pugnat cum hac l. 15. & similibus, quæ dicunt, rem alienam recte commodari etiam a fure, vel prædone, aut deponi, aut pignorari, non quidem, ut domino rei præjudicium fiat, quod non potest, sed ut, quantum ad ipsos contrahentes attinet, obligatio consistat ultro, citroque. Nec ab hujus sententiæ assertoribus quicquam faciunt leges, quibus nituntur, l. 1. C. de non numer. pec. l. nec creditores, C. de pignor. act. l. pen. §. sed hæc super illis, C. de præscript. trig. ann. Nam in specie illarum legum, vindicatione agit non fur, aut prædo, sed verus dominus rei, ut in l. 1. & l. nec creditores, adversus eum, qui rem suam pignoravit, sicut in l. 2. hoc titulo, adversus eum, cui rem commodavit, & in d. §. sed hæc super, adversus eum, qui vi dejecit priorem possessorem, quos omnes etiam d. l. nec creditores, & d. §. sed hæc super ait agenti domino rei vindicatione non posse facere domini controversiam, puta opposita exceptione longi, aut longissimi temporis: nam & in d. §. sed hæc super, prior possessor, qui vi expulsus est possessione, quam longissimo tempore possederat, pro domino habetur, ut in eadem l. pen. §. pen. quod & sequens §. sed hæc super ostendit. Qui possedit triginta, aut quadraginta annis, etiam si mala fide, & sine titulo possederit, instar domini est: & si vi expellatur possessione, non debet ei in recipienda possessione, in beneficio momentariæ possessionis quisquam præferri, nec antiquior dominus, vel creditor hypothecarius, quæ est sententia illius §.

Ad L. XVII. Commod. In commodato hæc pactio, ne dolus præstetur, rata non est.
Tom. II. Post.

Ad Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest: sicut & ceteræ, quæ dicuntur contrariæ.

Ad §. Si ex facto heredis agatur commodati, in solidum condemnatur, licet ex parte heres est.

Ad §. Sicut autem voluntatis, & officii magis est, quam necessitatis, commodare: ita modum commodati, finemque præscribere ejus est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit (id est, postquam commodavit) tunc finem præscribere, & retro agere, atque intempestive usum commodatæ rei auferre: non officium tantum impedit: sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendamque. Geritur enim negotium invicem. Et ideo invicem propositæ sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii, ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes, actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: Neque enim impune peritura deseret. Suscepisset enim fortassis alius, si is non cepisset. Voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret; non recte facies, importune repetendo: Nam si negasses, vel emissem, vel testes habuissem. Idemque est, si ad sulciendam insulam tigna commodasti: deinde protraxisti: aut etiam sciens vitiosa, commodaveris. Adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse, dicendum est.

Ad §. Duabus rebus commodatis, recte de altera commodati agi posse, Vivianus scripsit. Quod ita videri verum si separatae sint, Pomponius scripsit. Nam eum, qui carrucam putata, vel lecticam commodavit, non recte acturum de singulis partibus.

Ad §. Rem commodatam perdidit, & pro ea pretium dedi; deinde res in potestate tua venit: Labeo ait, contrario iudicio, aut rem mihi præstare te debere, aut quod à me accipisti reddere.

I Nitio legis ostendit hanc pactioem additam in commodato contrahendo, ne dolus præstetur à commodatario, non valere, quia est contra bonos mores, & contra negotii naturam, quod negotium est bonæ fidei: ne culpa præstetur, pactio valet, l. 5. §. interdum, hoc tit. Culpæ præstatio adesse, vel abesse potest salva, & incolumi natura contractus: doli præstatio abesse non potest salva natura contractus, qui est bonæ fidei, quia nihil est magis contrarium bonæ fidei quam dolus.

A D §. Contraria. Notandum est, duplicem esse actionem commodati, directam, quæ commodatori, & contrariam, quæ commodatario ex diverso, sive ex contrario, unde nomen datur. Directæ autem nomen ex eo est, quod sit principalis actio. Et inde in hoc §. 1. contrariam actionem commodati, quamvis hoc nomen ejus ferre non videatur, moveri posse sine principali, id est, sine directa: sicut & contraria tutelæ, vel pignoratitia, vel contraria negotiorum gestorum, vel contraria mandati, vel depositi moveri, & intendi potest, etiam si is, cuius in iis negotiis potior, & superior causa est, non agat directo: ex his negotiis, inquam, nascitur actio ultro citroque: sed ex uno latere directa, ex altero contraria, quia potior est causa ejus, qui deposuit, vel commodavit, vel ejus, ad quem tutela, negotiave gesta pertinent, vel ejus, qui rem pignoravit, quam sit, vel tutoris, vel gestoris, vel mandatarii, vel depositarii, vel commodatarii, vel creditoris: ex aliis negotiis actio est ultro citroque directa, ut ex societate, ex emptione, venditione, locatione, conductione, quia par est utriusque contrahentis causa, nec alius alio potior esse intelligitur. Qua de re consule caput 2. observationis 9. Pergamus ad reliqua.

A D §. Si ex facto. Ex hoc §. notandum est, singulos heredes commodatarii hac actione teneri pro portionibus hereditariis ex facto defuncti, puta si defuncti dolo, vel culpa res commodata perierit, etiam si ad eos nihil pervenerit, ut ante dixi. Denique ex facto defuncti teneri singulos pro parte hereditaria. Ex facto autem proprio, ut heic Paulus ait, id est,

Dd

est.

est, ex dolo proprio, vel ex culpa singulos teneri in solidum, non pro parte, quod confirmatur etiam *l. in depositi, infra, de pos.*

AD §. *Sicut.* Voluntatis nudæ, & officii est commodare, non necessitatis. Initium omnium contractuum est voluntarium. Aristoteles in §. Ethicorum *ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων ἐκούσιος*. Verum postea contractus convertuntur in necessitatem, in obligationes, in præstationes necessarias & mutuas, adeo ut quem dominus, vel is, qui rem commodavit (nam & non dominus potest rem commodare) quem modum, finemve præscripsit commodato, postea mutare, aut impetitive rem commodatam revocare non possit. Quod & in mandato procedere, & negotiis gestis hoc loco ostenditur: voluntatis esse mandatum suscipere, necessitatis consummare. Confert negotium gratuitum cum gratuito: Nam & mandatum, & commodatum sunt negotia gratuita. Negotium alienum, quod quis semel susceperit, vel ultro, vel ex mandato, ab eo non impune deferri, ut *l. si mandaveris, §. ult. mand.* forte enim, ut ait, alius suscepisset, si ipse non cœpisset gerere negotium alterius. Itaque perituum negotium, quod inchoavit, impune non deserit. Unde, quo exemplo utitur, si pugillares tabulas mihi commodaveris, ut in eis debitor mihi sua manu caveret, mox eas revocaveris importune, antequam debitor mihi cavisset suo chirographo, eo nomine mihi teneris actione commodati contraria in id quod interest: quia si negasses ab initio, ego vel emissem pugillares, quibus mihi debitor cavisset, vel in cedendo, inquit, testes adhibuissem, qui locus est valde notandus. Nam ex eo apparet, chirographis veteres non solitos testes adhibere. Chirographum faciebat fidem etiam sine testibus. Item si ad fulciendam domum mihi tigna commodasti, deinde ea protraxisti, id est, repetisti, & retraxisti priusquam ædificio adaptarentur: aut si sciens tigna esse vitiosa, ea mihi commodasti, similiter eodem nomine mihi teneris actione commodati. Quia, ut eleganter ait, commodatum beneficium est: est enim gratuitum, & adjuvari nos beneficio oportet, non decipi. Quæ sententia est elegantissima, & confirmatur *leg. ad res, in fi. de ædilit. edict.*

AD §. *Duabus rebus.* Sequitur in §. *pen.* Duabus rebus diversis, & sejunctis commodatis recte agi adversus commodatarium de una tantum re, si velit, protrahenda, & revocanda, si res separatæ sint, ut dixi: nam si carrucam commodaverit, vel lecticam, non recte agit de singulis partibus protrahendis, quibus constant: quia nec singulas res commodavit, nec singulæ proprie partes esse intelliguntur lecticæ, vel carrucæ. Eademque ratione si navem commodavit, non recte aget de singulis tabulis: Si domum (nam & domus commodari potest, *l. i. §. inter, hoc tit.*) non recte aget de singulis cæmentis, vel tignis, vel columnis, quæ exempla credo ad exemplum lecticæ, & carrucæ hoc loco addidisse Paulum: idque colligo ex *l. 36. de evict.* quæ est ex hoc libro, & docet, quæ est eadem ratio, etiam navæ, aut domo vendita, singularum tabularum, lingulorumve cæmentorum nomine, si evincantur, postquam exempta fuerint ædificio, forte ex stipulatione duplæ venditorem non teneri, quia navem vendidit, aut domum. Et singulæ tabulæ domus, aut navis partes non sunt: denique singulæ illæ res venditæ, aut rei venditæ partes esse non intelliguntur. Et ideo de evictione earum rerum nomine venditor non tenetur, quia nec quota pars evicta sit rei venditæ sciri potest. Ita perquam apte *l. 36. conjungitur cum hoc §. penult.*

AD §. *Ulti.* In §. *ult.* hoc tantum proponitur, commodatarium rem commodatam perdidisse culpa sua, & conventum à domino, à commodatore ei præstitisse æstimationem rei sua culpa amissæ, postea rem pervenisse ad commodatorem. Quid fiet: an & rem habebit, & æstimationem rei? Hoc bona fides non patitur. Et ideo contraria actione commodati, vel litis æstimationem restituere debet, vel rem præstare, quam postea recuperavit: qui litis æsti-

mationem accepit, vendidisse rem videtur, *l. §. i. hoc tit.* Ita quidem, si eam habuerit commodator, & à commodatario oblatam rei æstimationem acceperit, non si eam perdidit commodatarius: tum eam non intelligitur vendidisse, sed culpæ pretium tulisse tantum. Et ideo recte Accursius sentit in hoc casu, in electione esse ejus, vel ut rem præstet, quæ postea ad eum pervenit, vel rei æstimationem, quam accepit, restituat: Si pro venditore haberetur, abscessisse teneretur ad rem præstandam commodatario. Atqui nego illum haberi pro venditore, quia ab eo accepit litis æstimationem, qui rem perdidit, qui rem penes se non habebat. Sequitur nunc edictum de pigner. act.

Ad L. XIV. de pigner. act. *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.*

Libro 29. ad edictum tractavit Paulus tertio loco de edicto, & actione pigneratitia, quæ, ut commodati actio, etiam est duplex. Directa, quæ debitori datur soluta omni pecunia pignoris recipiendi gratia, & contraria, quæ datur creditori pigneratitio ex certis causis. Actio constitutæ pecuniæ, de qua priore loco egit in hoc libro, simplex est, ex parte creditoris tantum, non ex utraque parte duplex, sicut nec ex mutuo, vel ex promutuo, vel ex stipulatu, condictio certi, vel incerti, de quibus egit libro superiore. Actio commodati, itemque actio pigneratitia duplex est: ex parte ejus, qui commodavit, vel pigneravit, quæ pars est pensior, & principalior est directa: ex parte commodatarii, vel creditoris pigneratitii, contraria. Et in utramque quidem directam actionem, vel commodati, vel pigneratitiam, venit dolus, & culpa commodatarii, vel creditoris, & custodia ejusdem, *l. 13. §. ult. hoc tit.* At hoc interest, quod in directam commodati venit omnis culpa, etiam levissima, quia ejus solius plerumque, qui utendum rogavit, utilitas in commodato versatur. In directam autem pigneratitiam, quia utriusque contrahentis utilitas versatur, tam debitoris scilicet, quo magis ei pecunia credatur, quam creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, non omnis culpa venit, non certe levissima. Et hoc Paulus significat in *l. 14.* quæ est ex hoc libro, dum ait, *ea, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, & creditorem præstare debere in conservando pignore sibi tradito: quæ diligens, inquit, paterfamilias.* Loquitur proprie, non dicit *quæ diligentissimus, sed quæ diligens.* Quæ igitur medicriter diligens, ut in *l. si pignore, §. ult. inf. eod.* Longe aliter, quam commodatarius, à quo ea, quæ diligentissimus paterfamilias præstare solet in tuendis, servandisque rebus suis, exiguntur, *l. in rebus, commod.* Diligentia diligentis patrisfamilias respondet culpæ levissimæ. Custodia autem, & diligentia idem est, & venit ea quidem in utroque negotio, quia non hoc tantum exigitur à commodatario, vel à creditore, ne sit negligens: sed ut sit diligens, & attentus in conservanda re commodata, vel pignerata. Verum longe major, attentior, accuratior diligentia, custodia à commodatario exceptis quibusdam casibus, quam à creditore desideratur: à creditore desideratur exacta diligentia, §. *ult. Institut.* Quib. *mod. re const. oblig.* à commodatario exigitur exactissima, *l. i. §. is vero, de obl. & act.*

Ad L. XVI. eod. *Tutor lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est & in curatore adolescentis, vel furiosi.*

Ad §. *Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam, vel alii pigneratam, vel in publicum obligatam dedis, tenebitur: quamvis & stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum si scis, an & si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusatur ignorantia. Quantum ad contrarium judicium ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro 6. Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrariam ei non competit.*

Ad §. *Etiam vestigale prædium pignori dari potest, sed & superficiesiarium: quia hodie utiles actiones superficiesiaris dantur,*

Lex

L Ex ait, tutorem pupilli, si in rem ejus, sive negotia pecuniam mutuam accipiat, & rem pupilli pignori det: Itemque curatorem adolescentis, vel furiosi, si in rem adolescentis, vel furiosi pecuniam accipiat, & rem ejusdem creditori pignori det, tuendum esse, inquit, id est, tuendum esse pignus à pratore, ut in l. 18. §. ult. similiter ait, *servus, si rem peculiarem pignori dederit, tuendum est*. Et hoc, ut Paulus ait in hac l. si lege non refragante tutor, vel curator rem pupilli, vel adolescentis, vel furiosi pignori dederit. Quid hoc est *lege non refragante*? Nempe si pignori dederit rem mobilem: nam rem immobilem sine decreto pratoris dare non potuit, quoniam id vetat SC. sive oratio Severi, *de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt non alien. vel pigner.* quod est de rebus immobilibus. Lex igitur hoc loco pro SC. ut in lege *lex, C. de administr. tutor*. Hoc est apertissimum.

A D §. *Contrariam*. Sequitur in §. i. creditori decepto in contrahendo pignore dari contrariam actionem pigneratitiam in id, quod interest, ut in l. si in pignore, de fidejuss. ut puta, si debitor ignoranti, & imprudenti creditori rem alienam, vel rem suam alii privato homini, vel etiam publico, puta fisco, aut Reip. obligatam, vel si hominem morbosum, nullius æris, ignoranti creditori pignori dederit, l. 9. in pr. hoc tit. l. 6. C. si res alien. pign. data sit: forte contra fidem datam in contrahendo pignore, ut moris fuisse Demosthen. ait adversus Locriti paragr. quod & hodie fieri solet, pactis pignorum inseri, pignus quod datur esse liberum ἀνευθετορ, se nihil alii debere, neque debituros esse sub eodem pignore. Eo igitur nomine, creditori ignoranti, & circumscripto, debitor tenetur contraria actione pigneratitia, sive sciens, sive ignorans debitor, eam rem esse talem, pignori dederit: in danda contraria actione non separatur ignorans à sciente. Et hoc amplius, sciens debitor rem esse alienam, vel alii obligatam, vel servum, quem pignori dabat, esse morbosum, tenetur extra ordinem crimine stellionatus, tanquam varius ut stellio.

Variis stellatus corpore guttis.

ut Ovidius ait 5. Matamorph. tanquam impostor, l. i. & 2. C. de crim. stellion. Ignorans autem debitor talem rem esse, quam oppigneravit, crimine stellionatus non tenetur, in ignorantem crimen non cadit. Inhumanum esset ignorantem pœna affici, qua improbitati proposita est, quæ quidem nulla existit in ignorante. Itaque in crimine stellionatus separamus scientem debitorem ab ignorante, non etiam in contraria actione pigneratitia. Quia contractus fides exigit, ut salvum jus suum sit creditori.

A D §. ult. In §. ult. hujus l. Paulus tradit, non tantum eam rem à nobis jure pignoris creditori obligari posse, quæ dominii nostri est: sed etiam eam rem, cujus alter dominus est, maxime si in ea re jus emphyteuticum, aut jus superficarium habeamus. Jus superficarium, quod jus ἐμπαρευτικόν dicitur in l. 3. §. si jus, de rebus eor. qui sub tut. vel cur. sunt. Jus emphyteuticum est jus excolendi, exercendi prædii alieni in perpetuum, domino præstito vectigali annuo. Jus ἐμπαρευτικόν est jus confidendi, & habitandi ædificium in alieno solo positum, præstita quotannis mercede, quæ merces vulgo dicitur *solarium*. Et hoc quoque jus constituitur in perpetuum, ita ut perpetuo mihi habitare liceat in superficie ædium tuarum, præstito annuo solario, sicut appellatur in l. 2. §. si quis nemine, ne quid in loco publ. l. etiam, qui potior. in pign. hab. l. cum servus, §. heres, de leg. 1. Symmachus 4. epist. solvere, inquit, *solarium patris iustus est, taxatione pretiorum graviter aggerata*. Res igitur non mea, in qua jus habeo ἐμπαρευτικόν, vel ἐμπαρευτικόν, à me pignori obligari potest, etiam invito domino. Res aliena, in qua nullum jus habeo, à me pignori obligari non potest, nisi consentiente, aut ratum habente domino, l. 20. in princ. hoc tit. Ratihabitio domini sufficit, quia retrahitur, & consensui comparatur. Sed si neque consensus, neque ratihabitio domini interveniat, res illa aliena pignori

Tom. II. Post.

A obligari non potest, id est, res illa obligatione adfici non potest, pignori tamen dari potest, pignori obligari non potest. Facio differentiam inter obligari, & pignori dari; ita scilicet, ut inter dantem, & accipientem constituatur obligatio ultro citroque. Nam & qui ignoranti creditori pignori dedit rem alienam, obligatur contraria actione pigneratitia, ut docui supra, & qui accepit, soluta omni pecunia, obligatur directa actione pigneratitia, l. 9. §. penult. l. 22. §. si prædo, hoc tit. Et sicut in l. cum hic status, §. si focer nurui, de don. inter vir. & uxor. si focer nurui, vel confocero nuntium remiserit, invitis filiis, qui matrimonio juncti sunt, matrimonii dissolvendi causa, quod ad ipsos dicitur finitum esse matrimonium: ita dicere possumus, quod ad ipsos contrahentes rei alienæ pignus consistere: uno verbo, personas contrahentium obligari, rem ipsam invito domino non obligari: denique rem alienam pignori dari posse, non etiam pignori obligari. Rem, inquam, alienam, in qua nullum jus habemus. At prædium vectigale, in quo habemus jus emphyteuticum, sive prædium ἐμπαρευτικόν, itemque prædium superficarium, sive ἐπαρτικόν, ut Græci hoc loco loquuntur, etiam invito domino emphyteuta, vel superficarius pignori dare, vel obligare potest, fretus hoc jure, quod in eo prædio habet, salvo semper vectigali, aut solario prædii domino, l. etiam, qui pot. in pign. hab. l. grege, §. & in superficariis, de pign. Quia, & hac ratione utitur Paulus in hoc §. ult. etli jure veteri, emphyteuticarii, vel superficarii non habeant rei vindicationem, quia non sunt domini: hodie tamen ex constitutionibus eis, quasi dominis datur utilis vindicatio prædii emphyteutici, vel superficarii, atque etiam utilis vindicatio servitutis ei prædio debite, & adversus quemvis possessorem, etiam adversus dominum, l. 1. §. ult. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur, l. superficario, de rei vindic. l. in provinciali, §. ult. de novi oper. nunt. l. ei, qui, de servit. Itemque dantur eis & aliæ actiones, quæ non solent, nisi dominis dari: aliæ, inquam, actiones emphyteuticariis, & superficariis, quasi dominis accommodantur, velut actio arborum furtim cæsarum, & actio aquæ pluvix arcendæ, l. cadere, §. ult. arb. furt. cæs. l. quod principis, §. 1. de aq. plu. arc. Ideoque & id prædium alienare, distrahere, vendere, legare, donare, vel extraneo, vel domino in eo prædio usum, vel usum, vel aliam servitutem concedere possunt quasi domini, l. 1. §. pen. de superf. l. si domus, §. ult. l. 1. §. penult. l. si tibi, §. ult. de leg. 1. Non mirum igitur si & id prædium etiam invito domino pignori obligare possint, suo jure freti, quod in eo prædio habent, quodque dominio proximum est. Sed, quod maxime notandum, si forte jure commissi, puta ob non solum vectigal, ut sit, prædium ad dominum redierit, prædium domino commissum fuerit, jus pignoris evanescit, l. lex vectigali, de pignoribus. Quod confirmatur etiam argumento l. 3. Quibus modis pig. vel hyp. solvatur, & l. 4. §. sed & Marcellus, de in diem additione. Quarum speciem explicare erit perutile. Si fundus venierit ea lege, ut si quis intra certum tempus meliorem conditionem, vel uberius pretium offerret, fundus esset inemptus, & traditum sibi fundum emptor pignori dederit, postea meliore allata conditione, & fundo revocato à priore emptore, pignus, quod prior emptor contraxit, finitur. Sed si, ut subjicitur in dist. l. 3. fundus venierit hoc modo, nisi emptori displicuerit intra illud tempus, fundus tibi emptus esto, nisi tibi intra biennium displicuerit, & interim emptor fundum pignori dederit, ac postea ei emptio displicuerit, hoc casu pignus non finitur, ne sit in potestate ejus finire pignus, quod ipse contraxit, & decipere creditorem suum: Facto ejus pignus perimi non potest. Priore casu non perimitur factio ejus, sed factio venditoris, & ejus, qui offert meliorem conditionem ingratis emptoris, id est, invito emptore. Eademque ratione non finitur pignus, quod emptor contraxit, si postea rem emptam, & mox à se pigneratam creditori suo, redhibeat venditori ob vitium latens, vel morbum. Facto, id est, facto ejus, quia facto ejus non potest jus pignoris extinguere: pignus igitur manet, quod contraxit emptor, si redhibeat rem. Ideoque & eam rem venditor, cui redhibetur, non aliter recipiet, quam si eam redhibeat

D d 2

omni

omni pignore liberatam. Hoc ostenditur in *l. bovem, § pig.* de *edictio edicto*. Ex his vero rectissime, & peritissime Bartol. in *dist. l. 4. § sed & Marcel.* ita colligit: Si vendidi tibi fundum ea lege, ut eum mihi revenderes post certum tempus, quæ lex recepta est, *l. 7. C. de pactis inter vend. & empt.* nec ulla frequentior est, & tu interim acceptum fundum pigneraveris, deinde revendere coactus sis, interpellante debitore, pignus, quod contraxilli, evanescit, non factio tuo, ut cernere est, sed factio venditoris, qui fidem tuam appellat. At si vendidi fundum (est alia species) & in vendendo deceptus sim supra dimidiam justii pretii, qua ex causa possum agere de rescindenda venditione, si emptor non eligat magis supplere quod justo pretio deest, *l. 2. de rescin. vend.* omnibus notissima. Si igitur cum in vendendo fundo deceptus essem supra dimidiam justii pretii, emptor priusquam ob eam fraudem agerem de rescind. vend. interim fundum pigneravit: postea ex hac causa rescissa venditione, & revocato fundo, pignus non finitur, quia in potestate fuit emptoris supplendo pretio retinere fundum, quæ omnia perquam recte illo loco Bartol. tradidit, argumento superiorum legum. Verum ad hæc institui potest, quæstio etiam perutilis, si fundus emphyteuticarius ad dominum redierit jure commissi, pignus finitur, ut diximus *d. l. lex vestig.* Quæro, an etiam pignus finiatur, quo emphyteuticarius contraxit, si fundus emphyteuticarius ad dominum redierit jure *πρωτομίσθους*, ut vocant, jure prælationis, quod dominus semper habet, forte emphyteuticario fundum extraneo alienare volente (nam ex *l. ult. C. de jure emphyt.* dominus si velit eodem pretio emere, præfertur extraneo, quod jus *πρωτομίσθους*, jus prælationis dicitur) An igitur si jure prælationis fundus emphyteuticarius ad dominum redierit, an evanescit jus pignoris ante ab emphyteuticario contracti? Quod quidam putant, sed ratio aliud suadet. Et quæso attendite. Nam ut eodem pretio id dominus emit, jure prælationis extraneo excluso, ita par, & consequens est, ut & id eodem jure accipiat, quo extraneus accepisset, id est, cum sua causa, cum causa pignoris. Et ratio differentia inter jus commissi, & jus prælationis est manifesta. Commisso prædio ob tardam solutionem vectigalis, est quod imputetur creditori pigneratio, cur non solverit vectigal pro debitore, ut sibi servaret pignus, quod & *d. l. lex vestigali* significat illo loco, *Si in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessasset.* Prædio autem à domino ad se protracto jure *πρωτομίσθους*, quod alii emphyteuticarius vendere parabat, nihil est, quod creditori imputari possit, quia nullum creditor huic rei impedimentum, nullamve moram afferre potuit, & non est cur amittat jus pignoris jure contracti. Et hæc sunt, quæ pertinent ad *l. 17.* sequitur *lex 18. de pignorat. act.*

Ad *L. VXIII. eod.* Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit: tuenda est à prætore hæc conventio, ut & te in exigenda pecunia, & debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis. Si vero corporis alicujus: id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

Ad *§.* Si nuda proprietas pignori data sit: usufructus, qui postea adcreverit, pignori erit. Eadem causa est alluvionis.

Ad *§.* Si fundus pignoratatus venierit: manere causam pignoris: quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillæ, qui post venditionem natus sit.

Ad *§.* Si quis caverit, ut sylva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam, non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud navis. Et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait: Quæque ex sylva facta natave sint.

Ad *§.* Servus rem peculiarem si pignori dederit, tuendum est, si liberam peculii administrationem habuit. Nam & alienare eas res potest.

Sunt etiam *lex 18. & 20. ex eod. tit. de pign. act.* quas ordine explicabo. Initio legis *18.* ostenditur, debitorem creditori suo recte pignori obligare nomen, sive cautionem debitoris sui, eamque conventionem à prætore tuendam esse, data creditori utili actione hypothecaria, qua id, quod

debitori suo debetur, persequatur, vel à debitore debitoris, vel à debitore suo, si id jam ei solutum sit: & sive per eam actionem nummos exegerit, eos credito suo pari quantitate compensabit: sive rem exegerit, cum debitor debitoris certæ rei, certi corporis debitor erat, quia pecuniæ sibi debita cum re corporali inestimata, quam exegit, compensatio nulla est, eam rem retinebit pignoris loco, quoad omnis pecunia ei soluta sit, quod confirmatur *l. grege, §. sed potest, & l. cum venit, de pignor. & l. postquam, C. de hered. vel act. vend.* Quin etiam sub generali hypotheca, sive pignore omnium bonorum suorum, vel omnium suorum nomina debitorum debitoris, contineri ostendit *l. nomen, C. quæ res pig. oblig. poss.* Quod si debitor debitoris conventus jure suprascripti pignoris, creditori creditoris solverit, ac postea conveniatur à creditore suo, qui jam solvit creditori creditoris sui, tuendus erit, ut Paulus ait hoc loco, adversus creditorem suum, data exceptione doli mali. Itaque prætor duplici via, ratione hoc genus pignoris tuetur: data actione hypothecaria adversus debitorem debitoris, & debito soluto creditori creditoris, data exceptione ei qui solvit adversus creditorem suum: prætoris est pignora nominum tueri, quia nudo pacto constituuntur, non traditione, & de pignore ex pacto jure tantum prætoris nascitur actio, *l. si tibi, §. de pignore, de pact. §. item Serviana, Institut. de action.* Dixi ei, cui nomen sui debitoris debitor pigneravit, dari utilem hypothecariam, quia *d. l. cum venit* evidenter ait, eum cum debitore debitoris agere pignoris jure. Ergo agere hypothecaria. Ac præterea nominatim eadem lex, sicut & *d. l. grege, §. sed potest, & d. l. nomen* ait, creditori, cui debitor nomen debitoris sui pigneravit, dari utilem actionem, sine alia adjunctione, simpliciter. Et certissimum est, toto illo tractatu de pignoribus utilem actionem passim accipi pro hypothecaria, quæ semper dicitur utilis, quia est utilis Serviana. Ergo creditori, cui debitor nomen sui debitoris pigneravit, datur hypothecaria, non actio in personam, ut Acc. & Bartol. volunt, quia creditor in debitorem debitoris actione in personam non possit agere sine cessione actionis principalis, quæ debitori suo competit, ob id solum, quod nomen debitoris sui ei sit pigneratum. Si nomen ei sit datum in solutum, vel si sit ei venditum, aut legatum, aut donatum, datur ei utilis actio in personam in debitorem debitoris, quia nomen in eum omnino transfusum, & translatum est, datur sine cessione, sine mandato. At quum nomen duntaxat pigneratum est, non potest ei dari utilis in personam sine cessione. Idque ostendit *l. ult. C. quando fisc. vel priv. debitor. deb.* Et consequenter, male idem Bartolus non recipit in hac specie Novellam Justiniani quartam, quæ vult in primis agi in personam contra debitorem principalem, prius excuti debitorem principalem, quam agatur actione hypothecaria adversus extraneum. Refellit namque eum aperte *l. pen. C. eod. tit.* quæ nominibus debitoris fisco obligatis, quæ utique semper fisco obligata intelliguntur, jure tacitæ generalis hypothecæ, quam semper fiscus obtinet, ait, prius excutiendum esse debitorem principalem. Qui ordo in fisco etiam ante Novellam Justiniani semper observatus fuit. Et ex ea Novella observatur etiam in cæteris creditoribus omnibus. Ergo & in cæteris idem statuemus, ut prius hodie excuti debeat debitor principalis, quam nomen, quod is pignori obligavit. Et hæc sunt, quæ pertinent ad initium hujus legis. sequitur *§. 1. hujus legis.*

Ad *§.* Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus, qui postea adcrevit, pignori erit, &c.

IN *§. 1.* ostenditur, ab eo, qui nudæ proprietatis dominus est, fundo pignori obligato, augeri obligationem, fundo majore effectu per consolidationem usufructus. Idemque esse, si fundus majore effectu sit per alluvionem fluminis, ut *l. si fundus, in principio, de pignoribus.* Recte: nam & minor fundus effectu sit, is est fundus, qui pignori obligatus est. Augmentum, vel diminutio subjecti id non perimit: sicut nec alteratio, nec mutatio loci, nec mutatio domini.

mini. Et hoc quidem, quod dico de mutatione domini, A per eam scilicet non perimi causam pignoris, id subicitur statim in hac l. §. si fundus: fundum scilicet pigneratum à debitore alienari, id est, mutari ejus dominium cum sua causa, id est, salva pignoris causa, nisi scilicet creditor alienationi consenserit, ut l. alienatio, de contrab. empt. l. 15. C. de pignor. l. 12. C. de distract. pignor. Subjicit in hoc §. si fundus: sicut in partu ancillæ, qui post venditionem natus sit. Sensus hic est. Ancilla prægnante pignori obligata, partum quoque pignori esse, quamvis natus sit post venditionem ancillæ, quia & retro in utero matris partus intelligitur pignori esse, & mater in emptorem transit cum sua causa, cum causa pignoris, l. 1. C. de partu pignoris. Unde quæro: Quid si ancilla non prægnans pignori obligata sit, an etiam si postea conceperit, partus ex ea editus, pignori erit, licet de eo specialiter nihil convenit? Et ut breve faciam, si quidem apud debitorem, vel heredem ejus peperit, vel apud creditorem, partus pignori esse censetur, quia in bonis debitoris fuit. Sed si apud extraneum, veluti apud emptorem conceperit, & pepererit, quia partus nunquam fuit in bonis debitoris, non erit pignori. Et hæc distinctio proponitur in leg. Paulus, §. 1. de pignoribus. Idem servatur fere in fructibus rei pignoratæ. Partus ancillæ non est in fructu: operæ ancillæ, vel servi, & mercedes operarum sunt in fructu. Fœtus quoque pecorum, & pensiones prædiorum sunt in fructu, & fructus quidem rei pigneratæ, de quibus nominatim non convenit, ut pignori essent, à debitore percepti, vel herede ejus, tacito jure pignori esse creduntur, l. grege, in princip. de pign. l. 3. C. in quibus causis pign. vel hypoth. cont. A creditore autem perceptos fructus secum ipse creditor pensat in sortem, & in usuras, l. 2. C. de pignor. act. l. 1. C. de distract. pig. l. 9. de pignor.

AD §. pen. Ad hæc in §. penultimo hujus legis ostenditur, si sylva sit pignori obligata, materiam ejus sylvæ omnem, arbores omnes esse in pignoris causa: navem vero, vel arcam ex ea materia, arboribusve confectam non esse in pignoris causa, quia non navis, sed materia pignerata est, à qua longe diversa est navis, & ideo in sylvæ pignore contrahendo nominatim adjiciendum esse ait, quæque ex sylva facta, navem sint. Nata, ut fructus: facta, ut arcæ, naves, armaria, tigna, trabes. Itaque mutatione rei extinguere videtur, puta si ex materia pignerata fiat navis, ejus materiam pignus extinguitur. Quod pugnat omnino cum leg. si fundus, §. si res, de pignor. quæ nominatim mutata re pignerata his verbis utitur, ut si ex domo pignerata factus sit hortus, vel si ex area pignerata domus, aut vinea, pignus non interire ait. Quid dicemus? Distinguenda sunt mutationis genera. Mutatio, quæ parit novam speciem, & priorem perimit, quæ pignori nexa erat, proculdubio pignus perimit. Et hæc mutatio fit, cum ex materia, ex cupressu, vel pinu fit navis, vel arca, sed si ex meis, de acquir. rer. dom. Cupressus igitur, vel pinus pignori esse definit. Idem omnino est, si ex sylva fiat navale. Idem si ex lana pignerata fiat vestimentum. Idem si ex marmore pignerato fiat statua. Hæc mutatio perimit priorem speciem, & parit novam. Mutatio vero, quæ rem auget, ut si loco puro imponatur ædificium, aut vinea: si ex arbore fiat arbutum, vitibus, vineis constitum: vel mutatio, quæ rem minuit, ut si ex domo fiat hortus, vel si domus ad aream redigatur: hæc, inquam, mutatio pignus non perimit, quia nec res, quæ pignerata est, ejusve rei portio maxima perimitur, l. 12. hoc tit. l. Paulus, §. domus, & d. l. si fundus, §. si res, de pigno. nempe solum, quod maxima est portio domus, ut ait lex qui res, §. 1. de solut. diruto ædificio non perimitur: solum item purum imposito ædificio non perimitur. Et ita sunt distinguenda mutationis genera. Quæ mutationis distinctio etiam servatur in legatis: nam si ex lana legata vestimentum fiat, vestimentum non debetur, l. lana, de l. 3. nisi legatarius probaverit durasse voluntatem testatoris, ut in l. servum, §. si pocula, de leg. 1. Et sylvæ materia legata, navis ex ea facta non debetur, d. l. lana, & l. Servius, eodem tit. Marmore legato, statua ex eo facta non debetur, l. questum, §. illud, de leg. 3. At si arcæ, live solo legato domus im-

posita sit, domus debetur, l. si arcæ, de leg. 2. Forte & domo legata, è contrario si ad aream reciderit, ex voluntate testatoris area debetur. Quin & massa argenti legata possunt scyphi ex ea facta deberi, ut ait d. l. lana. Itemque pari ratione ære legato, possit statua ex eo facta deberi. Quod & de scyphis factis ex massa pignori obligata, vel de statua, facta ex ære pignori obligato dici possit, propria & specialiter ratione quadam: quia, ut eleganter ait d. l. questum, §. illud, ea, quæ talis naturæ sunt (ratio est physica) ut sepius in sua possint redigi iniuria, ea materiam potentia victa nunquam vires ejus effugiunt. In his scilicet rebus prævalet materia, cujusmodi sunt vasa argentea, vel statuarum ænearum, namque redigi possunt ad rude æs, argentumve, quod fuit ante, quæ ratio etiam posita ex contrario efficere possit, ut quæ redigi possunt (hoc notandum) ad priorem formam, ea quoque ejus formæ vires retineant, veluti vasa legata, aut pignerata, si conflata sint, & in massam, vel laminam redacta, ut ea quoque massa sit in legatis, aut pignoris causa, quoniam ex ea rursus ejusdem formæ vasa refici possunt, atque reflari. Verum ex mutationum distinctiones vix servantur in usufructu, quem facile quælibet mutatio rei, in qua usufructus constitutus est, extinguit, nisi sit permotiva, veluti ex solo in vineam, vel contra: quælibet alia mutatio honesta occasio est usufructus consolidandi, & confundendi cum proprietate, nullumque jus fragilius usufructus jure, quia & sui natura ad proprietatem suam, unde prodiit, semper tendit, & recurrit. Quo verbo & in hac re nostri auctores utuntur, usufructus recurrit ad proprietatem, ad proprietatem properat. Sic fit ut massæ usufructus finiatur, si ex ea fiant vasa; & contrarium ut sylvæ, si ex ea fiat navale, vel si ex materia ejus fiant naves, scaphæ, arcæ, armaria, tigna: ut item domus finiatur usufructus, si solo adæquetur, quæ omnia ostenduntur in l. quid tamen, quibus modis usufructus amittitur. Hactenus duas tantum ait mutationis species, unam, quæ fit ex non subjecto in subjectum, ut si ex arbore fiat navis, fit enim ex non nave navis; alteram, quæ fit ex subjecto in subjectum, ut si ex domo fiat hortus, vel si ex area fiat vinea. Est & tertia species mutationis, quæ fit ex subjecto in non subjectum, ut si navis dissolvatur tota, quæ omnium summa mutatio est, mors nempe, interitusve subjecti: ut cum ex homine fit pulvis, aut cinis ex ligno. Ideoque hoc genus mutationis, non tantum usufructum, sed etiam pignus, & legatum extinguit, d. l. lana. Ex non subjecto in non subjectum mutatio non fit, ut doctor sapientum docuit. Pergamus ad reliqua.

AD §. ult. In §. ult. hujus l. ait, pignus contractum à ser-vo, vel filio, re peculiari creditori peculiario pignori data, in rem peculii non aliter, quam si habuerit liberam peculii administrationem, tuendum esse, quia & alienare potest, l. 2. §. pen. l. 1. §. ult. de reb. cred. Si alienare potest, & multo magis obligare. Sic argumentatur l. 1. C. rem alienam gerentibus non interd. §. 1. inf. de pig. l. ult. C. eod. Potest etiam qui liberam peculii administrationem habet, pacisci, ne res peculiariter obligata pignori sit, ita scilicet ut definitur in l. sicut, §. pacisci, inf. Quibus mod. pignus, vel hyp. sol.

Ad L. XX. eod. *Aliena res pignori dari voluntate domini potest. Sed etsi ignorante eo data sit, & ratum habuerit, pignus valebit.*

Ad §. Si pluribus res simul pignori detur, equalis omnium causa est.

Ad §. Si per creditorem stetit, quo minus ei solvatur, re-cte agitur pigneratitia.

Ad §. Interdum & si soluta sit pecunia, tamen pigneratitia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit à debitore.

LEX 20. non erit longi subfellii. Initio docet rem alienam non posse pignori obligari sine consensu domini. Hoc satis exposuimus in l. 16. sup. sed subjicit ratihabitionem domini sufficere, quia ratihabitione retrotrahitur, retro recurrit, & pro consensu habetur, ut in l. si fundus, §. 1. de pign.

de pign. nihil est amplius. In §. 1. docet una eademque res pluribus simul pignerata, æqualem pluribus creditoribus, ex causis diversis æqualem omnium causam esse, alterum altero non esse potiorum. Quod utique verum est, etiamsi una die pluribus eadem res pignerata sit. Quod maxime notandum est. Probatur id *l. si fundus, §. pen. de pign.* Quod fit eodem die, pro eo est ac si factum esset eodem momento, nec si mane uni eandem rem pigneravero, & vesperi alteri, alter altero potior est, quia pro eo est, ac si simul eam rem omnibus pignerasset: & inter contemporales non est ordo. In hanc rem valde facit *l. 6. de excusat. tut.* quæ docet duas tutelas uni eidemque delatas uno die, cum quæritur de excusatione danda ob numerum tutelarum, tum non apparere, utra utri anteponatur, non est prior numero una potius, quam altera, quoniam ambæ videntur delatæ eodem momento, quæ delatæ sunt eodem die. Sed prætor eam in numerum tutelarum ex iis duabus imputabit, quam volet. Prætoris est, quam volet imputare in numerum trium tutelarum, vel quatuor: nostrum id non est, quia delatæ sunt ambæ eodem die.

Ad §. pen. & ult. In §. pen. hujus l. docet interdum directam pigneratitiam, quæ non solet competere debitori, nisi soluta pecunia pignoris recuperandi causa, interdum debitori competere, etiamsi non reapse solverit pecuniam debitam: sed per creditorem steterit, quominus oblatam pecuniam congruo loco, & tempore acciperet, & postea pecunia sine culpa debitoris perierit. Perit enim creditori, & pro soluta habetur, eo quod in ea accipienda creditor moram fecit, *l. qui decem, de sol. l. 7. de constit. pecunia.* Contra in §. ult. statim subjicit, interdum non competere directam actionem pigneratitiam debitori, etiamsi solverit, ut puta si creditori pignus vendiderit in vicem debiti, quæ venditio pro solutione est, nec si postea debitum offerat, recte agit pigneratitia, *l. Titius, h. tit.* Denique sicut in solutum datio pro venditione est, *l. eleganter, hoc tit. l. 4. C. de evict.* ita venditio ipsius pignoris, & traditio non accepto pretio est pro datione in solutum, sive pro solutione naturali. Et nihil est præterea. Sequitur *l. 3. & 5. de exercit. act.*

Ad L. III. de Exec. it. act. Nec quidquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat: eumque, qui præstiterit, societatis iudicio à cæteris consecuturum.

Notandum est ex contractu ejus, quem quæstus faciendi causa tabernæ, officinæ, vel negotiationi præpotuimus, ut ei rei vice nostra sedulus insisteret, qui proinde institor dicitur, nos, qui præposuimus obligari, & teneri actione institoria in solidum, sive servus sit noster, sive alienus, sive communis, sive liber homo is, quem præposuimus. Et eodem exemplo ex contractu ejus, quem navi nostræ, quam in mari, vel in flumine exercemus, præposuimus propter quæstum vecturæ, qui etiam veluti institor quidam est, nec tamen proprie institor dicitur, quia non insistit, sed navigat, sed dicitur magister navis, *πρωταρχος.* Ex contractu igitur magistri navis nos, qui magistrum navi præposuimus, in solidum obligari, & conveniri posse actione exercitoria. Hæc actio nomen sumit à nobis, qui exercitores navis sumus, qui exercemus navem. Ille autem, quem præposuimus, est magister navis. Actio autem institoria ab eo sumit nomen, quem præposuimus tabernæ, quam exercemus, vel negotio, quod exercemus, quia non potuit à magistro navis actioni aptum imponi nomen. Itaque impositum est ab exercitore, non à magistro. Quod si plures simus, qui per magistrum navem exercemus, non per nos ipsos, quia tunc ex contractibus nostris pro parte tantum, quam in nave habemus, obligamur, *l. 4. hoc tit.* Sed si plures simus, ut dixi, qui per magistrum navem exercemus, is, qui cum magistro à nobis præposito contraxit, non agit in nos omnes actione exercitoria pro partibus, quas in nave habemus, sed eo non inspecto quotam quisque nostrum partem in nave habet, unum ex nobis eligere potest, cum quo agat in solidum actione exercitoria, cæteris prætermisissis, ut *l. 9. inf. h. tit.* Et ratio hæc red-

ditur in *l. 2. h. tit.* quæ repetita est ex *l. & ancill. §. ult. de pecul.* quia satis iniquum est, eum, qui cum uno contraxit, puta cum uno magistro navis, desringi in plures adversarios: quia iniquum est, inquit, ut qui cum uno contraxit, desringatur in plures adversarios. Verum ut Paul. subjicit in hæc *l. 3.* quod unus nostrum in solidum conventus actione exercitoria præstiterit, id actione pro socio, vel communi dividendo: actione pro socio, si exercitores sint socii voluntarii ex contractu societatis: actione communi dividendo, si non sint socii ex contractu: id, inquam, hac, vel illa actione à cæteris, quos solidum solvendo liberavit, pro parte eorum consequetur. Atque ita, si exitum rei spectas singuli exercitores tantum tenentur pro parte, quam in nave habent. Si hujus iudicii potestatem spectas, singuli tenentur in solidum. Idemque servatur in actione institoria, si plures institorem tabernæ præposuerint, nempe ex contractu institoris singuli in solidum tenentur, *l. habebat, §. ult. & seq. de inst. act.* Idem etiam servatur in actione de peculio. Si plures sint domini unius servi, ex contractu servi singuli tenentur actione de peculio in solidum, ne qui cum uno contraxerit, in plures adversarios desringatur, *l. noxal. §. ult. & d. l. ancillarum, §. ult. de peculio.* Verum si unus conventus in solidum, solidum præstiterit, quod amplius sua parte præstiterit, id à cæteris consequetur actione pro socio, vel communi dividendo: idem ergo omnino servatur in exercitoria, & institoria actione, & actione de peculio. Verum, ut his actionibus singuli in solidum tenentur, id quidem non ideo fit, quia quod præstiterint sint à collegis recepturi, ut diximus, quoniam hæc ratio per se sola nihil valet, *l. 171. de regul. juris.* Sed prima & summa ratio hæc est, quia non est æquum, eum, qui cum uno contraxit, puta cum uno institore, vel magistro, vel servo uno, in plures adversarios desringi, hoc est, occupari, divisa una actione in personas duas, vel plures. Et eodem sensu Florus, sive Lucius Annæus Seneca dixit libro 4. cap. 1. *desringere urbem incendiis,* & Titus Livius 44. *populatione desringere copias regias.* At licet hæc sit summa, & præcipua ratio, ei tamen non est aliter locus, quam si is, qui convenitur in solidum, quod amplius parte sua præstiterit, à cæteris servare, & consequi possit actione pro socio, vel communi dividendo. Nam his actionibus cessantibus singuli supradictis actionibus non tenentur, nisi pro parte sua, pro parte domini, alioquin in damno versarentur, si tenerentur in solidum. Et hoc ostenditur in *l. idem erit, de inst. act.* quæ ita belle conjungi potest cum *d. l. 171.* quia sunt ex eodem auctore, & libro. Species hæc est: Servum meum tabernæ meæ institorem feci, & cum mercium causa quidam ei pecuniam credidisset, vita defunctus sum, duobus, vel tribus heredibus institutis, & eidem servo purè in testamento data libertate, neque servus ille unquam fuit communis inter heredes, neque merces, quibus servus ille institit, communes illæ fuerunt ante aditam hereditatem. Itaque quidquid ante is servus gessit, earum mercium nomine, & causa, non venit in iudicium communi divid. Quamobrem singuli actione institoria, quod & in exercitoria dici potest, vel etiam de peculio, ut ostendit *l. item cum test. & l. quæstum, §. si cum ex parte, de peculio:* singuli, inquam, his actionibus tenentur duntaxat pro parte hereditaria: nec obijci illis potest, quod sit iniquum, eum, qui cum uno contraxit, desringi in plures adversarios, quia imo non est iniquum, si convento uno, & condemnato in solidum, ea res damno ei futura est, eo quod deficiat actio pro socio, quia heredes non sunt socii voluntarii, *l. ut sit, inf. pro socio:* quodque deficiat actio communi dividendo: quia neque commune eorum fuit negotium, cui vivo testatore servus institit, neque servus etiam ipse communis est, aut fuit, cum libertate donatus sit, & iis actionibus deficientibus, nulla alia actio superest. Et ita vero respondendum est, si quis legi 12. tabul. notissimæ, quæ vult ex contractu defuncti heredes teneri pro portionibus hereditariis, non singulos in solidum, *l. 1. C. si certum petetur:* si quis, inquam, huic legi 12. tabul. obijciat hanc rationem, hocve impedimentum, quod iniquum sit, eum, qui cum uno contraxit, puta cum defuncto, desringi in plures adversarios, quæ

quæ ratio tamen primo statim congressu neminem non A
perturbaret. Et hæc sufficiunt ad l.3.

Ad L.V. eod. *Si cum, qui in mea potestate sit, magistrum navis habeas, mihi quoque in te competis actio, si quid cum eo contraxero. Idem est ac si communis servus nobis erit, ex locato tamen tecum ages, quod operas servi mei conduxeris: quia & si cum alio contraxisset, ageres tecum, ut actiones, quas eo nomine habui, tibi præstarem, quemadmodum cum libero, si quidem conduxeris, experieris. Quod si gratuita opera fuerint, mandati ages. Item si servus meus navem exercuerit, & cum magistro ejus contraxero, nihil obstat, quo minus adversus magistrum experiar actione, quæ mihi jure civili, vel honorario competit. Nam & cuivis alii non obstat hoc edictum, quo minus cum magistro agi possit. Hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur. Si unus ex multis exercitoribus cum magistro navis contraxerit, agere cum aliis exercitoribus poterit.*

SEquitur l.5. cujus legis initium explicatu perdifficile est, & attentione opus est maxima. Finge: Servum meum navi tuæ magistrum præposuisti, vel illo tibi præbente gratuitas operas mandatu tuo, rogatu tuo (*c'est tout un*) vel illo locante tibi suas operas certa mercede, ego, qui ejus dominus sum, contraxi cum illo, propter navigandi necessitatem aliquam, aut transvehendi merces meas necessitatem aliquam: ex eo contractu tu mihi teneris actione exercitoria, non quidem directa, quia ipse servus mihi non obligatur, nec obligari potest ullo modo: sed mihi teneris utili actione exercitoria, ut de actione institoria proditum est in l. & ideo, de institor. act. Idemque servatur, ut ait, si servum communem meum, & tuum navi tuæ præposuisti magistrum, vel merci tuæ institorem feceris, & cum eo contraxerim: nam & ex hoc contractu mihi in te competit actio exercitoria, vel institoria. At ut de servo alieno tantum loquamur, de quo etiam sunt accipienda quæ sequuntur in hac l. illa verba (*idem est, si communis servus nobis erit*) includenda sunt veluti *καρπυζέου*: vice versa, tu mihi teneris ex eo contractu, quem habui cum servo meo, quem navi præposueras: vice versa, sive tu gratuitis servi mei operis usus fueris, eo navi præposito, tu tecum ex eo contractu mandati actionem habes de peculio, qui ei mandati curam navis tuæ, sive operas ejus conduxeris, tecum habes, si quid tibi debeat ex ea causa, actionem ex locato de peculio, ut d.l. & ideo, ex locato, id est, ex locato conducto, vel, ut recte glossa, ex locato, id est, ex conducto, ut sæpissime in jure, quoniam intelligitur perfecta oratio ex locato conducto. Cæterum est, ex conducto, sicut contra ex conducto nonnunquam, id est, ex locato, quia perfecta oratio est ex locato conducto. Si igitur operas servi mei conduxeris certo pretio, ut eum navi tuæ præponeres, si quid is tibi debeat ex ea causa, tecum agere potes ex locato de peculio, id est, ex locato conducto, sicut si liberi hominis conduxeris operas, quem navi præponeres, in eum tibi competeret, si quid ex ea causa tibi deberet, actio ex conducto, vel si gratuitas operas in ea re exhibuisset, actio mandati, l. 1. §. est autem, h. l. Et quod dixi recte glossam hic interpretari ex locato, id est, ex conducto, id confirmat d.l. & ideo apertissime, quæ vocat actionem ex conducto eam, quæ hic dicitur ex locato. Hic igitur ex locato sic accipe, ex locato conducto: nam qui conduxit operas, agit ex conducto, qui locavit, ex locato. Additur in hac l. etiam te, qui servum meum navi præposuisti, si servus meus cum aliis contraxerit, dum navem tuam exercet, atque adeo jure domini mihi adquisierit actiones ex contractibus habitis cum aliis, te, inquam, adversum me agere posse supradictis actionibus, mandati soil. vel ex conducto de peculio, vel ut tibi cedam actiones meas, tibi mandem actiones meas, teque procuratorem faciam in rem tuam, ut l. 1. de instit. act. l. quod debetur, de pecul.

AD §. pen. Sequitur alia species in §. pen. Servus meus exercet navem meam, vel navem peculiarem, eique magistrum præposuit liberum hominem. Ego ipse naviga-

turus, aut navi merces impositurus, cum illo magistro, quem servus meus præposuit, contraxi: mihi non est adversus servum meum actio exercitoria, cum nulla domino cum servo actio esse possit, nulla lis. Sed hoc casu adversus magistrum navis, cum quo contraxi, competit mihi actio civilis, vel honoraria, pro qualitate negotii cum eo contracti: nam & si exercitor liber homo liberum hominem navi magistrum præposuerit, & cum eo contraxerim, liberum mihi est omnia actione exercitoria, adversus exercitorem agere cum magistro ex contractu. Nam ut eleganter ait, hoc edicto non transfertur actio à magistro in exercitorem, videlicet, cum magister est capax actionis, sit liber homo, non servus: sed adjicitur, & electio est creditoris, vel agere cum magistro principali actione ex contractu, vel cum exercitore honoraria actione ex hoc edicto, d. l. 1. §. est autem. In fine legis docet, si plures sint, qui navem per unum magistrum exercent, & unus eorum, unus ex exercitoribus cum illo magistro contraxerit, nihil impedire, quin illi cum cæteris exercitoribus sit actio exercitoria ex contractu magistrum, quem iste præposuit, non solus, sed cum aliis: nam si solus præposuit, tum non potest, quia non habet cum quo agat.

Ad L. XVI. de Instit. act. *Si cum villico alicujus contractum sit, non datur in dominum actio: quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum præponitur. Si tamen villicum distrahendis quoque mercibus præpositum habuero: non erit iniquum, exemplo institoria, actionem in me competere.*

FINem dabit huic lib. l. 16. de institor. act. Quæritur exemplo institoris, vel magistrum navis, an etiam possit dici, dominum teneri ex contractu villici servi in solidum, quem præposuit agris, universoque operi rustico? Is enim est villicus, qui præponitur agro, & omni operi rustico, l. 8. de instr. & instr. leg. sicut ex contractu institoris, vel magistrum tenetur in solidum, an etiam ex contractu villici, qui & præpositus dicitur, tenetur in solidum? an hæc etiam præpositio illum obligat in solidum? Quod Paulus negat in hac l. 16. hac ratione, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum præponitur. Propter fructus percipiendos, Basil. hoc loco, *ὡς ὑποδοχὴς τῶν καρπῶν*: Villicus quid est? susceptor fructuum, qui condendis, & percipiendis fructibus præponitur. Hæc præpositio dominum non obligat in solidum, sed præpositio quæstuariorum tantum. Quæstus quid est? id quod venit ex negotiatione, ex mercatura, vel locatione, conductione. Id est quæstus proprie, l. quæstus, pro soc. Et præpositio illa obligat tantum in solidum, quæ facta est quæstus causa, si tamen, ut subjicit, villicus etiam præpositus sit distrahendis mercibus, veluti distrahendis frugibus, quas perciperet, & aliis forte coemendis, ut Paulus ait 2. sent. tit. 4. ex quo loco explicanda est l. 5. §. 1. de exercit. Proculdubio ex ea causa dominus tenetur in solidum, si quid contraxerit cum aliis, quia non rætum est villicus: sed etiam institor. Is, qui præponitur fructibus percipiendis, & distrahendis est plusquam villicus.

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XXX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES:

Ad L. IV. de Instit. act. *Cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces, & ibi vendant. Nec mutat causam actionis locus vendendi, emendare: cum utroque modo verum sit, instituorem emisse, aut vendidisse.*

SUPERIORE Libro cum egisset Paulus de actione exercitoria, hoc Libro XXX. primore loco agit de actione institoria, quæ eandem cum exercitoria causam habet. Nam & magister navis quasi quidam

dam exercendæ navis institor est, adeo ut idem jus plerumque in utraque actione valeat, quodque dicitur de una, id dici etiam possit de altera. Quæ res facit, ut existimem superiore lib. non nisi adductum comparatione exercitoria actionis, non nihil etiam egisse Paul. de institoria actione in l.16. de instit. act. Porro hoc libro primum dicitur de actione institoria, quæ ex contractu institoris in eum datur in solidum, qui institorem mercaturis, aut redempturis faciendis præposuit, cœpit à definitione institoris: institorem esse eum, qui præponitur tabernæ, locove ad emendum, aut vendendum, veluti pergulæ, quæ est appendix ædificii, sub qua & venum merces exponi solent. Et ita tabernam, & pergulam conjungit, l. heres, §. proinde, in fin. de jud. Vel etiam institor est, qui sine loco mercaturis faciendis præponitur, sine ullo loco, ut l.18. h. t. locus non facit institorem, forum non facit mercatorem: Nam & qui nullo certo loco consistunt: sed commeat per provincias, obeuntes honestorum virorum domos, cum cista delicatarum mercium, ibique eas vendunt, ad hoc genus mercimonii, sive quæstus immissi à magno mercatore quodam, etiam illi institores sunt, l.4. hoc t. quæ est ex hoc libro. Itemque circitores, qui circitantur civitatem velis distrahendæ, aut coemendæ, huic rei præpositi à vestiario negotiatore quodam, institores sunt, l.5. §. sed & eos, h. iit. Utroque enim modo verum est, eos vendidisse, vel emisse. Docuit etiam hoc libro Paulus, tabernæ appellatione significari omnem locum, ergo & pergulam, omnem locum comparatum venum exponendis, aut emendis mercibus, variis, aut certi generis, veluti tabernam purpurariam, tabernam ferrariam, de qua l. pen. §. quisquis, de leg.2. Definiunt etiam nomen tabernæ forte hoc modo, quod plerumque taberna fiat ex tabulis scætilibus, quæ axes, & asses dicuntur. Et inde est in l.184. de verbor. sig. ex hoc ipso Pauli libro inde, inquit, tabernacula, & contubernales dictos esse. Tabernacula, tecta castrensia, expeditionales, & subitas habitationes, ut Cassiodorus ait in psalmum 14. & milites, qui in eis versantur contubernales dicuntur. Adde & ad tubernalcum dici habitorem contiguæ tabernæ. Sic est legendum apud Festum, contiguæ, non continuæ. Exposita autem breviter verborum significatione, mox Paulus transit ad rem ipsam, & inter cætera docuit in l.6. h. t. actionem institoriam in me dari, non tantum, si ego institorem præposuerim: sed & si procurator omnium rerum, & negotiorum meorum, qui generale mandatum habet, nam & hic institorem mercibus meis præponere potuit. Et is, quem præposuit, ego præposuisse videor. Is enim, qui est procurator omnium rerum, legitimus procurator dicitur, ut Marc. Tullius ait pro Cæcinnæ, quasi pene quidam dominus, inquit, id est, alieni juris vicarius. Ergo si ego præposui institorem, siue procurator omnium rerum mearum, ex contractu ejus in me datur actio institoria, & non in me tantum, sed etiam in procuratorem omnium rerum mearum, qui institorem præposuit, si actor hunc malit eligere, quia hic est alter dominus, & pro eo est, ac si duo præposuissent mercibus communibus, quo etiam casu in arbitrio actoris est agere cum quo volet in solidum, nec cogitur dividere actionem in partes, quas in mercibus habet, ut docuimus in l.3. de exercit. act.

Ad L. XVII. eod. Si quis mancipiis, vel jumentis, pecoribus vendendis, vendendisque præpositus sit: non solum institoria competit adversus eum, qui præposuit, sed etiam redhibitoria, vel ex stipulatu duplæ, si in solidum actio danda.

Ad §. Si servum Titii institorem habueris: vel tecum ex hoc edicto, vel cum Titio ex inferioribus edictis agere potero. Sed si tu cum eo contrahi vetuisti, cum Titio duntaxat agi poteris.

Ad §. Si impubes patri habenti institores, heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit: dicendum est, in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus, quemadmodum ubi post mortem tutoris, cujus auctoritate institor præpositus est, cum eo contrahitur.

Ad §. Ejus contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiam si furiosus heres existat, dandam esse actionem, etiam Pomponius scribit. Non enim impudendum

est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.

Ad §. Proculus ait, si denunciaveris tibi, ne servo à me præposito crederes, exceptionem dandam, si ille illi non denunciaveris, ne illi servo crederet: sed si ex eo contractu peculium habet, aut in rem meam versum sit, nec velim, quo locupletior sim, solvere: replicari de dolo malo oportet, nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram.

Ad §. Ex hac causa etiam condici posse verum est.

Sequitur in l.17. si quis mancipiis, vel jumentis, &c. Initio docet eum, qui institorem præposuit mancipiis, vel jumentis, vel pecoribus emendis, vendendis, si qua institor vendiderit, non tantum emptori teneri in solidum actione institoria ex empto, quæ principaliter ex contractu cum institore habito descendit, sed etiam si mancipia, vel jumenta, vel pecora ob morbum, vel vitium aliquod latens sint in causa redhibitionis actione redhibitoria, nam & hæc ex eodem contractu venit, l. cum autem, §. si servus, de edil. edict. Itemque si evictionis interposita sit stipulatio duplæ, vel simplæ, emptore scilicet stipulante, & institore promittente, secuta evictione, in me datur actio ex stipulatu in solidum. Est enim hæc stipulatio sequela emptionis, venditionis. Denique non tantum in me datur actio institoria ex empto, quæ principaliter ex contractu venit: sed etiam quæ inde subnascuntur actiones, in me dantur, veluti redhibitoria actio, actio ædilitia, & actio ex stipulatione duplæ, vel simplæ. Et hoc est, quod proponitur initio hujus l. cui opponitur l. si procurator meus, §. ult. de procurator. quæ si procurator meus, cui mandavi causæ meæ defensionem, stipulanti promiserit judicatum solvi, ait in me non dari actionem ex stipulatu, sed in procuratorem tantum, quamvis actionem judicati satis constet in me dari, non in procuratorem, l.4. de re jud. Verum actio ex stipulatione judicatum solvi dabitur tantum adversus procuratorem, qui promisit, non adversus me, qui idem non promisi. Cur tamen datur adversus me actio ex stipulatione institoris, quæ ego non interposui? At in d. l. si procurator meus, §. ultim. agitur de procuratore dato ad litem suscipiendam, ad litem defendendam: hoc loco agitur de institore præposito ad vendendum. Disparis igitur sunt, qui inter se conferuntur, procurator ad litem defendendam, & institor ad vendendum: fac eos pares, fac scilicet procuratorem datum ad vendendum, & reperies tum nihil procuratorem differre ab institore. Nam si procurator datus, constitutus ad vendendum caverit emptori de evictione, dominus quoque ejus de evictione tenetur utili actione exemplo institoria actionis, ut nominatim ait, l. Julian. §. si procurator, de action. emp. & confirmatur valde l. liberto, in princ. de neg. gest. Verum adhuc quæri potest, cur tamen si procurator datus sit ad litem suscipiendam, & caverit judicatum solvi, dominus non teneatur? vulgo Doctores omnes certatim tradunt, hanc esse rationem differentia, quia & dominus si fecisset, quod procurator, vel institor fecit, id est, si vendidisset, cavisset emptori de evictione, hoc est verum. Sed si per se causam egisset, non cavisset judicatum solvi, hoc vero est falsum: nam in judiciis in rem, & ipse cavisset judicatum solvi, non in judiciis in personam, l.8. & 9. jud. solvi, l. Julianus, qui satisd. cog. l. qui se liti, de petit. hered. Verior ratio, quæ hanc differentiam fecit, hæc est, quia merito imputatur procuratori dato ad litem defendendam, quod facti dederit judicatum solvi, quod promiserit, caverit judicatum solvi, quia non à procuratore, sed à domino ipso litis interponenda fuit cautio pro procuratore, ut est evidenter expressum in l.10. jud. solvi, & l. filiusfam. §. ult. de procur. debuit pro eo prius dominus cavere judicatum solvi, deinde procurator litem exequitur promissis, quod promittere ipse necesse non habuit? Circa hæc si quæras, quod etiam quærunto Doctores, quid institor distet à procuratore, dicam multum interesse: non omnem institorem esse procuratorem: servum quidem alienum, vel liberum hominem, si institor meus sit, esse procuratorem meum, quia mandatu meo præpositus est, unde & actio mandati nascitur, l.1. & 12. h. iit. servum autem meum si institorem fecero non esse pro-

se procuratorem meum. Servo enim meo non mando, sed A impero. Mandare est verbum precarium, quod non plus significat, quam rogare, sive dicas rogo, sive mando: mandato das initium, & perficitur mandatum, si ille suscipiat se facturum, quod rogasti, mandastive: contra vero, non omnis procurator est institor, non certe procurator ad lites: nam institor quæstui faciendo tantum præponitur, l. 16. h. t. Procurator etiam liti exequendæ, aut negotio quodam necessario exequendo absque lucro, vel quæstus spe.

Ad §. Si servum. Sequitur hæc species in §. 1. Servus alienus est institor meus ex contractu, quem cum illo misisti, habes & in me actionem institoriam ex hoc edicto, nisi priusquam cum eo contraheres, ego veterim cum illo contrahi, quæ prohibitio facit, ut desinat esse institor, l. 11. §. de quo, h. t. Sed si non mutavero voluntatem, habes in me actionem institoriam, habes etiam in dominum ejus actionem ex inferioribus edictis, in me actionem institoriam ex hoc edicto, in dominum ejus actionem ex inferioribus edictis, veluti de peculio, de in rem verso, quod iussu. Et hinc observandum est in his libris servari ordinem edicti perpetui. Datur enim prius actio exercitoria, institoria, & tributoria, quam actio de peculio, vel de in rem verso, vel quod iussu, quæ in inferioribus edictis proponuntur. Quod etiam ostendit l. 2. de statu hominum. At rursus sige, non servus alienus, sed servus meus est institor meus, tu cum illo contraxisti, ejus rei scilicet nomine, cui præpositus est. Tu habes in me non tantum actionem institoriam, sed etiam actionem de peculio, vel de in rem verso, vel quod iussu, aut si non habes in me institoriam, ut quia prohibui, ne cum illo institore deinceps quisquam contraheret, & nihilominus contraxeris cum illo, habes saltem in me actionem de peculio, aut de in rem verso, l. si quis servum, §. ult. de pec. & in hac l. §. pen. Cujus sententia breviter hæc est: denuntiavi, ne quis institori meo pecuniam crederet, ejus negotii causa, cui præpositus erat. Tu tamen ei pecuniam credidisti, & agis in me actione institoria. Defendam me hac exceptione, cujus formula extat in hoc §. pen. si ille illi non denunciaverit, ne illi servo crederet. Si ego tibi non denuntiavi, ne illi servo meo crederes. Sed si servus ille pecuniatus sit, si eam pecuniam, quam ei credidisti, verterit in peculium, vel etiam si eam verterit in rem meam, tu adversus illam exceptionem oppones replicationem doli mali, quia dolo malo facit, qui ex aliena jactura lucrum quærit. Atque ita in hunc modum reduplicationis induces actionem de peculio, vel de in rem verso, quæ etiam cessante actione institoria semper competit.

Ad §. Si impubes. Transeamus ad §. si impubes, & erit finis. Impubes patri habenti institores heres extitit, & post mortem patris, cum institoribus contraxerunt, qui non erant gnari mortis patris. Quæritur an ex eo contractu datur in impubem actio institoria? Et videtur prima facie non esse danda: nam ut prohibitione finitur officium institoris, quod ante diximus, ita etiam morte domini, qui præposuit institorem. Ergo non recte agunt cum herede domini, qui post mortem ejus scientes cum institore, qui jam desierat esse institor, contraxerunt. Mandatum finitur morte, est vox juris collecta de populo: mandatum finitur morte. Dispensationem finiri morte, si quis sit præpositus Calendario, id est, pecuniis scenerandis, qui & institor est: dispensatio finitur morte domini, l. ejus, qui in provinc. de reb. cred. Attamen placet hoc loco etiam in impubem, cujus persona dubitationem augebat, ut in l. 11. hoc tit. & multo magis in puberem, qui heres domino extiterit, qui institorem præposuit, dari actionem institoriam, etiam iis, qui scientes mortem domini, qui institores præposuerat, postea cum institoribus contraxerunt: nam ut ait, ut post mortem tutoris, cujus auctoritate institor præpositus est, iis, qui scientes mortem tutoris, cum eo institore contraxerunt, datur actio institoria adversus pupillum. Et ut respondeam rationi dubitandi, quam attuli supra, hoc dicendum ait esse propter utilitatem promiscui usus. Rejragari quidem regulam juris, sive rigorem juris, quia mor-

Tom. II. Post.

te domini finitur officium institoris; sed nos hic agere, quod notandum, de institore mercibus exercendis præposito, cujus officium utilitas promiscui usus exigit, ut dicamus, morte domini non interire, id est, utilitas, & necessitas commerciorum. Commercium est promiscuus mercandi usus, qui & mutuus usus Livio 34. *Commercio*, inquit, *Græcorum Hispani gaudebant: hujus usus desiderium, ut Hispana urbs Græcis pateret, faciebat.* Et l. 38. *Id oppidum, inquit, multarum gentium fines contingit, quarum commercium in eum maxime locum mutui usus contraxere.* Et ita promiscuus usus, l. quamvis, C. de furtis pro consortio conjugali, & utilitate necessarij usus, l. pen. C. de hæreticis. Ergo utilitas commerciorum exigit, ut etiam pupillus teneatur ex contractu habito cum institoribus, à patre mercibus præpositis, cui pupillus heres extitit, etiam iis, qui non ignari mortis patris cum iis institoribus, postea contraxerunt, ne scilicet pupillo auferantur ingentia commoda, quæ ex actu institorum ad dominos redeunt, si dixerit morte patris finiri institorum officium. Itemque ut subjicit, multo magis dicendum est, si ante aditam hereditatem à pupillo, vel furioso cum illis institoribus scienter contraxerint, quia tunc probabilius est eorum officium durare, quamdiu nullus novus dominus existit, quamdiu jacet hereditas. Longe aliud dicendum est in dispensatoribus Calendarii, quamvis & ii institores sint: neque enim omnium institorum eadem causa semper: dispensatoris præpositi pecuniis mutuandis, aut scenori occupandis, scenorive sumendis officium finitur morte domini, dicit. l. ejus, qui in provincia. Hoc loco agitur de exercentibus merces, quorum major est necessitas in republica, quam exercentium pecuniam. Imo præstaret nullos versari in Republica, qui pecunias exercerent, & scenori darent. Qua de re, si quid cupis amplius scire, adi, si libet Africanum ad d. l. ejus, qui in provincia, hæc huic loco satis, abundeque sufficere videntur. In fine legis, quod est facilitum, ait, ei, qui præposuit institorem, etiam posse condici, id est, cum eo, qui præposuit institorem, non tantum posse agi actione institoria in solidum, sed etiam perinde, ac si ipsemet contraxisset per se, non per institorem, posse cum eo agi certi conditione in solidum, quia iussu ejus institor contraxisse videtur, l. si institorem, de reb. cred. Ergo adversus eum, qui præposuit institorem, dux patent actiones. Sequetur actio tributoria die crastina.

Ad L. II. de Tribut. action. *Vt tamen merx, qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat.*

Ad L. IV. eod. *Si pupillus, cujus tutor scierit pubes factus, vel furiosus sanæ mentis, dolo admittant, tenentur ex hoc edicto.*

Ad L. VI. eod. *Non enim hac actio, sicut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem quandoque agentium.*

Ad L. X. eod. *De peculio actione etiam cum emptore servi agi potest: tributoria non potest.*

Post edictum de actione exercitoria, & de actione institoria Paulus interpretatus est edictum de actione tributoria, de qua sub eod. tit. sunt l. 2. & 4. & 6. & 10. quas hodie interpretabimur. Hæc actio tributoria, sane multum distat ab illis actionibus, ab exercitoria scilicet, & institoria. Illæ actiones sunt de re, merce domini, hæc actio, quæ tributoria dicitur, est de merce peculiari, l. 11. §. pen. de instit. aff. Illis actionibus nos obligat præpositio, quia scilicet institorem merci, vel magistrum navi præposuimus: In hac autem actione tributoria nos obligat non præpositio, quia nulla intervenit, sed scientia & patientia primum, quia scientibus nobis filiusfam. vel servus, vel qui loco servi apud nos est in mercibus peculiaribus negotiatur. Deinde etiam distributio mercium, quam permissam nobis à prætore, non ex mente prætoris fecimus æquam, sed iniquam, & pravam dolo malo inter nos, cum & nobis filiusfam. aut servus debuit, ex quarum causa inter nos, inquam, & alios creditores ex causa mercium peculiarium, & inde nomen actioni tributoriæ, quod tributionem, id est, divisionem sive partitionem coarguat & coer-

E e

& coer-

& coerceat, l. 3. *quando ex fact. tut. pup.* Itemque illis actionibus, exercitoria scilicet, & institoria in patrem, vel dominum agitur in solidum, aut simpliciter dicamus in illis actionibus agitur in solidum ex contractu institoris, vel magistri, quia præpositio iustitiae comparatur, l. si institorem, de reb. cred. Actione autem tributoria non agitur in solidum, sed cum filius, aut servus domino, vel patri debent, & aliis creditoribus, ex causa mercis peculiaris, pater, vel dominus sui debiti partem fert ex mercibus pro rata, *πρὸς ἀναλογίαν* inter eum, & alios creditores facta divisione mercium peculiarium. Jam habemus tres differentias. Sequitur 4. & ultima. Hæ actiones dantur etiam ex contractu liberorum hominum, & servorum alienorum, quos scientes esse liberos, aut servos alienos præposuimus navi, aut merci, tabernæ, mensæ, negotio ad nos pertinenti, conductis eorum operis, vel gratuito nobis ab eis exhibitis. Hæc autem actio, quæ tributoria dicitur, non est, nisi ex negotio, quod in merce peculiari scientibus nobis, ut diximus, gesserunt ii, qui erant in potestate nostra, puta filiifamilias, aut servi, vel ex negotio, quod servus alienus similiter in merce peculiari gessit, in quo usumfructum habebamus, vel etiam ex negotio, quod quasi in merce peculiari gesserunt ii, qui nobis bona fide serviebant, tanquam servi, quos nos bona fide possidebamus, existimantes, eos esse in potestate nostra, cum essent liberi, vel servi alieni, l. 1. §. *ali. hoc tit.* Verum in his omnibus personis, exigimus, ut merx peculiaris, in qua negotiati sunt scientibus nobis, ad nos pertinuerit. Filius, potest habere mercem peculiarem ex causa castrensi, vel quasi castrensi, quam constat non pertinere ad patrem. Item liber homo, aut servus alienus, quem bona fide possidemus, vel in quo usumfructum habemus, potest habere mercem peculiarem, quæ ad nos non pertineat, ut puta, quam alius ei donaverit, vel legaverit, vel quam ipse ex negotio gesto adquisiverit. Hæc enim, vel ad ipsum pertinet, si liber homo est, vel ad dominum proprietatis. Et duæ tantum causæ sunt, ex quibus merx peculiaris ad bonæ fidei possessorem, vel fructuarium pertineat, si eam mercem ex re possessoris, vel fructuarii paraverit, vel si eam paraverit ex suis operis, l. 10. & l. 19. *de acquir. rer. dom. l. hinc queritur, de pecul.* Potest unus idemque homo duplicis juris peculium habere. Unum quod pertineat ad proprietarium, alterum quod pertineat ad fructuarium, secundum superiorem distinctionem. Et ob id recte Paulus in l. 2. *hoc tit.* quæ est ex hoc libro, ita demum ait actioni tributoriæ locum esse, si merx, qua supradictæ personæ peculiariter negotiata sunt scientibus nobis, ad nos pertineat. Alioquin nos hac actione teneri rationis non est. Et in hoc sane conveniunt superiores actiones institoria, & exercitoria cum hac actione, quia sicut illæ fere non sunt, nisi de re, aut merce, quæ ad nos pertinet: sic nec tributoria, nisi de merce peculiari, quæ ad nos pertinet. Et ad hæc maxime notandum, huic actioni locum esse in eum, ad quem merx peculiaris pertinet, & quo sciente, qui in ejus potestate, vel quasi potestate erant in ea merce negotiati sunt, si mercium peculiarium, vel rerum, aut pecuniarum ex eis redactarum, inter se, & creditores mercium peculiarium, dolo malo distributionem, quam prætor eis permiserat, non fecerunt æquam, uti oportuit, pro rata portione ejus, quod cuique debetur. Et hoc agitur, siue intenditur hac actione, ut præstet, quod singulis creditoribus mercis peculiaris minus distribuit, quam oporteret, quodque sibi plus retinuit, quam oporteret, & quod ex merce peculiari dolo malo avertit, vel diltraxit, aut perire passus est, quod idem ex venditione mercium peculiarium pretium non exegit. Hæc igitur actio coerceat dolum malum distributoris, divisoris mercium, quod ostendit aperte l. 7. §. *si cuius*, & l. ult. h. 1. & §. *introducitur, Inst. quod cum eo, qui in al. pos.* Et recte igitur l. 8. in fi. h. 1. tributoriam actionem non competere, nisi dolo interveniente, id est, prava distributione, quæ tamen eadem l. 8. in initio ait, hanc actionem de dolo non esse, quod & verissimum est, neque enim recta est collectio. Hæc actio dolum coerceat: ergo est actio de dolo; non sequitur, & non esse etiam hanc actionem, quæ tributoria dicitur, actionem de dolo, ex eo apparet, quod actio de dolo sit temporalis in eum, qui dolum

admisit: finitur etiam jure veteri, & jure novo biennio, at hæc actio tributoria est perpetua, d. l. 8. & quod actio de dolo, notissimum est, sit famosa, hæc actio non item. Aliud est igitur actio de dolo, aliud actio, quæ dolum coerceat. Et ita est explicanda lex 8. Hinc vero Paulus tradit in l. 4. *hoc tit.* ex hoc lib. si tutore sciente servus pupilli negotiatus sit in merce peculiari, vel curatore sciente servus furiosus, & pupillus pubes factus, vel furiosus factus sanæ mentis, dolo malo iniquam distributionem fecerit inter se, & creditores mercis peculiaris, eum teneri hoc edicto hac actione, quia hodie post pubertatem, vel post sanitatem receptam cœpit hæc actio nasci, & competere ex prava distributione, quæ potuit etiam incidere in pupillum ipsum doli capacem, veluti proximum pubertati, si iniquam distributionem fecisset mercium peculiarium, l. 3. §. 1. *hoc tit.*

Ad L. VI. eod. *Non enim hæc actio, sicut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem quandoque agentium.*

Sequitur l. 6. ejusdem Pauli. Hoc loco explicandum est nobis, quid hæc actio distet ab actione de peculio. Conventus dominus, vel pater actione de peculio, ex contractu servi, vel filiifamilias, habet privilegium deductionis, nempe, ut primore loco sibi solvat, quod servus, aut filius debet naturaliter (civiliter non potest debere) & ut ante omnia deducat ex peculio, quod sibi servus, aut filius debet: & ex residuo quantulocunque, utcunque satisfaciat creditoribus peculiaribus, ut denique primum sibi ipse solvat solidum, deinde reliquis, quantum feret, quod restabit ex peculio. Hoc est privilegium deductionis, quod privilegium præfertur etiam omni alii privilegio, l. ex factio, de pecul. Conventus autem actione tributoria, in tributum, id est, in partitionem mercium peculiarium, pro rata sui debiti vocatur, veluti extraneus creditor cum cæteris creditoribus mercium peculiarium, nec habet privilegium deductionis, l. 5. in tributum, hoc tit. Quo genere fiet frequenter, ut sui debiti tantum portiunculam ferat, non, ut in actione de peculio, integrum debitum. Item dominus non tenetur de peculio, si nihil sit in peculio rei judicatae tempore: & nihil intelligitur esse in peculio, si quod est in peculio id absumat, vel exhauriat debitum patris, vel domini, cujus causa privilegiata est. Actione autem tributoria tenetur, si sit merx peculiaris, vel aliquid, quod eo nomine receptum sit, ex merce peculiari scilicet, veluti ex venditione mercis peculiaris. Iterum dico, actione tributoria tenetur, si sit merx peculiaris, vel quod ex merce peculiari redactum sit aliquid, quamvis nihil sit in peculio, veluti debito domini absumente peculium, in quo & merx peculiaris erat: atque ita sit tantum, ut sit, maneatque merx peculiaris, & peculium tamen non sit: denique ut alia sit æstimatio peculii, alia mercis peculiaris. Quod enim domino debetur, peculium minuit, vel absumit mercem peculiarem, in qua servus sciente domino negotiatur, neque minuit, neque absumit, l. 1. in princip. & §. *peculiarem, hoc tit.* Merx peculiaris est in peculio (quis hoc non videt?) separatur tamen à peculio, & alio jure est, quam sit peculium. Et sic etiam legimus, aliam rationem esse peculii, aliam servi peculiaris, l. 1. & §. *de pecul. leg.* Servo, qui legatus est cum peculio, mortuo, vel manumisso, vel alienato à testatore, & servi, & peculii legatum extinguitur. Servo autem cum vicario legato, qui est servus peculiaris, ac postea mortuo, vel manumisso, vel alienato, legatum vicarii non extinguitur. Ratio differentiae? Quia peculium est accessio servi. Perempto igitur legato servi, & perimitur accessio. At servus peculiaris, servus vicarius, non est accessio servi ordinarii, homo homini non est accessio, hoc dignitas hominis non patitur, inquit l. *justissime*, de edil. edict. Vides quam igitur distet peculium à servo peculiari: non mirum igitur, si peculium distat à merce peculiari. Sunt & aliæ differentiae inter actionem tributoriam, & actionem de peculio. Actio de peculio datur etiam in dominum ex contractu servi, qui ignoravit quid rerum ageret servus quidve contraheret in peculio. Hoc est certissimum. Actio autem

autem tributoria datur tantum in dominum scientem ser-
vum negotiari in merce peculiari, nec prohibentem. Item,
cui competit tributoria, competit etiam actio de peculio, si
hanc malit eligere, & quandoque actio de peculio illi uti-
lior est, quam actio tributoria, ut ostenditur in *l. 5. §. 1. l. 9.*
§. 1. & l. pen. hoc tit. Cui competit autem actio de peculio,
sane non semper & tributoria competit. Tributoria tan-
tum competit uno casu, si servus sciente domino in mer-
ce peculiari negotiatus sit: actio de peculio innumeris ca-
sibus. Omnis negotiatio, omnis contractus servi, vel filii-
fam. inducit actionem de peculio: omnis negotiatio non
inducit actionem tributariam. Sed negotiatio tantum mer-
cium peculiarium, quæ sit sciente, & patiente domino, *l. 5. §.*
mercis, h. t. Negotiatio quidem omnium mercium quarum-
cumque, quæ fiat sciente domino, tributariam inducit, *l. 1.*
§. licet, hoc tit. Sed non & quælibet alia negotiatio. Item **B**
in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur,
l. pen. h. t. In actione tributoria id duntaxat spectatur, quod
ex merce peculiari est, vel quod ex ea refectum est, *l. 5. §.*
non autem, h. t. Præterea si plures sint creditores, quibus
servus sit obligatus ex contractu, in actione de peculio me-
lior est causa occupantis, qui se fait payer le premier, vigilan-
tis, condemnantis dominum du tout, si peculium ferat, *l. si*
vero, de pecul. In actione autem tributoria æqualis est causa
omnium creditorum mercis peculiaris, nec refert quis
prior, quis posterior agat tributoria: nam & qui prior age-
re, & integrum forte debitum suum exigere prævortit, ces-
santibus cæteris creditoribus mercis peculiaris, cum cæteris
postea emergentibus vocatur in tributum, id est, in partiti-
onem mercium pro rata debiti. Hoc hujus edicti æqualitas
exigit. Et hæc differentia ex hoc lib. Pauli notatur in *l. 6.* **C**
Adjicitur ex eod. lib. alia, & brevissima in *l. 10. h. t.* cum
emptore servi novo domino, ex contractibus servi ante-
rioribus factis ante emptionem agi posse de peculio, si ve-
nerit cum peculio, si peculium statim emptor ei con-
cesserit, ut *l. & ancill. §. si servus, de pecul.* At cum emptore
non potest agi actione tributoria, etiam si scierit ante ven-
ditionem servum in merce peculiari negotiari, quia ea
merx tum ad eum non pertinebat, & scientia ejus tempo-
ris, quo dominus non fuit, ei nocere non potest, nec distri-
butio etiam ad eum pertinet, qui tunc, quum negotiaba-
tur servus in merce peculiari, dominus ejus servi, mercis ve
non erat. Et hæc sunt, quæ pertinent ad has leges qua-
tuor, quæ pertinebant ad actionem tributariam.

Ad L. V. Quod cum eo, qui in aliena pot. si filius familiaris, vi-
vo patre, conventus, & condemnatus sit: in emancipatum,
vel exheredatum postea judicari actio in id, quod facere po-
test, danda est.

Ad §. Si filio exheredato, ex senatusconsulto Trebelliano heredi-
tatis patris restituta sit, non debet in quantum facere potest,
sed in solidum condemnari, quia effectu quodammodo heres est.

Ad §. Sed si coactus immiscuerit se, & restituat hereditatem:
perinde observandum, ac si se abstinisset.

Deficientibus superioribus actionibus exercitoria, institoria,
tributoria, quæ ex contractu servorum, filiorumve in
patrem, dominumve competere solent, quæ scilicet deficient, si
servi, aut filii fam. institores, vel magistri mercibus, aut navib.
domini, vel patris facti non sint, & si in mercibus peculiaribus
scienti patre, vel domino negotiati non sint. Iis, inquam, **E**
actionibus deficientibus succedunt alia tres, actio de peculio,
actio de in rem verso, & actio quod jussu, *l. 1. h. t. l. 1. de pe-
cul.* Quæ generaliter, & communiter dantur ex omnibus
contractibus, & negotiationibus servorum, filiorumve in
patrem, dominumve. Superiores tres, exercitoria, institoria,
tributoria, non dantur generaliter ex omnibus negotiationibus
& caulibus. Communiter tamen omnes hæc sex actiones dan-
tur ex contractibus, tam filiorum, quam servorum. Itaque in
his omnibus sex actionibus commune jus est servorum, &
filiorum. Verum excipiendæ sunt causæ, in quibus pro-
prium quoddam jus servatur in filiis, quod non servatur
in servis, quod prætores, & juris auctores in intermedio
harum actionum communium, proponendum, & explican-

Tom. II. Post.

dum esse censuerunt. Ac primum quidem proprium hoc est
in filiis, ut ex omnibus contractibus, excepto contractu mutue
pecuniæ, propter SC. Macedonian. in solidum obligentur
naturaliter, & civiliter, tanquam patres. & ob id agi cum
eis tanquam cum patribus, in solidum possit, *l. filius, 2. de*
obl. & act. l. ult. §. 1. de verb. obl. l. si quis cum filio, inf. de pecul.
Itemque ut si non solvant, aut si bonis non cedant, si qua
habent, ob id in carcerem conjici possint, & contineri quoad
solverint, *l. ult. C. qui bon. ced. poss.* Nam hoc jure non erat
necesse, se nominatim huic injuriæ carceris subicere, ut fit
hodie: nam etiam si id ita actum non esset inter contrahen-
tes, decoctores duci poterant in carcerem, *l. 1. C. eod. tit.* hoc,
inquam, proprium est in filiis. Nam servi ex contractibus, na-
turaliter quidem obligantur, quia natura est communis
omnium hominum: sed civiliter non obligantur, & ob id
agi cum eis non potest, *l. servi, l. obligari, de oblig. & act. l. cum*
servo, de reg. jur. Quia actiones nascuntur non ex oblig. na-
turali, sed ex obligatione civili: Hoc etiam proprium est
filiorum, ut ex contractibus, quos vivo patre, in cujus po-
testate erant, contraxerunt cum aliis, postea emancipati, vel
exheredati à patre, vel abstinentes scilicet bonis paternis, vel à
patre ex minima parte heredes instituti, quæ est debitum
bonorum subsidium, id est, legitima, si conveniantur in so-
lidum, uti sunt obligati in solidum, causa cognita, id est, ex
causa non condemnentur etiam in solidum, sed in id tantum,
quod facere possunt ex edicto, quod proponitur in *l. 2. h. t.*
Quod cum eo. Cujus edicti ratio, siue æquitas hæc est, quia
inhumanum videbatur, novum patrem, qui nuper exierit
familia patris per emancipationem, vel per mortem patris, &
qui nihil, aut qui minimum tulerit ex bonis defuncti patris,
statim opprimi, aut exigi in solidum. Expectandum enim est
quoad sit solvendo, quoad facultates idoneas absolvendis
contractibus adquisierit. Et in hoc versatur causæ cognitio,
ut si cum eo agatur, statim atque factus est sui juris, qui ex-
clusus est non tantum familia, sed & bonis patris, tum con-
demnetur in quantum facere potest, si, ut dixi, cum eo aga-
tur statim: Nam si post multos annos cum eo agatur, cum
satis habuit temporis ad rem faciendam, condemnabitur in
solidum, *l. 4. §. pen.* Itaque non nisi ex causa condemnatur in
id duntaxat, quod facere potest. Et secundum hæc in *l. 5.*
h. t. ex hoc lib. Pauli ostenditur, si vivo patre filius, ex suis
contractibus conventus, & condemnatus sit, quo genere ex
sententia judicis incipit pecunia deberi, *l. si fundus, §. si plu-
ris, de pign.* quasi novata obligatione priorum contractuum,
etiam judicio contrahitur, *l. 3. §. idem scribis, de pec.* Et in-
de M. Tull. lites contractuum contrahuntur judicio excepto.
Et hic novissimus contractus veluti novatione quadam
anteriores contractus perimit. Unde consequens est ex
hoc contractu novissimo, qui contractus est vivo adhuc
patre, postea emancipatum, vel exheredatum actione judica-
ti, causa cognita, in id duntaxat damnari, quod facere
potest. Verum quod ait, exheredato hoc beneficium dari,
ne damnetur supra vires suarum facultatum, interdum, ut
subjicit *l. 5.* vitatur, id, inquam, non est perpetuum. In-
terdum exheredato hoc beneficium non datur, ut puta, si
pater filium exheredaverit, & extraneum heredem insti-
tuerit, eumque rogaverit filio exheredato hereditatem re-
stituere, & restituerit. Si enim hic filius exheredatus, cui
ex causa fideicom. restituta est patris hereditas, ex negotiis
vivo patre contractis conveniatur, damnabitur in solidum,
quia, inquit, effectu quodammodo heres est, aut heredis loco.
Is, cui ex SC. Trebell. restituta hereditas est, non est quidem
heres jure directo, sed est heres jure fideicommissi. Quo au-
tem jure sit heres, nihil refert, modo rem patris habeat, quod
confirmatur etiam *l. si filius, in fin. ad l. Fal. l. 4. in fin. de bo-
nis libert. l. postul. §. pen. l. servo invito, ad SC. Treb.* Quia &
ut idem Paul. ait in *l. 38. ad Treb.* restitutio hereditatis, quæ
fideicommissario fit ex SC. Treb. non solutio tantum est
debiti fideicommissi, sed etiam successio universi juris, quia
omnia commoda, & incommoda hereditaria in fideicom-
missarium Treb. transferuntur. Est igitur plane effectu he-
res. Merito igitur filius hoc casu exheredatus in solidum
condemnari debet. Ex diverso quoque interdum filius ex asse
heres institutus, non in solidum, sed in quantum facere po-
test,

E e 2

est,

test, damnari debet, ut si heres quidem institutus sit, sed statim rogatus sit, hereditatem patris alii restituere, & postulante fideicommissario coactus se immiscere hereditati patris, ejus restituendæ causa, se immiscuerit, & eam restituerit, ut in *l. recusare, §. sed ad filium, ad Treb.* Quo casu nihil retinet ex hereditate, sed restituit totam, non detrahit Falcidiam perdit, qui coactus adit, vel miscet se bonis periculo fideicommissarii, *l. quia poterat, eod. tit. ad Treb.* Nomine igitur heres est, honore heres est, re ipsa, sive effectu heres non est: quia rem non habet, & ideo pro eo est, ac si abstinuisset se, quod etiam malebat, & fecisset, nisi coactus fuisset se immiscere. Et hæc sunt, quæ pertinent ad *l. 5. Quod cum eo, qui.*

Ad *L. VIII. ad SC. Macedon. Cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.*

Ad *L. X. eod.*

S Equitur *l. 8. ad SC. Maced.* Recte diximus sup. filium, ex omnib. contractib. obligari in solidum naturaliter, & civiliter, & ob id cum eo agi posse, excepto contractu creditæ pecuniæ. Quoniam si filius, sibi pecuniam, id est, nummos (sic pecunia est accipienda in *SC. Macedon.* pro nummis, non pro cæteris rebus, in quibus etiam mutuum consistere potest) si, inquam, filius, sibi pecuniam, id est, nummos mutuos acceperit, ignorante, aut invito patre, obligatur quidem naturaliter, sed non civiliter, propter *SC. Macedon.* quo obligatio, sive actio civilis, agente creditore, qui modo scivit, aut scire potuit, se filios credere, hæc omnia sunt necessaria, per exceptionem inanis, & irrita constituitur, quia senatui nummorum datio filiis, atque etiam parentibus eorum perniciosissima visa est. Itaque censuerunt inhibendam esse filiis, nummorum tractationem. Et hoc quoque proprie servatur in filiis, ut ait nominatim *§. pen. Instit. Quod cum eo, qui est in aliena potest.* In filiis, inquam, qui nihil proprium habent. Nam si quædam bona habeant propria, veluti castrensia, aut quasi castrensia, vel etiam hodie quibusdam casibus bona adventitia, pro quantitate patrimonii sui, creditæ pecuniæ mutuum consistit, creditorum nummorum mutuum consistit, nec improbat *SC. Macedon. l. 2. h. t.* Quia in his bonis scilicet filiis, ut in bonis propriis, scilicet propriis pleno jure, ita ut nec in iis usufructum habeat pater; in his, inquam, bonis filiis, sunt quasi patres, nec tamen omnimodo. Patres enim familiarum supra quantitatem patrimonii sui obligantur, hoc est certissimum: At filii, qui sunt in bonis propriis, supra quantitatem eorum bonorum, ex causa mutuatiæ pecuniæ non obligantur. Quod maxime notandum est. **B** Et invenies etiam alium casum in *l. ult. ad SC. Tertul. quo filii, in castrensibus bonis non omnimodo habentur pro patribus, at si filii, qui mutuam pecuniam acceperunt, id est, nummos, bona propria non habeant, unde se ære alieno liberare possint, ex ea causa, ut dixi, civiliter non obligantur, naturaliter tantum obligantur; civiliter non obligantur propter *SC. Maced.* Et ideo si creditori solverint, indebiti conditionem, repetitionem non habent, quia natura debitorum erant: *SC. Maced.* non expungit naturalem obligationem, *l. 10. h. t.* quæ est ex hoc lib. quia, inquit, naturalis obligatio manet. Et ideo quod solverint filiam, nummariis creditoribus non repetunt. At alia est causa *SC. Vell. de intercessionib. mulierum*, quod totam obligationem etiam naturalem expungit, *l. 16. D. ad Vell.* Et ideo, quæ tuta cum esset exceptione *SC. Vell.* solvit ei, apud quem intercesserat pro alio, habet indebiti conditionem, quia nec naturaliter debuit, *l. qui exceptionem, de conditione indebiti.* Nescio quid in mentem venerit Accursio, qui in hac *l. 10. scribit SC. Vell.* non tolli naturalem obligationem, quod refellunt supradictæ leges, & *l. si mulier jure*, quam adducit, nihil probat hujusmodi. Quamvis autem filius, si solverit creditori nummos, quos ab eo sumpsit mutuos, non habeat conditionem, tamen si curator adolescentis, forte emancipati à patre, nam qui est in potestate patris non habet curatorem: si, inquam, per ignorantiam, inquit *l. 8. ex hoc lib. id est, per ignorantiam facti, ut in l. ult. h. t.* ne quis hoc accipiat de ignorantia juris, ut accepisse Accursius se significat, dum in eam *l. 8. adducit l. interdum, de conditione indebiti.**

A Ad rem, si curator igitur adolescentis emancipati, per ignorantiam facti solverit pecuniam, quam adolescens, cum esse in potestate patris mutuam acceperat, indebiti conditionem habet, hæc est sententia *l. 8. quæ est ex hoc lib.* Et ratio hæc, ne curator, qui errore deceptus bona fide pecuniam solvit, versetur in damno, qui utique versabitur in damno, si id quod solvit, repetere non possit, quia adolescenti id iudicio negotiorum gest. reputare non potest. Equum est igitur, ei dari repetitionem, ne ea res, quam gessit bona fide, damnosa ei sit. Et ita etiam in *l. si procuratorem in prin. de cond. indeb.* dicitur procuratorem, qui solvit indebitum quasi debitum à domino per ignorantiam facti, id ipsum repetere posse. Et vero debere, si sibi consultum velit, quia eam solutionem non est domino reputaturus.

B Ad *L. XII. eod. Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est: cessare SC. Maced. Sed si jussit pater filio credi: deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus Senatufconsulto non erit: quoniam initium contractus spectandum est.*

R Estat *l. 12. quæ docet, si sciente tantum patre, & tacente, crediti sint nummi filiosam, cessare SC. Macedon.* Taciturnitas patris consensum imitatur. Et hoc quoque probat *l. 7. §. interdum in si. hoc tit.* cum ait *SC. Macedon.* locum esse, si pater ignoravit filiosam, pecuniam credi. Ergo si scivit, Senatufconsulto locum non esse, quia legitime creditæ pecuniæ est volente patre: voluisse videtur qui scivit, & tacuit. Idem multo magis dicendum est, si pater jussit filiosam, pecuniam credi: Et hoc quoque casu verum est cessare *SC. Macedon.* ut & in hac *l. 12. ostenditur: quamvis postea pater mutaverit voluntatem pœnitentia actus, si modo hoc creditor, quum tradebat pecuniam filiosam, ex jussu patris, ignoraverit, si modo tempore numeratæ pecuniæ ignoraverit patrem mutasse voluntatem, quia origo contractus legitima est. Et in contractibus semper spectatur origo, semper initium. Quam in rem *l. 12. valde notanda est. Operæ pretium est, ut in extremo hujus recitationis, quamvis hoc proprie non pertineat neque ad *l. 8. neque ad *l. 10. neque ad *l. 12. quæ sunt ex hoc lib. adnotemus, multa severius esse recepta, hac in causa nummorum creditorum filiis, in odium, & pœnam creditorum, non dico fœneratorum. Nam & *SC. locus est, si filiis, pecunia credita sit sine usuris, ut ostenditur in quodam loco *l. 7. h. t.* Multa igitur severius in hac causa esse recepta, vel introducta in odium, & pœnam creditorum. Primum, ut nec pater teneatur de peculio, ut nec pater, qui ignoraverit à creditore conveniri possit actione de peculio, cum filiis, peculiatius sit, *l. pen. C. eod. tit.* Item, ut nec creditæ pecuniæ peti, aut repeti possit, etiam si extet in peculio, nec sit consumpta, non potest vindicari, non potest condici, *l. 9. §. hoc SC.* Item, si duo sint creditores, qui simul nummos crediderint filiosam, vel si unus sit creditor, alter stipulator, qui stipuletur sibi reddi pecuniam, quam alter numerat, & mutuatur, mutuamve dat, ut scientia unius noceat alteri: qui ignorans credidit filiosam, non tenetur *SC. Macedon.* sed qui scit tantum, aut qui scire potuit, si sint duo, ut ante dixi, alterutrius scientia sufficit, quod etiam severiter receptum est, *l. 7. §. non solum, h. t.* illo loco, sed est alteruter eorum ignoraverit in patris esse potestate, severius dicendum est utrique alterius scientiam nocere. Vulgo etiam in Florentinis vox illa severius est divisa: sed una tantum est vox severius, sic est legendum, sine subdistingtione: nam & ita in *d. l. 9. §. hoc SC. Macedon.* Multo magis, inquit, severitate *SC. Macedon.* ejus contractus improbabatur, qui filiosam, mutuum dedit, severitate, inquit. Postremo ut cesset *SC. si filiosam, qui pecuniam mutuam accepit, postea factus pater, factus sui juris pignus dederit creditori, quo tamen genere videtur agnovisse creditum contractum vivo patre. Et ideo cessare videtur *SC. Macedon.* nec cessat tamen, nisi usque ad pignoris quantitatem, *l. 9. in prin. hoc tit.* quod etiam severiter introductum, quandoquidem alias petitio fortis non solet modum, aut finem accipere ex pretio pignoris, *l. si promissa 8. C. si certum petatur.* Nunc ad eas *ll. quæ sunt de peculio transeamus.********

Ad

Ad L. XX. de Pecul. Nam inter se agere socii de peculio non possunt.

DE edicto, & actione de peculio dicere incipio à l. 20. Si duo sint socii, qui servum communem habeant, & cuius etiam peculium inter eos commune sit, & unius ex iis dominis servus debitor sit ex contractu, hic non potest cum altero agere actione de peculio, sicut nec ex delicto servi, quod scilicet servus communis admisit in unum ex dominis, hic dominus non potest cum altero agere actione noxali, quia vetus est regula juris, eum qui servi nomine tenetur noxali actione, non posse agere noxali actione, l. penultima, C. de furtis, quæ regula trahitur etiam ad actionem de peculio: eum, qui ex contractu servi tenetur actione de peculio, non posse agere de peculio ex contractu, quem B miscuit cum eodem servo: atquin unus ex dominis in solidum tenetur extraneis omnibus actione noxali, servi nomine, ex delicto servi, vel actione de peculio ex contractu, l. & ancillarum, §. ult. hoc tit. l. sed si unus, §. si servus, de injuriis. Ergo non potest ipse agere noxali, nec de peculio neque cum alio, neque cum socio, l. 8. 20. 41. de nox. action. l. si tantum, §. si servus, de servo corrupto, l. licet, §. 1. naut. cap. stab. Nec igitur aliud de servo communi statuendum est, quam de servo proprio. Et ideo sicut ex contractu habito cum servo proprio, mihi non datur actio de peculio (in quem enim daretur? Nam cum servo non est actio, vel etiam ex delicto, quod in me servus proprius admisit, mihi non datur actio noxalis) ita nec ex contractu, vel delicto servi communis datur mihi, vel actio de peculio ex contractu servi, vel actio noxalis ex delicto servi. Et hæc est ratio. Sufficit mihi, quæ verba significant, non esse necessariam actionem de peculio, vel noxalem, quia sufficit mihi eo nomine in socium actio pro socio, vel communi dividundo, vel familiaræ erisc. videlicet, ut pro parte, quam socius in peculio habet, mihi præstet, quod mihi servus debet, tantumve mihi, quantum debet, cedat ex peculio, vel ut mihi damnum, quod servus fecit faciat, aut partem domini cedat, veluti pro noxa, ut l. & puto, §. ult. fam. erisc. l. 61. de furtis, & ita explicanda est hæc ratio hujus l. Verum huic sententiæ primo obstat l. 29. inf. h. t. ubi servo testamento manumisso, & heredibus institutis iis, qui cum eo servo contraxerant, ait coheredes inter se, vel de peculio agere posse, hac ratione, quia, inquit, de eo quisque peculio, quod apud eum est, quolibet alio agente tenetur, quasi dicat. Ergo, & coherede agente tenetur de peculio, quod apud se est. Verum hæc ratio ostendit, coheredes apud se separata peculia habuisse, quod quibus casibus evenire possit, ostendit l. 16. & 17. Ubi ergo sunt apud eos separata peculia, nihil vetat inter se eos agere de peculio ex contractu servi defuncti, quoniam ille servus coheredum nunquam fuit servus, qui testamento fuit manumissus, ut posuimus. Et eo facilius cum is nunquam servus eorum fuerit, inter se agunt de peculio. Ubi autem commune est peculium, sufficit actio pro socio, vel communi dividundo, neque necessaria est actio de peculio. Et illo loco illius l. 29. vel de peculio agere, ille articulus vel non ponitur pro saltem, ut Glossa notat, sed est disjunctiva conjunctio, quoniam subintelligitur, posse coheredes inter se, vel de peculio agere, ubi subintelligitur communi dividundo, ut integra oratio hæc sit, posse coheredes inter se communi dividundo, vel de peculio agere: communi dividundo, scilicet si apud eos commune peculium sit: De peculio autem, si separata apud eos peculia sint, & intra annum scilicet, quia servus scilicet testamento manumissus est, & servo manumisso, vel mortuo, vel alienato, quia extinguitur peculium, extingui etiam videtur actio de peculio, sed ex edicto Prætoris producitur tamen in annum utilem post manumissionem servi, aut mortem, aut alienationem, quod inferius latius explicabitur. Similes vero scribendi formæ occurrunt sæpe in his lib. & in vetustis auctoribus in l. recusare, ad Trebel. Recusare hereditatem absentes, vel per epistolam posse, subintelligitur enim per nuntium, vel per epistolam. Cato de re rustica: Oleæ optime conduntur, vel virides in muria. Ubi subintelligitur Aridæ,

A Aridæ scilicet, vel virides. Opponi etiam posset sententiæ hujus leg. 20. quodammodo l. 5. §. ult. de exercit. actio. ducto argumento ab actione exercitoria ad actionem de peculio, quia ut ex hoc ipso libro Pauli notatur, si duo pluresve sint exercitores navis, & unus eorum cum magistro, quem præposuerunt, contraxerit, ille adversus cæteros agere potest exercitoria: Ergo inter se possunt agere exercitoria: Cur non & de peculio? Verum quod ibi scriptum legitur, ita procedit, non si magister fuerit servus communis, quia & tunc sufficit actio pro socio, vel communi dividundo, sed si fuerit liber homo, vel servus alienus, nihil est apertius.

Ad L. XXVI. eod. Si semel ex causa, id est, quod dolo fecerit, dominus præstiterit, de peculio conventus cæteris ex eadem causa nihil præstabit. Si tantundem servus ei debeat, quantum dolo minuit, non erit condemnandus. His consequens erit, ut manumisso quoque, vel alienato servo, ex causa etiam doli intra annum teneatur.

Certum est edicto Prætoris in peculium imputari, quum agitur de peculio, non tantum, quod extat de peculio: sed etiam, quod dolo malo domini factum est, quominus in peculio esset: ut si servo jam multis obærato peculium ademerit in totum, vel pro parte, vel si averterit, aut minuerit, aut servum intricare, consumere, abligurire passus sit, in fraudem creditorum peculiarium, l. summa sup. hoc tit. quod spectatur non tantum in actione de peculio perpetua, quæ competit vivo servo, vel filiofam. sed etiam in actione de peculio annali, qua dominus tenetur servo mortuo, vel manumisso, vel alienato sine peculio, quamvis eo genere extinctum sit peculium, atque adeo videatur extincta actio de peculio: sed tamen adhuc post extinctum peculium durat intra annum utilem tantum, in eamque actionem de peculio intra annum veniet & id, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset, l. 1. in princip. & §. pen. tit. seq. quando de pec. actio, &c. Sed si dominus conventus actione de peculio ab uno ex creditoribus ex doli causa, qui scilicet cessantibus cæteris creditoribus occupavit agere in dominum ex doli causa, quod peculium avertit dolo malo, vel consumpsit, si huic, inquam, qui agere occupavit, dominus præstiterit, quod dolo malo minuit, post conventus à cæteris ex eadem causa damnari non potest. Quod Paulus recte proponit in hac l. 26. quia in hoc judicio occupantis melior conditio est, l. 6. de tribus. act. & æquitas non patitur, ut quod quis semel præstitit, id eidem iterum, vel alii præstare cogatur: l. 18. ver. amot. & l. qui servum, de interr. in jur. fac. &c. Unum tantum casum notat Paulus in hac l. 26. quo nec ex doli causa dominus cuiquam ex creditoribus peculiaribus damnari debet, puta si quantum dolo malo ejus factum est, quo minus in peculio esset, tantum ei servus debeat. Id enim non deducendo ex residuo peculio, quod ei servus debet, creditoribus satisfacit, idque creditores compensare coguntur. Quod natura debetur (ut quod servus domino debet, id enim debet naturaliter non civiliter) in compensationem venit, l. 7. de compensat.

Ad L. XXXI. eod. Sed si ipse dolo fecit solidum præstat.

AD hæc notavit Paulus, ut liquet ex l. 31. h. t. si dominus dolo malo fecerit, quo minus in peculio esset, ex hac causa etiam heredes ejus teneri. Ex dolo igitur defuncti heredes teneri, non quidem in solidum, sed quatenus ad eos pervenit, id est, quatenus ex dolo defuncti locupletior hereditas ad eos pervenit, l. summa, §. emptor, hoc tit. eodem modo quo fit in actione de dolo, l. in heredem, de dolo, & in actione tributoria, quæ etiam dolum persequitur distributoris, & ulciscitur, l. 7. §. ult. l. 9. de tributoria actione. Quia scilicet hic dolus ex delicto venit magis, quam ex contractu, quæ de causa, & vix patitur Prætor de peculio ex causa doli, id est, ex causa dolo malo diminuti peculii, agi ultra tempus præstitutum actione de dolo, quod fuit olim annum, hodie est biennale, ut l. 30. §. ult. h. t. Ex contractu ob-

dolum defuncti singuli heredes tenentur, pro parte hereditaria, etiam si nihil ad eos pervenerit, *l. si hominem, §. 1. l. in depositi*. Ex delicto autem, aut quasi delicto ob dolum defuncti heredes non tenentur, nisi de eo, quod ad eos pervenit. Ex dolo autem proprio tenentur in solidum indistincte, sive ex contractu rei, quæ ex præsumptione doli descendat, sive ex delicto, *d. l. in depositi, l. in commod. §. si ex facto, commod. l. 9. in fin. de trib. act.* Et hoc est, quod ex hoc lib. Pauli refertur in *l. 31. heredem*, qui dolo malo dimittit peculium, creditoribus peculiariis teneri in solidum, qui scilicet ex dolo defuncti domini non teneretur, nisi quatenus ad eum pervenisset. Ex eodem lib. Pauli est in hoc eod. *tit. l. 43.*

Ad L. XLIII. eod. *Si posteaquam tecum de peculio egi, ante rem judicatam servum vendideris, Labeo ait, etiam ejus peculii nomine, quod apud emptorem quaeseris, damnari te debere: nec succurrendum tibi, culpa enim tua id accidisse, qui servum vendidisses.*

Si posteaquam tecum de peculio egi, ubi statim recte glossa, id est, si posteaquam tecum litem contestatus sim: iudicio de peculio egisse non dicitur, nisi qui litem contestatus est. Recte in *l. in pupillo, de solut. & in l. in pup. de excep.* Tempus quo agitur, id est, tempus litis contestatæ: Sententia autem hujus *l.* hæc est: Si dominus conventus actione de peculio, post litem contestatam, pendente iudicio nondum finito, nondum re iudicata, servum vendiderit, ex ejus contractu de peculio damnari dominum, non tantum pro quantitate peculii, quod tunc apud eum est, quum res iudicatur: sed etiam pro quantitate peculii, quod servus apud emptorem adquisivit, quodque etiam apud emptorem est tempore rei iudicatæ, quia circa quantitatem peculii semper tempus rei iudicatæ spectatur, *l. quaesitum, hoc tit.* Et merito culpa domino imputatur, quod servum vendendo, pendente iudicio sese majori condemnationi subjecerit. Eademque ratione didicimus (quod miror hic non adnotari, cum proprie conveniat huic loco) ex *l. quemadmodum, de nox. act.* conventum dominum noxali iudicio ex delicto servi, si pendente iudicio servum alii vendiderit, omnimodo cogi præstare æstimationem damni, æstimationem noxæ, quia culpa sua vendendo servum, sibi ademit noxæ deditioem, qua si servum non vendidisset, defungi potuisset, atque ita non subire æstimationem litis. Et hæc sententia *l. 43.*

Ad L. XLI. de Negot. gest. *Qui servum meum me ignorante, vel absente in noxali causa defenderis: negotiorum gestorum in solidum mecum, non de peculio ages.*

Ad actionem de peculio pertinet etiam alia *lex 41. de neg. gest.* Sententia hæc est: cum, qui animo gerendi negotii mei, me absente, & ignorante in noxali causa, cum de furto, vel damno à servo commissio erga aliquem ageretur, ut servus scilicet ipse plecteretur, servum meum in noxali causa defendit, gerens negotium meum, & forte litis æstimationem subit, atque ita servavit servum amico absenti: eum, inquam, non de peculio, sed negotiorum gestorum in dominum habere actionem. Ratio hæc est: quia actio de peculio nascitur ex contractu servi, & hic procurator voluntarius, sive negot. gestor cum domino servi, non cum servo contraxisse intelligitur. Actio de peculio in dominum competit, cui servus debet: huic servus nihil debet, sed dominus, cujus negotium gessit. Ergo cessat actio de peculio, & competit adversus dominum actio negot. gestor. per quam recipiet quod solvit, id est, æstimationem litis, quam solvit. Et competit utique actio negotiorum gestorum in dominum, etiam si expedierit, quod notandum est, servum noxæ dedere, propter vilitatem hominis potius, quam pro eo solvere litis æstimationem, saltem ut dominus teneatur actione negotiorum gestorum usque ad pretium servi, quem domino servavit, quia vel eatenus utiliter negotium domini gessit. Idque etiam demonstrat aperte Africanus in *l. Stichus, de pecul. leg.* Et delenda, quæ

A aliter in hanc legem consignavit Accursius:

Ad L. II. Quando de peculio act. &c. *Cum post mortem filii familias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum esset perpetua vivo filio: ideo, si ex causa redhibitionis erat de peculio actio, sex mensum erit post mortem filii. Idemque dicendum in omnibus temporalibus actionibus.*

Ad §. *Si servus, cui creditum est, apud hostes sit: de peculio actio in dominum non anno finienda est, quamdiu postliminio reverti potest.*

Postrema *l.* Pauli ex hoc lib. de actione de peculio, est *l. 2. quando de peculio actio annalis sit*. Qua in *l.* duo ponuntur casus, quibus actio de peculio filiosam. aut servo mortuo, vel pene mortuo, quod postea explicabimus, anno non finitur, sed vel ceteriore tempore finitur, vel perpetua est. Morte filii, ut jam dixi, vel servi peculium definit esse peculium, peculium extinguitur. Ergo summo jure extinguitur etiam actio de peculio. Sed ex æquitate adhuc producit in annum utilem ex hoc edicto prætoris, *Quando act. de pec.* His duobus casibus non producit, vel non producit in annum utilem, vel perpetua manet. Prior casus hic est, si actio de peculio erat temporaria, nulla est actio de peculio simpliciter, sed actio de peculio ex empto, actio de peculio ex locato, actio de peculio ex conditione certi, ex contractu aliquo, si actio de peculio fuerit temporaria, manebit temporaria mortuo filio, vel servo, non producet in annum, exempli gratia, actio redhibitoria finitur sex mensibus, si in patrem fuerit actio redhibitoria de peculio ex contractu filii. & post natam actionem, moxque diem obierit filius, an actio redhibitoria erit annua? minime. Unde ita concludamus, quæ vivo filio actio de peculio est perpetua in patrem, idem de servo dici potest, veluti actio creditæ pecuniæ in rem patris, aut sciente, vel volente patre, aut actio ex empto vendito, ea mortuo filio est annua in patrem, qui eum habuit in potestate. Quæ autem vivo filio actio de peculio est temporaria, non perpetua, veluti redhibitoria, mortuo interim filio temporaria manet, nec producit in annum. Et ait idem esse dicendum in omnibus temporalibus actionibus, ut in alia actione ædilitia, quæ dicitur æstimatoria, sive quanto minoris, quæ finitur anno utili: nam & si cœperit adversus patrem vivo filio, post mortuo filio non producit in annum integrum. Alter casus hic est: Si servus, ex cuius contractu dominus tenebatur de peculio, captus sit ab hostibus: nam hoc casu actio de peculio est perpetua, veluti actio creditæ pecuniæ in servo proprio; spes enim postliminii efficit, ut non habeatur pro mortuo, non finitur, inquit, actio anno, quamdiu postliminio reverti potest. Et spem postliminii facit virtus bellica: faciebatque olim in casibus omnibus, ita ut non haberetur pro captivo, qui erat captivus, atque adeo suslineret omnia negotia, quæ ad captivum pertinebant, interim spes illa postliminii, spes reversionis. Sequuntur aliz actiones de in rem verso, & quod jussu.

Ad L. VIII. de in rem vers. *Et nihil interesse Pomponius ait, filia sue nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio nata dederit. Idem ergo dicemus, & si servus mutuatus fuerit, & domini sui filia nomine in dotem dederit.*

Leges, quæ restant ex Pauli libro 30. ad edictum, sunt de edicto, & actione quod jussu, & de actione de in rem verso, & de actione præscriptis verbis æstimatoria, & de SC. Vellejano, quod est de intercessionibus mulierum, quæ omnia facile hodie explicabuntur. Deficiente, vel non sufficiente actione de peculio, de qua ante dictum est, si nihil sit in peculio rei iudicatæ tempore, vel si non tantum sit in peculio, quantum filius familias, aut servus debet, & quod debet versum sit in rem patris, vel domini, cum & filiosam. & servo ab initio animus fuisset principaliter gerendi negotii patris, vel domini, ex hac causa pater, vel dominus tenetur actione de in rem verso in solidum, si omne

ne

ne sit versum in rem ejus, aut quatenus versum erit. Sumatur ex hoc libro Pauli exemplum ex l. 8. de in rem verso: si filiusfamilias pecuniam mutuatus sit, ut eam pro filia sua, vel pro sorore, vel pro filia fratris in dotem daret, quod genus mutui Senatusconsultum Macedonianum non improbat, l. 17. ad Senatusc. Maced. pater ex hoc casu creditori tenetur actione de in rem verso, quia quam dotem patri necesse erat dare pro filia, vel pro nepte, eam filius dedit ejus nomine, quæ & ad eum reditura est quasi ab eo profecta, si filia, vel neptis moriatur in matrimonio eo superstiti. Itaque ut sit locus actioni de in rem verso adversus patrem, necesse est, ut dotem filius dederit pro filia sua, vel pro sorore, vel pro filia fratris, patris nomine, quasi gesturus negotium patris, non si pro filia sua dotem dederit suo nomine: & hac mente, ut quandoque mortua in matrimonio filia, dos ad se reverteretur, ut l. profectitia, §. si filiusfam. de jure dot. Hoc casu in rem patris versum non videtur, quia sibi filius, non patri negotium gessit: necesse est etiam, ut ad patris onus spectaverit dotis datio, & pertinuerit dotis promissio, ut puta, si filiam, aut neptem habuerit in potestate, hanc etiam dotare cogitur, l. qui liberos, de ritu nups. l. 6. de collat. bonor. Sed si filiam emancipaverit, vel neptem, dos, quam filius pro filia sua, vel pro sorore dedit, vel pro filia fratris emancipata ab avo, non videtur versa in rem patris, vel avi: nec enim pater necesse habuit eas puellas dotare, quæ jam exierant potestate sua. Ergo, qui eas dotavit, patris negotium non gessit. Et adjicit Paulus, idem esse dicendum si servus pecuniam mutuatus sit, ut eam pro herili filia in dotem daret: Nam & hoc casu creditori dominus tenetur in solidum actione de in rem verso. Sequitur ex eodem libro Pauli in l. 11.

Ad L. XI. eod. Quod servus in hoc mutuatus fuerit, ut creditori suo solveret: non erit in rem versum, quamvis actio de peculio liberatus sit dominus.

SI servus pecuniam mutuatus sit, ut creditori suo solveret, & solverit suo nomine, atque ita se ab eo liberaverit, in rem domini versum non videri, quamvis eadem opera, eadem solutione dominum liberaverit actione de peculio. In causa hoc est, quod servo animus principaliter fuerit se liberare, non dominum. Eventus liberavit dominum, non propositum, quod in animo servus habuit, non propositus: & ideo dominus non convenitur actione de in rem verso. Et in hoc tractatu de actione de in rem verso hoc est principium juris certissimum, patrem, vel dominum ea actione non teneri, nisi filiofamilias, aut servo fuerit animus principaliter gerendi negotii, & augendi patrimonii patris, vel domini, eumque etiam ex ea causa sibi obligandi naturaliter, l. 3. §. si cum servus, l. 5. §. ult. l. 7. §. ult. Et passim in hoc titulo. Et nihil præterea ex hoc libro habemus de actione de in rem verso.

Ad L. II. Quod jussu. Si tutoris jussu servo pupilli creditum sit, puta si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem, quod jussu tutor.

Ad §. Si jussu domini ancilla, vel jussu patris filia creditum sit, danda est in eos quod jussu actio.

Ad §. Si jussu meo cum alieno servo contractum fuerit, eumque postea redemero: quod jussu non tenebor, ne actio, quæ ab initio inutilis fuerit, eventum confirmetur.

DE actione quod jussu est l. 2. hujus tit. ut scientia tutoris, vel curatoris locum facit actioni tributoria, l. 3. §. ult. de trib. act. & similiter præpositio inlitoris, vel magistri à tutore, vel curatore facta, locum facit actioni inlitoris, vel exercitoria, l. 5. §. ult. de instit. act. ita jussus tutoris, vel curatoris, qui scilicet jubet contrahi cum servo pupilli, vel adolescentis, locum facit actioni quod jussu, perinde atque si adolescens ipse, vel pupillus tutore auctore, id jussisset, sive mandasset, præsertim si id sit ex re, ex utilitate pupilli. Et ideo in pupillum erit actio quod jussu, perinde atque si ipse jussisset tutore auctore, vel mandaf-

set. Nam hæc actio locum habet, sive quis jusserit, sive mandarit, aut rogaverit cum servo suo contrahi, l. 1. Imo, ut opinor, etiamli hortatus fuerit aliquem, ut cum servo suo contraheret, ut servo suo crederet pecuniam. Hortatio plus est, quam jussio. Apollonius III. περί συστάσεως τοῦ ἐγχελευτηδὸν ἐπιτείνου πρόσταξιν. Hortantis oratio auget jussum, sive imperium. Nec quæ posset contra objici lex 20. de dolo quicquam obstat. Cum servus meus mihi pecuniam deberet, ego hortatus sum eum, ut à te pecuniam acciperet mutuatam, quam mihi solveret: accepit, & mihi solvit. Habes ne in me actionem de peculio? non, si nihil sit in peculio, ut ait. Pone nihil esse in peculio. Ergo non est actio de peculio. Sed habes ne in me actionem de in rem verso? minime, quia solutione pecuniæ mihi debita non videor factus locupletior. Meum mihi redditum est: in rem versum videtur, si quis ditior factus sit, non si non sit factus pauperior, non si sua, aut sibi debita ei reddita sint. Deficit ergo actio de peculio, deficit actio de in rem verso. Quid fiet? Tibi, qui pecuniam credidisti servo meo, qui eam hortatu meo de te mutuatus est, in me competit actio de dolo; quæ est actio subsidiaria, quæ scilicet non competit, nisi cum aliæ omnes actiones deficiunt. Ergo & in hac specie, quamvis ea lex de eo nihil attingat, deficit actio quod jussu, quia scilicet neque jussi tibi, ut crederes pecuniam servo meo, neque mandavi, neque rogavi, neque hortatus sum, sed servum meum hortatus sum. Actio quod jussu non datur, si imperavero servo, ut à te pecuniam acciperet: sed si imperavero tibi, sed si rogavero te. Subjicitur in hac l. 2. actioni quod jussu locum esse non tantum, si filio, vel servo, sed et si filia, vel ancillæ jussu patris, vel domini creditum sit. Quod & in omnibus superioribus actionibus adnotatum est, nullam esse constituendam differentiam inter filios, & filias, servos, & ancillas, quamvis prima verba edicti, quo hæc actiones promittuntur, ita sint concepta: Quod cum eo, qui in aliena est potestate, neque dixerit prætor Quod cum eo, cave. Ideo adnotant ubique, in his actionibus nullam esse constituendam differentiam inter filiosfamilias, & filiasfamilias, inter servos, ancillas, l. 1. §. sed etsi ancilla, de tribut. act. l. 7. §. 1. de instit. act. l. 1. §. in potestate, de exercit. act. l. 1. §. 1. & l. & ancillarum, de pecul. l. 3. §. pen. comm. & in §. 1. hujus l. 2. Unde certo certius est in l. si filiusfamilias 14. de negot. gest. ubi ait, si filiusfamilias negotium gesserit alienum, in patrem esse actionem negotiorum gestorum de peculio, in patrem esse actionem quod jussu, si rogatus ejus quis filiofamilias negotia sua commiserit, aut ab eo administrari passus sit. Quis de eo ambigit, si filiusfamilias hoc fecerit, in patrem esse actionem de peculio? Legendum si filiasfamilias; quoniam subjicit in fine, Idem & in ancilla. In fine hujus legis hoc docet Paulus, actionem quod jussu dari in eum, qui jussit cum servo suo contrahi: non si jusserit cum servo alieno contrahi, etiam si postea eum emerit, eum suum fecerit, sua pecunia comparaverit. Quia, quod principium juris maxime notandum est, quod notatur hoc loco, quæ ab initio actio inutilis est, ex eventu non confirmatur, ex causa non confirmatur. Quod etiam belle comprobatur l. 1. in si. comm. Idem prorsus dicendum est, si quis jusserit cum libero homine contrahi, quamvis is postea in ejus servitute redactus fuerit: tenetur quidem, qui jussit cum libero homine, vel cum servo alieno contrahi suo nomine directa conditione, directa actione, quasi ipse contraxisse videatur, l. ult. pro soc. quasi ejus persona solius spectata sit in contrahendo cum libero homine, vel servo alieno: verum non tenetur actione quod jussu, quia hæc actio pertinet tantum, sive datur ex negotiis gestis ab iis, qui sunt in potestate, aliis personis cum iis contrahentibus jussu parentum, vel dominorum.

Ad L. I. ad Senatusconsultum Vellejanum. Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo femine intercederent.

Ad §. Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis,

minis, & pleraque ipso jure non valent: ita multo magis adimendum fuit eis id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam peculium rei familiaris.

Ad §. Æquum autem visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisse mulierem ream, alio daretur. Magis enim ille, quam creditor mulierem decepit.

Ulpianus refert in l. 1. ejusdem tit. primo quidem temporibus Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum interdictum fuisse, ne mulieres pro viris suis intercederent, atque ita se obligarent, resve suas opponendo pignori, vel hypothecæ. Postea Senatusconsulto Vellejano, quod & ejusdem Claudii temporibus factum opinor, cum & de eo Senatusconsulto, qui circa ea tempora, Cajum B Casium respondisse legamus in l. 16. §. ult. hoc tit. & quia plerumque edicta principum solebant mox subsequi SC. quæ idem censerent, quæve plenius de ea re, qua de princeps edixisset, censerent, statuerentque. Senatus vel augebat edictum principis, vel minuebat. Quod videmus etiam hodie Senatum facere, vel adicere aliquid amplius, vel minuire aliquid edictis principis. Itaque cum videretur imperfectum edictum Claudii, eodem tempore senatus plenissime, ut ait Ulpianus in l. 2. & Paulus in hac l. mulieribus opem tulit, videlicet non solum ne pro viris suis, sed ne pro ullis aliis intercederent, ut l. 2. in fi. l. ult. §. item si mulier, hoc tit. Et ut Paulus scribit lib. 2. Sent. eod. tit. ne pro viris, aut fœminis fœminæ intercederent, quod suspicionem facit hac in re, fuisse olim diversitatem aliquam: quia & ante hoc Senatusconsultum verba Senatusconsulti demonstrant jus ita dictum fuisse, ut si mulieres pro aliis intercessissent, neque adversus eas actio esset actio efficax, neque ab eis petitio, id est, vindicatio: id proprie petitio significat, puta, si res suas pignori obligassent, ne ex res ab eis vindicari possent cum effectu, forte jus ita dicebatur cum pro viris intercesserant, non cum pro fœminis: honestius est fœminam pro fœmina, quam pro viro ullo intercedere. Ut sit, Paulus scribit illo loco, Senatusconsulto subventum esse mulieribus, sive pro viris, non pro viris suis solum, sed & pro maribus, sive pro fœminis intercessissent. Et præterea Ulpianus in l. 2. hoc Senatusconsulto ait subventum esse fœminis omnibus: forte enim olim non omnibus, non illustrioribus fœminis. Itaque plenissime Senatusconsulto fœminis subvenitur, sive intercesserint pro viris suis, sive pro aliis, & sive pro masculis, sive pro fœminis. Et subventum fœminis omnibus sine discrimine, sine delectu. Et ita est interpretandum illud l. initium. Rationem autem Senatusconsulti, quæ & Senatusconsulto expressa est, latius explanat Paulus in hac l. 1. Quia & moribus, inquit, more majorum fœminis civilia, sive publica (idem est) officia adempta sunt, & pleraque, inquit, ipso jure non valent. Pleraque officiorum, sive munerum publicorum: Basilica, πλειστα τῶν λειτουργημάτων, ut puta, si cognitoriam operam præbuerint, sive procuratoriam, si tutelam gesserint, vel quod aliud munus publicum, id quod gesserunt, ipso jure non valet. Hinc ita argumentatur: Si munera publica interdicta sint fœminis, & pleraque ex iis, quæ gesserunt, ipso jure irrita sunt: multo magis interdicendum est eis officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versatur, sed etiam periculum rei familiaris. Munera civilia, quæ dixit esse interdicta fœminis, pleraque sunt personalia tantum, sive corporalia, non patrimonialia. Itaque in eis muneribus gerendis nullum versatur periculum rei familiaris. In intercessionibus, quæ fiunt pro aliis, in officio intercedendi pro aliis, versatur periculum rei familiaris, quia intercessio obligat. Et vero hoc officium intercedendi pro aliis, velut fidejuben-
E bendi, aut constituendi, aut expromittendi, pars est officii argentariæ mensæ, l. 6. §. rationem in fi. de edendo, à quo officio etiam fœminæ remotæ sunt, l. pen. eod. tit. Quod si forte fœminæ intercesserint pro aliis, & conveniantur, eis succurritur per exceptionem Senatusconsulti Vellejani. Pleraque ex muneribus publicis, ut dixi, ipso jure non

valent. Intercessionibus mulierum, quæ fiunt pro aliis (alioqui non essent intercessionibus) ipso jure valent: sed rescinduntur per exceptionem Senatusconsulti Vellejani: hisque rescissis, & infirmatis, si novatione facta mulier susceperit in se alienam obligationem, quæ intercessio proprie appellatur expromissio, tum actio restituitur in veterem debitorem, quem novatio liberavit. Et ob id ea actio dicitur sæpe in hoc titulo actio restitutiva, ut utilis, & actio rescissoria, quia rescissa mulieris intercessione datur, l. ult. §. ult. hoc tit. sed si vel mulier, quod est aliud genus intercessionis longe astutius pro alio, cui exempli gratia, quidam erat crediturus pecuniam, ipsa intervenit, ut non alius eam pecuniam acciperet, cui creditor daturus erat, sed ipsa, atque ita se constitueret ream principalem, & mox ei, pro quo interveniebat, acceptam pecuniam dedit, actio in eum, pro quo interveniebat, instituitur perinde atque si ipse mutuam pecuniam à creditore accepisset. Instituitur magis, quam restituitur, ut ait l. quamvis, §. si cum essem, hoc tit. Quia ut eleganter ait Paulus in fine legis primæ, hic, qui supposuit mulierem, ut pro se mutuam pecuniam acciperet, magis mulierem decepit, quam creditor, qui nescivit, eam pro alio intercedere, intervenire, interponi. Hæc est sententia l. 1.

Ad L. III. eod. Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditæ, vel fidejussorem suum defendat, intercedere non videtur.

Ad ea, quæ diximus de Senatusconsulto Vellejano, duo casus adnotandi sunt, quibus intercessionibus mulierum non rescinduntur per exceptionem Senatusconsulti Vellejani, quorum unus ex hoc libro Pauli, qui est in manu, proponitur in l. 3. eod. tit. alter ex eodem libro in l. 11. Intercessionum unum genus est, si debitorem conventum à creditore mulier defendat, ejus vice judicio accepto, lite contestata, quo modo veluti genere novationis quodam, debitor liberatur, ipsa sola obligatur, quia litis contestatio obligat: litem contestari est litem contrahere. Si contrahere, & obligare igitur: judicio accepto quasi contrahitur, etiam nondum secuta condemnatione, l. 3. §. idem scribit, de pecul. Mulier igitur, quæ pro reo judicium accipit, quæ se liti offert, quæ litem pro reo subit, plane se obligat, & illum liberat, & quasi novatio fit prioris obligationis mutatione personæ, mutatione rei, sive debitoris. Duplex est novatio, voluntaria, quæ fit per stipulationem Aquilianam inter volentes, ut si mihi stipulanti novandi causa mulier promittat quod mihi Titius debet: & novatio necessaria, quæ fit judicio accepto, lite contestata, ut si me agente, aut parante agere cum debitore meo, mulier pro eo litem subeat. Hæc sunt duo genera novationum, l. aliam, de novat. Utraque autem novatio, quæ facta est interventu mulieris, rescinditur Senatusconsulto Vellejano, si modo in rem alienam fuerit, quia judicium pro alio accipiendo se obligavit imprudens, & illum liberavit, l. 10. §. 1. de in rem verso. Verissimum enim est quod ait l. solutione, de solut. Judicium accipiendo, vel solvendo pro debitore, debitorem etiam invitum, & ignorantem liberari: utroque genere debitorem liberari: sed utroque tamen genere, quod notandum, interveniente muliere, liberanteque debitorem, non esse locum Senatusconsulto Vellejano. Multum enim interest, mulier pro alio solverit, an judicium subjerit in rem alterius. Nam si judicium susceperit in rem alterius, juvatur Senatusconsulto Vellejano: si solverit pro alio, non item, sive solverit donandi animo, sive quasi gestura negotium debitoris, sive ex mandatu debitoris, l. 4. & 9. C. ad Senatusc. Vell. Quia quo facilius mulier se obligat, quam solvit pro alio, eo magis quoque subveniendum ei fuit se obliganti, quam solventi pro alio, l. 4. hoc tit. Sunt enim mulieres per se satis paræ numerandi. Et Menander recte;

Ὅτι εἴτιν ἐν γυναικὶ πλεονηχέας.

Solvere igitur pro alio non est intercedere. Intercedere est se, vel sua obligare. Ergo si judicio accepto, suo nomine

ne mulier alium defendat, non in rem suam, sed plane in rem ejus, quem defendit, proculdubio juvatur Senatusconsulto Vellejano. Sed si in rem suam propriam mulier alium defendat in judicio, puta quod is si damnetur, regressum ad eam habiturus sit, ut puta, si fidejussorem suum conventum à creditore suo judicio defendat, ne condemnatur, & solvat, ac postea, quod solverit à muliere repetat judicio mandati, quia mandatu ejus pro ea fidejussit, vel si defendat eum, qui sibi vendidit hereditatem aliquam, cum quo experiuntur creditores hereditarii: si hunc, inquam, defendat ne condemnatur, & solvat creditoribus hereditariis, ac post regressum ad se habeat ex stipulatione emptæ & venditæ hereditatis, quæ interponi solet inter emptorem, & venditorem, de qua l. 2. §. si quid, l. si ex pluribus, de hered. vend. hoc casu intercedit quidem pro alio, sed quia intercedit in rem suam, ut se expediat ab illo regressu, quem veretur, reapse suam potius, quam rem alienam agit, suam potius, quam alienam obligationem suscipit, & ideo non juvatur Senatusconsulto Vellejano. Et hoc est quod ait l. 3. hujus tit. Sed si eum, inquit, defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditæ, vel fidejussorem suum defendat, intercedere non videtur: rem suam agere, non est intercedere: si regressum, inquit, ad eam habeat; intercedit enim, ut illo regressu se absolvat, quem Græci solent appellare ἀναφορῶν. Demosthenes adversus Timocratem; Επειὸς εἶναι ἀναφορῶν πρὸς τοὺς ἐχθρούς, ont leur recours contre ceux, qui ont l'argent. Euripides in Oreste:

Ἄλλ' ἐστὶν ἡμῖν ἀναφορῶν τῆς συμφορῆς.

Si quid adversi nobis acciderit, habemus quo recurramus; habemus ἀναφορῶν, habemus regressum ad illum. Alter vero casus est in l. 11. hujus tit. Si mulier quasi in rem suam pecuniam acceperit mutuam, id est, si finxerit se in usus suos pecuniam mutuam accipere, cum id factum vellet alteri, cui mox eam pecuniam erat creditura, hoc quoque casu, quamvis revera intercesserit pro alio, tamen non juvatur SC. Vellejano, l. 4. in princ. l. bona fide, l. vir uxori, hoc tit. Hoc SC. deceptis opitulatur, non decipientibus: hoc SC. deceptæ juvantur, non decipientes, ἀπατάμενοι, non ἀπατάσαι, ut est in l. 2. hoc tit. Ipsa vero in casu proposito decipit creditorem ignorantem, quæ finxit se in suos usus rogare mutuam pecuniam, non creditor ipsam; qui scit quid agat, quidve moliatur, decipit: qui ignorat, decipitur. Et in Phormione recte: Imo enim vero hic me decipit: nam hic me hujusmodi sciebat esse: ego hanc esse aliter credidi. Et ut SC. Macedonianum, de quo diximus supra, ita SC. Vellejanum scientibus tantum creditoribus obtat, & officit, quive scire potuerunt: nam supina ignorantia non excusat creditorem, l. pen. ad SC. Maced. & in hoc tit. l. 12. & l. Seja, §. ult. l. si fidejussores, & C. eod. tit. l. 5. & 7. & 18. quod aliquando fuit mihi usui in hac specie. Moribus provinciarum quarumdam vir & uxor socii sunt rerum in matrimonio quæsitæ quarumcumque, & rerum mobilium, nisi aliud convenerit, ne socii sint. Sed hoc raro fit in hisce provinciis. Verum cum contigisset aliquando, ut in contrahendo matrimonio cavissent inter se, neque res mobiles, neque res quæsitæ in matrimonio inter eos communes fore, nullam communionem inter eos fore, si constante matrimonio sumpsissent mutuam pecuniam à creditore, qui eos acceperit quasi duos reos, existimans, ut fieri solet, eos mutuari pecuniam in rem communem, & esse socios, & mox creditor agat in solidum cum muliere, quia est rea debitorum in solidum, si, inquam, agat cum muliere, & illa objiciat SC. Vellejanum, jure creditor contra objiciet replicationem doli mali, l. 18. C. eod. quia ignoravit, eam fuisse dissortem à viro, existimavit eam esse confortem viro in rebus mobilibus, aut in rebus quæsitis manente matrimonio, prout fieri vulgo consueverat. Scienti denique mulieri adversus ignorantem non succurritur. Et eleganter in specie proposita Paulus in hac l. 11. si aliter constituamus, id est, si dicamus, locum esse Senatusconsulto: si mulier tanquam in suos usus pecuniam mutuam acceperit, alii mox creditura, vix ullus invenietur, qui cum fœminis contrahere velit, quia ignorare potest, quid pe-

Tom. II. Poß.

cunia accepta facturæ sint. Denique quodammodo commercio cum fœminis interdictum elset. Et ita explicanda est l. 11.

Ad L. II. de Æstimat. act. & c. Hæc actio utilis est, etsi merces intervenit.

Porro vindicatur etiam huic libro 30. l. 2. de est. act. quæ est ultima hujus libri. Nam l. 22. de excep. rei jud. reddenda est libro sequenti, in quo applicabitur. Restat igitur tantum explicanda ex hoc libro illa l. 2. de æstimat. act. Si rem tibi æstimatam circumferendam, & vendendam dederim, ut ea vendita æstimationem, de qua inter nos convenit, ad me referres: hoc negotium novum est, & vacat proprio nomine, ideoque ex eo datur actio in factum præscriptis verbis, quæ dicitur æstimatoria, quia est de re data æstimata, & est actio bonæ fidei. Duæ tantum sunt actiones præscriptis verbis bonæ fidei, hæc, quæ æstimatoria dicitur, & ea, quæ ex permutatione nascitur. Cæteræ actiones præscriptis verbis sunt strictæ. Cæteræ autem actiones bonæ fidei sunt XV. & maxime est necesse, ut studiosi habeant in numerato actiones bonæ fidei, quandoquidem data eis est in Institutionibus certa earum actionum enumeratio, quam memoriter scire oportet. Et miror plerisque adolescentes interrogatos de numero actionum bonæ fidei obmutuisse. Sunt 15. Actio ex empto vendito (sunt duæ quidem, sed habentur pro una) actio ex locato conducto, actio commodati, actio pigneratitia, actio negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, familiæ erciscundæ, communi dividundo, petitio hereditatis, actio ex stipulatu de dote, & hæc duæ actiones præscriptis verbis. Locum autem habet actio præscriptis verbis æstimatoria, ut Paulus ait, in hac l. 2. etiamsi merces intervenit, id est, non tantum si gratuitam operam mihi circitor præbuerit, cui rem æstimatam circumferendam, & vendendam dedi: sed etsi merces hujus operæ intervenit. Cui objiciunt statim l. rogasti, in fi. de præscr. verb. Species hæc est: Prædium meum tibi permisi pignori dare tuo creditori sub certa mercede, certo pretio, & hac lege, ut mihi de eo prædio intra certum tempus reluendo, & repignerando, & reddendo fidejussorem dares. Non das fidejussorem, agam in te ex locato, quod non pareas legi locationis: neque enim ambigitur hoc genere me tibi locasse prædium meum certa mercede, ut tantisper eum oppignerares creditori tuo. Et merito igitur in illa specie, quia merx intervenit, datur actio ex locato, non præscriptis verbis. Verum ut statim respondeam, in hac specie valde ambigitur, an sit contracta locatio. Aliter respondet Accursius, & bifariam: sed Glossa circumscribenda est. Assentior Fulgoso, qui & hanc esse rationem diversitatis animadvertit, quod in hac specie magna sit ratio dubitandi, an sit contracta locatio. Rem tibi æstimatam vendendam dedi, pro tua opera tibi constituta mercede, certa ea lege, ut vel mihi rem incorruptam, & invenditam redderes, vel æstimationem, de qua convenit, sive pluris, sive minoris venderes. Videris tu quidem mihi locasse tuas operas, quia merces intervenit, ego conduxisse tuas operas. Sed quo minus dicatur contracta locatio conductio æstimatio rei facit, itemque redditio æstimationis, de qua conventum est: res enim, quæ locatur, vulgo non æstimatur, nec contracta locatione æstimatio ejus: sed eadem ipsa res redditur. In hac specie electio est ejus, qui rem suscepit, ut vel eam ipsam reddat, vel æstimationem, de qua convenit. Itaque hoc negotium longe discrepat à locatione conductione, quæ vulgo contrahi solet. Quod si merces hujus operæ nulla intervenit, si circitor gratuitam operam præbuerit amico, etiam ambigitur contractum ne sit mandatum, quia mandatum solet esse gratuitum: imo est gratuitum semper: an vero contracta sit emptio, venditio; & neque, vel mandatum esse contractum, vel venditionem quisquam liquido affirmare possit. Videtur primum mandatum non esse contractum, sed venditio potius: commutatio scilicet rei cum æstimatione, do tibi rem æstimatam, ut æstimationem ad me referas: non

Ff

clb

est simplex mandatum: Et rursus non videtur esse venditio, quia venditio vulgo fit, ut is, qui rem accepit, id est, emit (emere olim ac sumere idem erat) ut, inquam, is, qui rem accepit, eam sibi habeat, & retineat, non ut reddat; & emptori plane venditur, non vendenda datur: huic vendenda datur, non venditur: nec idem etiam est omnino æstimatio, & pretium. Æstimari res potest citra venditionem, pretium non constituitur citra venditionem: emptionis substantia consistit ex pretio, *l. passa conventa, de contrab. empt.* pretium emptor infert de suo, quoniam id omnino debet facere accipientis, *l. 1. de ver. perm. l. ex empto, §. 1. de act. emp.* In hac specie æstimationem infert, qui rem æstimatam vendendam suscepit, de alieno, de fundo alieno, non de sua. Itaque cum non posset hoc genus negotii, vel mercede intercedente, vel non intercedente ulli attribui negotio, quod proprio nomine præditum esset, ideo adnumeratum est hoc negotium, & agglutinatum iis, quæ nomine vacant, ac proinde etiam data est ex eo actio, quæ nomine vacat, id est, actio in factum præscriptis verbis, & specialis quidem, quæ non nominatur, sed appellatur æstimatoria, & est bonæ fidei. Dixi appellatur, non nominatur; quia diversa sunt nominare, & appellare. Ad intellectum hujus legis rogasti omnino pertinet *l. si ut certo §. §. nunc videndum*, Commod. quam indicare volui, propterea quod non indicatur vulgo in illa *l. rogasti*, & omnino facit ad speciem ejus legis, eamque distinctionibus adhibitis explicat ille *§. nunc videndum*.



JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XXXI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. Depositi, vel contra. *Quid ergo, si pretium nondum exegit? aut minoris, quam debuit, vendidit? actiones suas tantummodo præstabit.*

DE actione depositi in hoc libro tractatur, & est de ea primum *l. 2. ejusd. tit.* Si heres rem apud defunctum depositam, vel commodatam vendiderit, cum existimaret, eam esse hereditariam, nesciret esse depositam, vel commodatam, de ea quidem re, quam non habet, nec dolo malo desit habere, non tenetur actione depositi, sed tenetur de pretio, quod ad eum pervenit, ut id depositori restituat: nam quemadmodum si rem haberet, dolo malo faceret, si eam reposcendi depositori non restitueret, *l. 1. §. est autem, hoc tit.* ita dolo malo facit nunc, si pretium, quod ex re tulit, non restituat, *d. l. 1. §. ult.* neque enim æquum est, ut ex re deposita lucrum faciat, *l. 4. hoc tit.* Sed ut in hac *l. 2.* subjicit Paulus, si nondum hujus rei pretium ab emptore exegerit, vel si minoris, quam debuit, eam rem vendiderit, liberatur depositori cedendo actiones suas, puta si nondum pretium exegerit, cedendo actionem ex vendito adversus emptorem, quæ actio pretii dicitur, *l. 8. §. 9. C. de contrab. empt. l. 7. C. de act. empt.* at si minoris, quam debuit, vendiderit, & minus illud pretium acceperit, quam actionem cedit depositori? Quæro, an ulla competit actio rescindendæ venditionis, ob id solum, quod minore pretio res venierit? minime, nisi ex *l. 2. §. 8. C. de rescind. vend.* pretium, quo res venierit, minus sit dimidia veri, & justii pretii: nam si pretium, quo res venit, quodque numeratum est venditori, vel dimidiam justii pretii efficiat, adæquet, ut si res digna decem, venierit quinque, rata venditio est, nec rescindi potest. Itaque in hac *l. 2.* necessario ponere debemus, heredem, cum ignoraret rem esse apud defunctum depositam, eam minori pretio vendidisse, quam quod efficeret dimidiam justii pretii, puta rem dignam 10. vendidisse 4. vel tribus. Quo nomine constitutio illa *l. 2.* docet venditori, qui imprudens dimidio minoris vendidit, rescindendæ venditionis causa, nisi emptor velit offerre,

quod justo pretio deest, competere actionem ex vendito, ut ibi Accursius interpretatur recte. Neque novum est, ut ex vendito, vel etiam ex empto agatur ad rescindendam venditionem, *l. 4. de leg. commiss. l. ex empto, §. is, qui vina, de act. emp.* His actionibus non tantum agitur de implenda emptione venditione, sed & quandoque de distrabenda, & rescindenda emptione venditione. Hic vero apparet, quod est proditum in *d. l. 2.* non illa primum constitutione introductum fuisse: sed jam olim obtinuisse, nempe, ut si res dimidio minoris venierit, agere venditori liceat de rescindenda venditione, nisi emptor offerat, ut dixi, quod justo pretio deest, ut si res fuerit digna 10. & venierit 4. nisi emptor offerat 6. Et in hanc rem profecto hic locus summe notandus est, qui omnino hoc pervincit, jus illud ante Diocletianum, & Maximianum, qui auctores sunt *l. 2.* obtinuisse. Habeo & aliud hujusce rei maximum argumentum, quod in his libris sit quidem relata species rei venditæ ad finem dimidiæ justii pretii, ut in *l. 47. de evict. servi valentis* five digni 10. & venditi 5. quæ venditio rata est; nusquam vero inveniatur species rei venditæ dimidio minoris, ita ut venditio rata sit. Deinceps ergo dicamus jus illius constitutionis non esse novum, idque firmemus ex *d. l. 47.* & ex hac *l. 2.* Si igitur heres, ut redeam ad speciem propositam, qui ignarus rem apud defunctum depositam, vendidit quasi hereditariam, nondum pretium acceperit, vel si eam rem vendiderit dimidio minoris, non tenetur quidem depositori justii pretii nomine, quod, vel nullum accepit, vel justo accepit dimidia parte minus, liberatur cedendo actionem ex vendito adversus emptorem, eumque faciendo procuratorem in rem suam, quod cessio facit. Quid est cedere actiones? facere procuratorem, vel in rem alienam, vel in rem suam, quia scilicet nihil aliud habet heres, quod depositori præstare possit: nec enim pretium habet, aut quod habet dimidia justii inferius est: liberatur ergo cedendo actiones suas, & depositorem faciendo procuratorem in rem suam, non in rem heredis, ut fit etiam in similibus speciebus in *l. quod si in diem, §. idem Julianus, de petit. hered. §. l. eleganter, §. si vendiderit, de pignorat. act.* Cessio pro justa præstatione est. Et hæc quidem ita servantur, five is, qui deposuit, depositæ rei dominus non fuerit, vel eam ab emptore vindicare non possit, id est, si rem ab emptore vindicare non potuerit, quod dominus non fuerit rei depositæ, ut tum agat in heredem depositarii, ut, vel sibi cedat actiones suas adversus emptorem, à quo ipse rem vindicare non potest: five rei depositæ fuerit dominus, & emptor eam usuceperit, vel etiam si non usuceperit, & malit depositor in personam agere, quam in rem.

Ad L. XIII. eod. Si quis inficiatus sit non adversus dominum: sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret: aut ejus, qui deposuisset, heredem: nihil dolo malo fecit. Postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.

Ad §. Competit etiam conditio depositæ rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit. Non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, conditione obligari, verum quod dolum malum admisit.

DE eadem actione depositi est *l. 13. eod. tit.* cujus duæ sunt partes, quæ pertinent ad eum, qui inficiatur depositum. Ait in principio, *si quis inficiatus sit, &c.* Quintil. declam. 245. Inficiari, inquit, est depositum nolle solvere. Et in inficiatorem ex 12. tabul. olim erat actio depositi in duplum: hodie ex edicto prætoris est in simplum tantum, sed famosa, & turpis actio est, & in qua lis æstimatur jurejurando actoris, *l. 1. §. in depositi, hoc tit.* & interdum etiam ex edicto prætoris actio depositi est in duplum adversus inficiatorem, non adversus contententem, ut puta si eo nomine agatur, quod ruinæ, naufragii, incendii, tumultus causa depositum sit: depositum ex his causis repente nullis adhibitis testibus, ut fit, inficari majori pœna dignum est, acerbiori judicio persequendum, & vindicandum. Et hæc ostenduntur in *§. sed furti, Instit. de actiom. l. 1. §. 1. hoc tit.*

tit. Et quod dixi de actione depositi generaliter, ex omnibus causis in inficiatorem eam fuisse in duplum ex 12. tab. id ex Pauli 2. sent. proditum est apud Licinium Rufinum tit. *depos.* Verum ita demum depositarius inficiari, & dolo malo versari videtur, & consequenter infamia notatur iudicio depositi, si domino reposcenti depositum non reddat, cuius statim reddendi facultatem habet. At non videtur inficiari, ut in priori parte hujus legis Paulus ostendit, si alio reposcente depositum, qui non deposuit, puta procuratore, vel herede domini, quem depositarius non novit, quem ignorat esse procuratorem, vel heredem depositoris, quem imo suspiciatur, neque verum esse procuratorem, neque verum heredem, cuique reposcenti depositum, quod prudentes depositarii faciunt, dicit, ego à te non accepi, te non novi, nescio an sis heres depositoris, an sis procurator, qualem te esse dicis. Denique potest ab eo desiderare probationem: alioqui jure ei denegabit restitutionem depositi, rei depositæ, jure recusabit actionem depositi. Is igitur inficiari non videtur, qui reddere non vult ei, à quo non accepit depositum, non probanti, se heredem esse, vel procuratorem. At si postea ille id probaverit, & si postea depositarius cognoverit illum esse verum heredem, aut verum procuratorem, nec depositum ei reddat, inficiari videtur, & condemnatus notatur infamia. Non satis est semel ab initio caruisse dolo, sed dolo carere semper oportet. Et in hanc rem est hic locus valde notandus, quod confirmatur etiam l. 3. *hoc tit.* Si ab initio ignoravi te esse heredem depositoris, culpandus non sum. Sed si postea cognovi te esse heredem, quamvis initio id non cognoverim, initium illud non me excusat à sequenti inficiatione. Et hoc est, quod habetur in priori parte hujus legis. In posteriori parte ostenditur inficiationem depositarii coerceri non tantum actione depositi, sed etiam conditione certi, quæ est stricta actio, qua scilicet depositor, heresve ejus intendit sibi dari oportere rem suam, quam deposuit: ita omnino quasi in furem: nemo enim rem suam condicit (hæc est regula juris) nisi furi conditione furtiva: imo & quasi furi rem suam condicere licet, nempe agendo hoc modo: *si paret te mihi rem illam dare oportere*, quæ formula, sive actio est acerbius, quam actio depositi: quia in conditionem venit res, qua de agitur, si perempta sit, etiam si fuerit apud actorem interitura: in conditione res venit omnimodo, sive exstet, sive interierit, & sive fuerit apud actorem interitura, sive non, l. *si cum exceptione*, §. *quatenus*, de eo, quod metus causa, quæ tamen non veniret in actionem depositi, si interitura esset omnimodo, etiam si statim restituta fuisset depositori, l. 14. §. *ult. hoc tit.* Unde ita concludamus, conditione, sive formula hujusmodi: *Si paret rem illam mihi dari oportere*, vel, *quod mihi ex illa causa dari oportet*, non furem tantum teneri, aut conveniri posse: sed & quasi furem, ut creditorem, qui soluta omni pecunia pignus inficiatur, l. 4. §. *res*, de reb. cred. ut item uxor, quæ res viro amovit divortii causa, l. 6. §. *ult. l. 17. §. pen. l. 24. & 25. rer. amot.* Et uxor quidem, quæ res amovit viro multo magis, quia etli amovisse dicatur, lenitate verbi tristitiam rei mitigante, ut ille ait, non furto subripuisse, propter honorem matrimonii, tamen revera furtum fecit, ut ait l. 29. *ead. tit.* Inficiatio autem non est furtum, nisi rei creditor, vel depositarius possessionem interverterit. Inficiatio per se sola non est furtum, neque verbo, neque scriptura, neque animo solo, neque inficiatione sola fit furtum, sed contrectatione, & interversione possessionis. Inficiatio igitur non est furtum, sed est prope furtum, ut eleganter ait *lex inficiando*, de furt. quæ lex tota Gallice reddita est in consuetudinibus Normanniæ cap. 7. *Ily à, dit-il, un peu de saveur de larrecin*: Denique nemo, ut ait Paulus in hac posteriore parte, hoc ipso, quod depositum accepit, tenetur conditione, sed agi tantum cum eo potest depositi actione in hunc modum: *Quod te mihi ex fide bona reddere, restituere oportet*, non dare. At, inquit, Paul. si id dolo admillum sit, id sc. quod dixit in priori parte, id est, si inficiatus sit, cum eo dominus potest agere conditione, *Quod te mihi dare oportet*. Et ita explicanda est posterior pars, quæ vulgo non intelligitur.

Tom. II. Post.

Ad L. XXXI. de Acquir. rer. domin. Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur.

Ad §. *Theaurus est vetus quedam depositio pecuniæ, cuius non exstat memoria, ut jam dominum non habeat. Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid, vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ, contiderit sub terra: non est theaurus. Cujus etiam furtum fit.*

Ad damus etiam his duabus legibus l. 31. de acquir. rer. dom. Cum hoc libro, ut verisimile est, Paulus docuisset, apud deponentem manere dominium, & possessionem rei depositæ: deposito dominium non mutari, non transferri in depositarium: quod & ita scriptum est nominatim in l. *licet* 17. §. *rei*, *depos.* Quod idem & de re commodata dicitur, l. 9. *commod.* & de re locata, l. *non solet*, loc. & de re pignerata, l. *cum & sortis*, §. *ult. de pign. act.* Subjecit generaliter Paulus in d. l. 31. de acquir. rer. dom. nunquam nudam traditionem transferre dominium, quod est principium juris, nisi præcesserit iusta quædam causa transferendi dominii, veluti venditio, permutatio, donatio, dos, mutuum, adjudicatio, l. 3. & 4. & tribus, aut 4. *seqq. de Publ. in rem act.* depositum non esse iustam causam acquirendi dominii: tradi quidem depositario rem, sed hanc traditionem esse nudam, quia depositum non est iusta causa acquirendi dominii. Et ne quis objiceret thesaurum depositum, qui jure gentium inventori acquiritur secundum distinctiones traditas in Institut. quæ sunt notissimæ, Paulus in d. l. 31. statuit duo esse thesauri genera, ut etiam l. *pen. §. ult. de auro*, & *arg. leg.* Unum, cuius memoria non extat: & hic quidem thesaurus fit ejus, qui invenerit, acquiritur ei, quia nec dominum habet, nec alterius est, quia nescitur cuius sit. *Theaurus*, inquit, *est vetus depositio pecuniæ, cuius memoria non extat, ut jam dominum non habeat.* Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit. Alterum genus thesauri est, cuius memoria extat, ut si quis metus, vel custodiæ causa, vel præsidii, vel lucri pecuniam sub terra condiderit, pecuniam terræ commendaverit, deposuerit; hujus depositi dominium non mutatur. Imo & ejus pecuniæ furtum fit, si quis sciens cuius ea sit, thesaurum effodiat, & pecuniam auferat. Denique depositum, quod dominum habet, non potest acquiri depositario, ne possessione quidem longissimi temporis. At depositum, quod dominum non habet, ut qui thesaurus dicitur proprie, inventori jure gentium acquiritur, & tale depositum dicitur proprie thesaurus. Ex hoc libro jam exposui legem 2. & 13. *depositi*, & ex eodem libro l. 31. de acquir. rer. domin. accommodavi etiam ad actionem depositi, hoc modo: id enim paucis repetere operæ pretium est, nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita, si iusta quædam causa præcesserit acquirendi dominii, propter quam traditio sequeretur, veluti venditio, permutatio, donatio, dos. Ait, *si præcesserit.* Nihil tamen refert, præcesserit iusta causa transferendi dominii traditionem, an secuta fuerit, puta venditio præcesserit traditionem rei, an secuta fuerit; neque enim nuda esse censetur traditio, quæ primum facta est sine causa, si mox causa iusta transferendi dominii subsecuta sit, quod ostenditur aperte in l. *sive*, §. 1. de *Public. in rem act.* Et ita etiam nihil interest, pactum præcedat stipulatio, an sequatur, l. *petens*, C. de *pac.* numerationem pecuniæ præcedat stipulatio, an sequatur, l. 3. §. *ult. ad Senatusc. Macedon. l. 6. de novat.* semper enim præcessisse intelligitur causa, vel tradendæ rei, vel paciscendi: causa stipulandi intellectu præcedit, etiam si non re ipsa præcedat. Ergo hoc loco, si præcesserit, vel secuta fuerit. Depositum autem hoc est subintelligendum, non esse iustam causam transferendi dominii, quod ita nominatim est proditum in tit. *depos. licet* 17. §. *rei*. Ergo nudam esse traditionem rei, quæ fit ex causa depositi, nempe, quia nuda est, non iusta causa transferendi dominii. Et ne quis objiceret thesauri depositum, statim in hac l. 31. duo facit thesauri genera.

Ff 2

Unum,

Unum, quod dominum non habet: & hæc depositio pecuniæ, hic thesaurus inventori jure gentium acquiritur, quia dominum non habet, quod ita definit: *Theſaurus eſt vetus depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*: oblivio perimit dominium. Eodem fere modo Cassiodorus 6. variarum: *Theſaurus, inquit, eſt depositiva pecunia, quæ longa vetustate competentes dominos amiſit*. Longa vetustas perimit dominium. Alterum genus thesauri est, quod dominum habet, cujus extat memoria. Et hoc inventori, vel solo, aut terræ, cui commendatum est, non acquiritur, cujus etiam furtum fit, si quis sciens pecuniam ab aliquo sub terra reconditam effodiat, & auferat. Theſauri depositionem Paulus existimavit pertinere ad quæſtionem depositi. Itaque l. 31. de acquir. rer. dom. recte huic libro 31. adſcribitur, qui totus fuit de deposito, & commodato. Nunc veniamus ad l. 22. de except. rei judic. quæ est ex eodem libro, & de actione depositi.

Ad L. XXII. de Exceptione rei judicatæ. *Si cum uno herede depositi actum sit, tamen & cum cæteris heredibus recte agatur. Nec exceptio rei judicatæ proderit: Nam eſi eadem quæſtio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus ſingulis ſuo nomine agitur, aliam, atque aliam rem facit. Et ſi actum ſit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis agatur: exceptio rei judicatæ non nocebit, quia de alia re agitur.*

DUæ sunt ejus legis partes: ad priorem notandum est: si plures sint heredes depositarii, ex facto, sive dolo depositarii defuncti singulos teneri non in solidum, sed pro parte hereditaria, sive quid ad eos pervenerit, sive nihil pervenit, quia dolus ex contractu venit, reique perſecutione, dolus in contractu verſatur, l. 7. §. 1. & l. 9. deſof. Et ideo, si, ut in priori parte hujus legis proponitur, cum uno ex pluribus heredibus depositi actum sit, videlicet pro parte hereditaria ex dolo defuncti, & is forte absolutus sit, tamen & cum cæteris heredibus agi eadem actione potest: nec obſtat exceptio rei judicatæ, quia huic exceptioni locus est, si eadem de re iterum agatur inter eandem personas, l. 3. & l. 71. §. & generaliter, hoc tit. at in hac specie eadem non sunt personæ, quibuscum denuo depositi agitur. Singuli enim heredes suo nomine, inquit, ſeorſim ſcilicet, & ſeparatim conveniuntur pro parte hereditaria, non communis nomine in solidum, quæ personarum mutatio facit, ut eſi eadem res, eademque quæſtio in omnibus judiciis verſetur, puta de reſtituendo deposito: tamen alia, atque alia lis, sive res esse intelligatur, atque adeo, ut non sit locus exceptioni rei judicatæ, cui duntaxat tunc locus est, quum de eadem re idem cum eodem agit. Et hæc est ſententia prioris partis hujus legis, ex qua colligitur, abſolutionem, sive victoriam unius ex heredibus cæteris non prodeſſe. Neque enim si cum cæteris poſtea agatur eodem judicio, se tueri poſſunt exceptione rei judicatæ, qua coheres abſolutus ſit. Quod verum est, etiamli omnibus fuerit eadem deſenſionis cauſa, puta quod poſt dolum admiſſum cum depositario actor pactus ſit, ne doli nomine cum eo ageret, ne depositi aperet. Omnibus ex eadem cauſa deſenſionis, nempe pacti habiti cum defuncto, ne cum eo ageretur depositi. Et tamen ex hac cauſa, si unus abſolutus ſit, cum quo actum est ſolo, non ideo & cæteri abſoluti intelliguntur: nec si conveniantur, tueri se poſſunt exceptione rei judicatæ, etiamli, ut dixi, omnibus sit eadem cauſa deſenſionis, ut & recte hoc loco Doctores ſentiunt contra Accuſſii Gloſſam, qui tamen Accuſſius in l. si quis ſeparatim, §. ult. de appellat. quam huic legi opponit, ut expoſuit ſententiam ſuam, recte ſenſit, in communi cauſa, communi lite, quotiens pluribus condemnatis alter appellat, alter non appellat, d. l. si quis ſeparatim, §. ult. ait, ejus, qui appellavit victoriam ei proficere, qui non appellavit. Quod confirmat etiam l. 1. & 2. C. si unus ex pluribus appellat. Sed hoc ideo, quia communis lis omnium erat, quandoquidem omnes una ſententia prioris judicio damnati erant, quod poſteriori judicio, vel uno exercente appellationem, in totum corrigitur: communis condem-

Anatio, quæ in totum corrigitur, necesse est, ut & tacenti, & quodammodo acquieſcenti proſit. In ſpecie autem, de qua agitur in hac lege, ſeparata cujuſque heredis lis, ſive cauſa est, quia, ut initio diximus, ſinguli ſuo nomine pro parte hereditaria tenentur: non mirum igitur, ſi abſolutio uno, ſi abſolutio unius non proſit cæteris. Præterea lex à ſententia, de appell. quam etiam huic legi Gloſſa opponit, nihil obſtat: uno ex heredibus damnato, vel abſoluto, præjudicium ſit cæteris. Hoc colliges ex illa lege: ſit ſane præjudicium qualequale, ut ibidem Accuſſius notat, non quod vel abſolutio unius cæteris prodeſſe, vel condemnatio obſeſſe poſſit: præjudicium, & multo magis præjudicium qualequale longe mutat, diſtatque à judicio: non omne præjudicium neceſſarium eſt. In poſteriori parte hujus legis oſtenditur ex contrario, nihil etiam obſtare exceptionem rei judicatæ, ſi cum herede depositi actum ſit ex dolo defuncti, & judicio finito, ac forte abſolutio herede, cum eodem poſtea agatur ex dolo proprio in ſolidum, quia eſi eadem ſit perſona, cum qua denuo agitur, non eſt tamen res, quæſtiove eadem. Prius enim judicium fuit de dolo defuncti, poſterius eſt de dolo heredis proprio. Igitur in priore parte hujus legis non obſtat exceptio rei judicatæ, ſi eadem res ſit, quæ retractatur, & reducitur in judicium, modo ſit alia perſona. Et e contra in poſteriori parte non obſtat exceptio rei judicatæ, ſi eadem ſit perſona, cum qua iterum agitur eadem actione, modo non ſit eadem res, eademve quæſtio. Et ita explicanda eſt l. 22. huic etiam l. 31. adſcribitur l. 12. de novat.

Ad L. XII. de Novat. *Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri ſe poſſe ſciebat: ſimilis videbitur ei, qui donat: quoniam remittere exceptionem videtur. Sed ſi per ignorantiam promiſerit creditori, nulla quidem exceptio adverſus creditorem uti poterit, quia ille ſuum recepit: ſed is, qui delegavit, tenetur conditione, vel incerti, ſi non pecunia ſoluta eſſet: vel certi, ſi ſoluta eſſet. Et ideo cum ipſe præſtiterit pecuniam, ager mandati judicio.*

HÆc lex non eſt de actione depositi, ut superiores, ſed de actione mandati, de qua eſt liber 32. qui ſequitur, cui & hanc l. 12. emendata inſcriptione arbitror eſſe redigendam. Verum non ideo minus hoc loco eam antevertam cæteris, quæ ſunt in libro ſequenti plurimæ de actione mandati, quamquam ordo deſideraret de actione mandati nos tractare incipere à l. 1. quæ eſt ex ſeq. lib. Verum antevertamus hanc l. 12. Delegatio debitoris, vel non debitoris, ſpecies eſt mandati, ut puta, ſi debitorem, vel non debitorem meum rogavero, ut quod ego L. Titio debeo, id L. Titio ab eo ſtipulanti promittat: quod ſi fecerit, ſi delegationi meæ paruerit, ego liberor, quia delegatio, & novatio, quæ eam ſecuta eſt, pro ſolutione habetur, l. qui debitorem, de ſidejuſſ. l. ſi rem, §. ult. hoc tit. liberatur etiam à me ille, quem delegavi, ſi debitor meus fuerit. Denique creditor meus mutat debitorem, debitor autem meus, quem delego meo creditori, mutat creditorem. Potest autem delegari, vel quod idem eſt, expromiſſor dari etiam non debitor. Quid ni? Et non debitor dicitur etiam, qui ſe tueri poſſet exceptione doli mali, vel in factum, quo minus condemnatur, quia inanis eſt obligatio, quæ per exceptionem perpetuam perimitur, l. pen. C. de cond. ob turp. cauſ. Fac igitur me creditori meo delegaſſe debitorem meum, qui ſe tueri poterat adverſum me exceptione doli mali: Diſtinguendum eſt: aut ſcientem ſe illa exceptione tutum eſſe delegavi, aut ignorantem. Si ſcientem, ſimilis eſt ei, qui donat, ſicut is, qui ſciens indebitum ſolvit, l. 53. de regul. jur. Similis, inquam, eſt ei, qui donat, quoniam quam habuit exceptionem remittere videtur, remiſſio exceptionis donatio eſt. Quod ſi ignorantem, & errantem in facto, neſcientem ſibi competere exceptionem doli mali delegavi, nulla exceptione ſe tueri poſſet adverſus creditorem meum, cui delegatus eſt, quia ille ſuum recepit, id eſt, quod ſibi revera debetur, & ſuum negotium bona fide geſſit. Quod idem & in l. ſeq. 13. ex Ulpiano proponitur, & multis aliis locis, in quibus eadẽ ratio redditur, quia creditor ſuum recepit. Id igitur avelli ei non poſſet, l. repetitio, de cond. indeb.

Et

Et ita etiam danista apud Plautum, *meum, inquit, peto*: suum petit, qui quod sibi iure debetur, petit: ergo, qui etiam ignorans se iure pratorio non teneri propter exceptionem, expromisit creditori alieno, cui delegatus est, non potest ei non solvere, non potest effugere quin solvat. Verum debitor, qui eum delegavit, ei tenetur conditione certi, si pecuniam solvit, ut ei reddat solutam pecuniam: vel si nondum pecuniam solvit, ei tenetur conditione incerti, ut ait hoc loco, ut eum liberet solvendo creditori suo, vel qua alia ratione, ut *l. pure, §. pen. de doli except.* Liberatio est res incerta, quia incorporalis, res sub sensum non cadit. Pecuniae certus numerus, res aestimatur esse certa propter certum numerum. Et ideo pecunia repetitur conditione certi: liberatio conditione incerti, *l. 3. de condic. sine causa*, prout quæque res est, quæ petitur, vel repetitur conditione certi, vel incerti: conditio est certi, vel incerti: conditio ne incerti condicatur liberatio, cautio, obligatio, possessio quoque. Additur in extremo hujus legis etiam eum, qui delegavit debitorem suum creditori suo, ignorantem se tutum esse exceptione perpetua, delegato si pecuniam solverit ei, cui delegatus est, teneri actione mandati, non conditione tantum certi, si pecuniam solverit, sed etiam actione mandati, quia ex mandato ejus solvit. Delegatio mandatum est. Conditionem igitur concurrere cum actione mandati, sed alteram per alteram consumi, ut *lin. duobus, §. exceptio, de jurejur.* nec alius est sensus ultimi versus hujus legis: nec fuit cur huic ultimo versusi Accurs. affingeret novam speciẽ, puta creditoris, qui mandavit debitori suo, ut solveret creditori suo. Non etiam delegavit, inquit, quia existimavit: si delegavit, non competere delegato actionem mandati, quasi scilicet non sit idem mandare, & delegare, ut mandata jurisdictio, quæ & delegata dicitur, *l. 1. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Finis igitur legis hoc tantum vult, si delegatus solverit pecuniam, suppetere ei duas actiones, quibus solutam pecuniam repetat ab eo, qui delegavit, vel conditionem certi, vel actionem mandati. Quod sit etiam quum fidejussor solvit pro reo principali, nam à reo principali solutum repetit utra vult actione, mandati, vel conditione certi, *l. fidejussorem, mand. l. 5. de except. rei judic.* Quod dixi in extremo hujus recitationis, mandare, & delegare idem esse: Jurisdictionem mandatam, & delegatam idem esse, delegationem debitoris, vel non debitoris, qui suscipiat obligationem, qua sumus obstricti apud creditorem nostrum, novatione facta esse mandatum, id comprobatur omnino, quam omiseram heri *l. cum indebitum, §. 1. de condic. indeb.* Nunc veniamus ad lib. 32.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

- Ad L.I. Mand. Obligatio mandati consensu contrahentium consistit.
- Ad §. Ideo per nuntium quoque, vel per epistolam mandatum suscipi potest.
- Ad §. Item sive rogo, sive volo, sive mando, sive alio quocunque verbo scripserit: mandati actio est.
- Ad §. Item mandatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest.
- Ad §. Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio, atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces. Interveniente enim pecunia, res ad locationem, & conductionem potius respicit.

TO TUS hic liber fuit de actione mandati, & de actione pro socio, ex quo jam anteverti dare *leg. 12. de novat.* propter inscriptionem, quam tamen emendam esse censeo, illa lege redita huic libro, non superiori. Et quod in hoc libro primum Paulus scripsit de actione mandati, id existat in *l. 1. mand.*

obligationem mandati nudo consensu contrahentium consistere: quod post actionem depositi, videtur Paulus adscripsisse ad differentiam obligationis depositi, de qua egit superiore libro, quæ contrahitur re, non nudo consensu, mandatum contrahitur nudo consensu. Et ideo mandatum, ait, suscipi, darique posse inter absentes per nuntium, qui aliquid ab alio ad alium perferat, vel per epistolam, si, ut subjicit, quis scripserit, rogo, & alter rescripserit, recipio. Imo sæpenumero epistola mandatum est. Josephus 7. de captivitate Judaica: *δίδωσιν ἐπιστολάς*: Rufinus interpres: *dederunt mandata*, quam interpretationem, & sequentia Josephi confirmat: *ἴπειθα ἐπακέρουσι εἰς ἐπιτάλα μὲν αὐτοῦ: εἰ* ubi intellexerunt quæ sibi mandata essent. Recte autem ait, *Per nuntium quoque, vel per epistolam mandatum suscipi posse.* Nam susceptio mandati perficit mandatum, non epistola, vel nuntius solum, qui mandantis declarat voluntatem. Denique his verbis rogo, & recipio perficitur mandatum. Rogo ex parte mandatoris, *l. rogatus, inf. & innumeris aliis locis.* Recipio, vel suscipio ex parte mandatarii, vel procuratoris. Rogo, inquit, hoc loco, vel volo, vel mando, adde, vel peto, ex *l. pen. de fidejussuris.* Imo & sic statuo, omne verbum precarium, omne verbum fideicommissarium & mandato contrahendo convenire: hæc verba rogo, volo, peto, mando, non sunt imperativa verba, non sunt directa verba, sed precativa, mandatum verbis precariis contrahitur, aut initur verbis fideicommissi, non etiam quibuslibet verbis, non verbo commendo, commendo tibi negotia illius, aut commendo tibi negotia mea: commendo tibi illum hominem, *l. 12. §. eum quidem, hoc tit.* Quod verbum nec fideicommissum facit, nisi subsit aliud argumentum voluntatis defuncti, *l. 1. §. si ita quis, de leg. 3.* Verbum item moneo, vel admoneo, mandatum non facit. Vnde & in *l. 42. de neg. gest.* quæ est ex hoc libro Pauli, qui ita distinguit: si servi mei rogatu negotia mea administranda susceperis, aut duntaxat admonitus à servo meo ea suscepisti & gessisti, mecum ages negotiorum gestorum in solidum, non de peculio, ut in specie legis *41.* quæ præcedit, & est ex libro superiori, quia mecum non cum servo meo quasi contraxisse videris, gessis ultro negotiis meis, admonitus tamen à servo meo, aut mandatu servi mei, negotia mea suscepisti administranda. Et tunc mecum ages actione mandati de peculio, quasi ex contractu servi mei, vel de in rem verso, non actione negotiorum gestorum. Idem etiam dici potest de verbo suadeo, vel consulo, *l. 2. §. ult. hoc tit.* non quod idem sit, monere, & consulere, sed quod neutrum sit mandato contrahendo idoneum verbum: consulis, qui suadet, vel dissuadet: monet, qui præfens aliquod commodum, vel incommodum monstrat, quod amplectamur, vel fugiamus. Consilium datur, sive consiliatur is, qui cogitat, & deliberat: monetur, qui de ea re, qua de monetur nihil cogitat. Et inde differentia inter fulmen consiliarium, & fulmen monitorium apud Senecam 2. *natur. question.* Sequitur in hac *l. 1. Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri posse.* In diem differri, veluti rogo te, ut Calend. proximis pro me fidejubeas apud Titium. Sub conditione fieri, veluti rogo te, ut si navis ex Asia venerit, mihi illum fundum emas. Idemque proditum in *l. 3. & 4. de procurat.* procuratorem fieri posse, quod est, mandatum contrahi posse, vel in diem, vel sub conditione: sed ibi amplius additur, procuratorem etiam fieri posse usque ad diem certum, vel in perpetuum: quod hic non additur. Cur etiam hoc loco non addit, mandatum & ad diem, & in perpetuum contrahi posse, quia scilicet ibi agitur de procuratore ad litem, de procuratore ad agendum, vel defendendum, qui potest constitui usque ad diem, puta ut usque ad illum diem duntaxat litem, vel lites meas agat, vel in perpetuum, ut litium mearum sit perpetuus procurator. At hic agitur de procuratore ad negotia, veluti ad emendum, aut vendendum, ubi non est necesse tempus addere, ad quod usque negotium illius gerat. Tempus enim non aliud huic rei præfiniri potest, quam quod huic negotio explendo sufficit, quod neco perpetuum esse potest. Præterea additur in hac *l. 1. mandatum nisi gratuitum nullum esse, ut lista ut omnes, §. 1. inf. hoc tit.* nam, inquit, mandatum originem ex officio, *du plaisir,*

du plaisir, & amicitia trahit. Unde M. Tullius pro Roscio Amerino: qui mandatum violat, amicitiam violat, nec enim mandat quisquam fere, nisi amico. Contrarium ergo est officio merces, id est, pretium operæ. Ac sane si interveniat pecunia numerata, pecunia certa pro mercede, utrinque est actio locati, & conducti, non mandati, vel si interveniat alia res, veluti pro mercede operæ, non pecunia, utrinque est actio in factum præscriptis verbis, non actio mandati, l. 1. §. si quis servum, depof. Mandatum enim gratuitum esse debet, & quidem ex utraque parte. Quomodo? quia nec pretio quis hoc probe redimit, ut procurator fiat alterius, maxime ad lites, l. litem, C. de procurat. nec procurator locat suas operas, quamvis salariarius sit, & esse possit. Mandatum recipit salarium, quod procuratori præbeatur. Recipit honorarium, & peractio mandato remunerationem, sive ἀντιδωρον, l. 6. l. 7. l. 19. §. idem Labeo, hoc tit. Mercedem, id est, pretium operæ non recipit. Hominum, inquit ille, charitas, & amicitia gratuita est. Et alio loco, Liberalis, benignusque officium, non fructum sequitur. Hæc sunt notissima. Transeamus ad leg. 3. quæ est ex hoc lib.

Ad L. III. eod. *Præterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim, nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero nunquam.*

Ad §. *Et quidem si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emeris, nec de pretio quicquam statui, tuque emisisti: utrinque actio nascitur.*

Ad §. *Quod si pretium statui, tuque pluris emisisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem: etiam si paratus es id, quod excedit remittere: Namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit: illi vero, si velit, mecum esse.*

Ad L. V. eod.

IN hac lege 3. docet Paulus, contracto mandato aliquando meliorem mandantis causam fieri à mandatario, sive procuratore non posse. Quod mirum videtur, aliquando fieri posse meliorem, deteriore vero nunquam fieri posse. Hæc est certa definitio juris. Præterea, inquit, in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim, nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero nunquam. Ut interim, inquit, nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior. Interim, & interdum promiscue dicit pro eodem. Quod Quintiliano, & Senecæ amicis, & familiare est interim dicere pro interdum. Et sic in l. pen. §. ult. de cond. & demonst. interim, id est, interdum. Non potest autem fieri melior conditio mandatoris, ut explicare incipit in hac l. 3. & persequitur in l. 5. quæ simul explicabuntur, si cum mandavi, ut rem aliquam tibi quis emeret certo pretio, ille pluris emerit: si mandator pretium non finivit, certum est, re empta quoquo pretio ultro citroque nasci actionem mandati: directam, ut ea res præstetur: contrariam, ut mandator reddat pretium, si rem mandatarius, uti rogatus est, suis nummis emerit. At si mandator pretium definivit, veluti, rogo te, ut mihi illam rem emas usque ad aureos 100. & procurator mandati fines egressus pluris emerit, etiam si mandatori maxime expediat eam rem eo pretio habere, etiam immenso pretio, imo etiam si mandatarius paratus sit remittere mandatori id, quod pluris emit, ex sententia Sabini, & Cassii, ut Institut. docent, mandati actio contraria mandatario non competit, ut vel pretium, quod finitum erat, recipiat, quia egressus est finem mandati: nec obest, quod id fecerit ex utilitate mandatoris: neque enim temere licet migrare à fine, modoque mandati, alioqui nullum non mandatum consilio mandatarii corrumpetur. Ergo ex sententia Sabinianorum, si pluris emerit, nec si contentus sit pretio finito in contrahendo mandato, de eo recuperando cum mandatore agere poterit actione mandati contraria. Et Sabiniani utuntur acutissima ratione, quia par & æquabile non est, ut mandatarius si velit, habeat in mandatore mandati actionem remittendo id, quo pluris emit, & vicissim mandator non habeat in illum directam actionem ad rem recipiendam, si mandatarius nolit aliter iudicium accipere, quam si integrum sibi pretium reddatur, quod prænumeravit de suo. Secuti

sunt Sabiniani rigorem juris, qui vetat agere procuratorem ex causa mandati à se peracti, si id non peregerit ex fine mandati. At Proculiani, ut ostenditur in l. seq. benigniorem sententiam amplexi sunt, ut scilicet. mandatario detur actio mandati contraria, usque ad statutum, sive ad præfinitum pretium, non ultra definitum pretium. Et ex hac concertatione duarum familiarum, duarum sectarum, animadvertere licet, quod & notat in l. 5. quam diligenter sunt servandi fines mandati, quam attente sit servanda forma mandati, quæ traditio juris, & lex dicitur apud Sophoclem in Trachiniis: Νόμον εἶναι τὸ μὴ ἐπιδύμειν πομπὸν περισσὸν δεῖν. Legem esse ne πομπὸς .i. mandatarius quicquam agat, vel affectet agere supra quam ei mandatum sit. Nam qui vel minimum excedit mandatum, aliud facere videtur: & qui aliud facit, non habet mandati actionem, & tenetur tamen mandati, quia quod rogatus est, quodque suscepit non fecit, sed aliud, quod mandati finem fregit. Et mox aliud ponit exemplum Paulus, quo evidentius apparet, non posse mandantis meliorem conditionem fieri re gesta aliter, quam mandatum sit. Mandavi tibi, ut domum Sejanam mihi emeris 100. tu te id facturum recepisti, & non Sejanam, sed Titianam, quæ longe majoris pretii erat, quæque longe utilior, & commodior mihi erat, emisisti tantundem, vel minoris: plane fecisti meliorem causam meam. Cæterum in me invitum non habes mandati actionem, quia aliud fecisti, quam quod mandaveram. Idemque erit, si tibi mandaverim, ut fundum meum 100. venderes, tu receperis, & vendideris 90. dumtaxat: quia & hic non implesti mandatum. Itaque integræ mihi est vindictæ fundi, nec vindicanti mihi obstat exceptio rei venditæ mandatu meo, & traditæ, quia non vendidisti eo pretio, quo iusseram. Sed additur exceptio iustissima, nisi tu, vel emptor reliquum mihi offerat, quod mandato meo deest, puta 10. & me indemnem serves. Unde & idem Paulus recte 2. Sent. eod. tit. Certo, inquit, pretio rem iussus est distrahere, si minoris vendiderit mandati iudicio pretii summam poterit integrare (quod est eleganter scriptum) & venditio non dissolvetur. Integratio pretii ratam faciet venditionem. Et hoc quidem Paulus in hac l. 5. probat argumento præcepti, quod dominus servo dat: nam si servo meo præcepero, ut rem meam venderet certo pretio, & ille minoris vendiderit, similiter eam rem vindicare possum, nec ulla me exceptio submovere potest à rei vindicatione, nisi mihi indemnitas præstetur. Servo nostro non mandamus, sed præcipimus, & imperamus. M. Tull. 1. de orat. Si mandandum aliquid procuratori, inquit, de agricultura, vel imperandum villico: villico, qui erat servus plerumque. Servus igitur meus, quem negotio meo præposui, non est procurator meus. Inter dominum, & servum non contrahitur mandatum, non contrahitur precarium, idem est: Recte tamen est argumentatio à servo ad procuratorem, à præcepto ad mandatum, vel contra. Ultimo loco hujus legis docet, aliquando meliorem posse fieri mandantis conditionem: jam docuit supra, aliquando non posse fieri meliorem, ut si servum, quem mandavi mihi emi 10. procurator emerit 5. vel si eum emerit 10. id est, condicto pretio non solum, sed cum peculio, cum accessione, quia uno casu servum emit intra pretium, puta 5. & altero casu servum emit non ultra pretium definitum, & non servum solum, sed & peculium servi. Et utroque casu meliorem meam conditionem fecit, & ultro citroque est actio mandati: quoniam qui mandat, ut procurator servum 10. emat, & hoc mandasse intelligitur, ut si fieri possit, eum minoris emat, vel ut tanti eum emat cum accessione aliqua. Et hæc est sententia harum legum, l. 1. 3. & 5.

Ad L. IX. eod. *De tuo etiam factio cavere debes.*

EXposuimus nudius tertius ex titul. mandati l. 1. conjuncta l. 42. de neg. gestis, & leg. 3. ac 5. Sequitur, ut veniam ad legem 9. ex qua intelligimus eum, qui mandatu alieno servum, aut fundum emit, non tantum rem emptam restituere bona fide, & tradere mandatori debere, sed etiam si ei cautum sit de evictione, actionem ex cautione interposita evictionis nomine mandatori cedere debere,

bere, ut l. proxima, §. ult. sup. l. possessio quoque, §. ult. de acquir. poss. At præterea cavere eum etiam debere de suo facto, id est, de evictione rei emptæ ob suum factum contingente, l. si quis à multis, in si. de nox. act. Puta quod ante traditionem emptum servum pigneraverit, & periculum est, ne jure pignoris à creditore evincatur, vel quod eum servum manumiserit, qui se sit vindicatus in libertatem, ut l. si post acceptum, de rei vindic. Et ita is, qui vendidit hereditatem, non tenetur cavere, nisi de evictione suo facto contingente, l. 2. circa principium, de hered. vend. In illo loco, Plane de suo facto venditor satisfacere cogendus est, id est, de evictione suo facto contingente, puta, quod rem aliquam hereditariam pigneraverit. Quæ tamen verba ibi Accursius male interpretatus est: & hoc idem est, quod ait Paulus in hac l. 9. de tuo etiam facto cavere debes, id est, de evictione rei emptæ, si qua ob tuum factum contigerit: Sequitur lex 22. B

Ad L. XXII. eod. Si mandaveris tibi, ut pro me in diem fidejubeas, tuque pure fidejusseris, & solveris: utilius respondebitur, interim non esse tibi mandati actionem, sed cum dies venerit.

Ad §. Item tractatum est, si cum in diem deberem, mandatu meo in diem fidejusseris, & ante diem solveris, an statim habeas mandati actionem? Et quidam putant, præsentem quidem esse mandati actionem, sed tantum minorem, quanti mea interest, superveniente die solum fuisse. Sed melius est dici, interim nec hujus summa mandati agi posse: quando nonnullum adhuc commodum meum sit, ut nec hoc ante diem solvam.

Ad §. Interdum evenit, ut meum negotium geram, & tamen utilem habeam mandati actionem: veluti cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat: aut cum rogatu fidejussoris eum reo experior: nam quamvis debitum meum persequar, nihilominus & illius negotium gero. Igitur, quod minus servaveris consequar mandati actione.

Ad §. Si hi, quorum res veniunt, quas pignori dederunt, supposuerunt emptores, & eis emendas res mandant: mandatum intelligitur: licet, quantum ad meram rationem, mandatum non consistit: nam cum rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tuæ.

Ad §. Julianus scripsit, mandati actionem consistere etiam in rem ejus, qui mandatum suscipit, ex eo maxime probari: quod si pluribus heredibus vendentibus, uni mandaveris, ut rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte, qua heres sit, obligatur mandati actione, & obligat. Et sane si ille propter hoc extraneo rem non addiderit: quod mandatum susceperat, & bona fide esse præstare ei pretium, quanti vendere poterat. Et contra, si emptor ad emptionem rei sibi necessariæ, idcirco non acceperat, quod heredi præcepisset, se ei empturum, æquissimum esse, mandati iudicio præstari, quanti ejus interfuit, emptam rem habere.

Ad §. Is, cujus bona publicata sunt, mandare alicui potest, ut ea emas: & si emerit, utilis erit mandati actio, si non præstet fidem. Quod ideo receptum est: quia publicatis bonis, quidquid postea acquiritur, non sequitur fiscum.

Ad §. Qui ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, mandatum suscipiat: nihil mandati iudicio consequi potest, propter turpitudinem mandati.

Ad §. Si tibi centum dederis, ut ea Titio dares: tuque non dederis, sed consumpseris: & mandati, & furti teneri te, Proculus ait. At si ita dederis, ut quæ velles, dares, mandati tantummodo.

Ad §. Si mandaverim servo tuo, ut, quod tibi debeam solveret meo nomine: Neratius scribit, quamvis mutuatus servus pecuniam, rationibus tuis, quasi à me receptam intulerit: tamen si nummos à creditore non ita acceperit, ut meo nomine daret, nec liberari me, nec te mandati mecum acturum: quod si sic mutuatus sit, ut pecuniam meo nomine daret, utrumque contra esse, nec referre alius quis, an idem ipse servus nomine tuo, quod pro me solvebatur acceperit. Et hoc verius est, quoniam quotiens suos nummos accepit creditor, non contingit liberatio debitori.

Ad §. Fugitivus meus, cum apud furem esset, pecuniam adquisit, & ex ea servos paravit: eosque Titius per traditio-

nom à venditore accepit. Metus ait, mandati actione me consecuturum, ut restituat mihi Titius: quia servus meus mandasse Titio videbatur, ut per traditionem acciperet: si modo rogatu servi hoc fecerit. Quod si sine voluntate ejus venditor Titio tradiderit, tunc posse me ex empto agere, ut mihi eos venditor traderet: venditoremque per conditionem à Titio repetiturum, si servos tradiderit Titio, quos non debuerit, cum debere se existimaret.

Ad §. Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius, Osilius, Labeo responderunt: his, qui præsentibus fuerunt, competere adversus eum mandati actionem: his autem, qui absentes fuerunt, negotiorum gestorum actionem esse, atquin si præsentium mandatum exsecutus, id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est: nisi forte adversus eos, qui mandaverunt curatori, tanquam si negotia absentium gesserint. Quod si cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint: in factum actio absentibus danda est in eos, qui mandaverint.

Ad §. Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit. Renuntiare autem ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi: aut si redundant in eum captio, qui suscepit mandatum. Et quidem si is, cui mandatum est, ut aliud mercaretur, mercatus non sit: neque renuntiaverit, se non empturum: idque sua non alterius culpa fecerit, mandati actione teneri eum convenit. Hoc amplius tenebitur (sicut Metus quoque scripsit) si eo tempore per fraudem renuntiaverit, cum jam recte emere non possit.

IN hac lege 22. & in l. 26. proponuntur multæ, & varix species, sive quæstiones de actione mandati. Prima hæc est: Cum pure deberem Titio 100. mandavi tibi, ut pro me apud eum in diem fidejubeas, puta Cal. proximis, te ei pro me pecuniam debitam soluturum: tu egressus mandatum non fidejussisti in diem, sed pure statim solvisti. Neque potes solum Titio condicere, quia suum recepit: neque id potes à me repetere contraria actione mandati, antequam dies venerit, in quem mandaveram tibi, ut fidejubeas. Male Accursius hoc loco ponit, quod miror, me nihil debuisse Titio: nam si nihil debui, tu quoque nihil debes, nihil obligaris. & fidejussisti inutiliter, atque adeo quasi indebiti soluti conditionem habes. Ponenda est igitur species, ut dixi ante. Inde vero mox quæritur, si cum in diem Titio 100. deberem, tu mandatu meo in eundem diem fidejusseris, & solveris tamen ante eum diem, an statim tibi sit in me actio mandati contraria, soluti recipiendi gratia: anceps quæstio, & quæ varic à prudentibus agitata est, quod in §. 1. hujus legis Paulus indicat, dum ait, item tractatum est. Sunt enim, qui dicant, statim quidem tibi in me competere actionem mandati, sed non in solidum, id est, tantum minorem, quanti mea interest superveniente die solum fuisse, id est, deducto commodo medii temporis, ita scilicet, ut si ante diem solveris 100. & commodum medii temporis, quod tu prævertisti æstimetur 10. non habeas ante diem, nisi residui puta nongentorum repetitionem, contra vero Paulus, cui, ut arbitrator, non defuerunt adtipulatores, melius esse existimat in totum differri actionem mandati in diem supervenientem. Melius hoc, inquam, esse, quam statim minorem actionem reddi deintegratam, deminutamve pro rata commodo medii temporis, quia & tu ante diem solvere non debuisti, neque compelli potuisti, l. 16. §. pen. de fidejuss. Et ideo, quod solveris ante diem, à me repetere non potes actione mandati, neque id creditori condicere quasi indebitum, quamvis id solveris ante diem per errorem facti, quia præsens obligatio fuit, & solutio tantum collata in diem, sive petitio, l. in diem, de condict. indeb. l. 51. inf. hoc tit. Priore casu, qui ponitur initio hujus legis, ad solvendum compelli potuisti, quia pure fidejussisti pro me etiam obligato pure. In quo tamen casu, si differretur actio mandati, ut dictum est; & multo magis differri debet in hoc posteriore casu, quo ante diem ad solvendum cogi non potuisti. Idque Paulus melius esse ait, utiliusque, tam fidejussori meo scilicet, ne quid de sum-

ma soluta deducatur, sed tota ei reddatur, quam etiam A mihi, quia nonnullum adhuc commodum meum est. Nonnullum, quod scilicet, facilius intelligi, quam explicari potest, ut ne facta illa deductione residuum ante diem solvam. Nonnullum est commodum, inquit, & residuum non solvere ante diem, quod mihi eripitur, si licet statim fidejussori agere mecum, deducto interfusorio medii temporis. Et ita hic §. 1. explicandus est; cui tamen vehementer oblat *lex si constante, §. quotiens, solut. matrim.* Si maritus soluto matrimonio statim satisfacere non possit mulieri de dote reddenda annua die, quod hodie est legitimum tempus reddendæ dotis, quæ in rebus mobilibus consistit, si, inquam, non possit satisfacere deducto commo- do medii temporis, statim residuam dotem repræsentare debet, nec differre actionem dotis in annum, etiamsi hoc mulier malit. Idem omnino, ut retuli ante, ut quidam cen- B sebant in specie in hoc §. proposita, deducto scilicet inter- fusorio medii temporis, statim residuam pecuniam fidejusso- ri esse repræsentandam, qui solvit ante diem: cur tamen Paulus id non admittit, ut & in illa specie §. *quotiens*, id admittitur? An ut Accursius sentit, & cum eo DD. omnes, quia ibi maritus, cum ante diem reddendæ dotis satisfacere deberet, non satisfecit: An ideo, vel habita ratione inter- furii, residuam dotem statim reddere debet, quod non sati- C fefellerit, quod non impleverit satisfactionem dotis sua die reddendæ? Hæc ratio non est idonea, quandoquidem com- munis est ratio, & locum habet in utraque specie: nam & in specie proposita in hoc §. 1. quæ non minus est bonæ fidei, quam illa. Illa est species dotis: hæc est species man- dati, utraque species est bonæ fidei. Ideo potuit à manda- tore ante diem exigere satisfactio, ut servatur in omnibus bo- næ fidei judiciis, l. 38. *pro soc. l. in omnibus, de judic.* Ergo observandum esse censeo ante dictum §. *quotiens*, Ulpian. in d. l. si constante egisse de marito inope, & egeno, quive egenus fieri periclitatur, veluti de marito filiofamilias ex- heredato à patre, à quo dos potest repeti etiam manente matrimonio, ut docuit ante §. *quotiens*: & mox de inope etiam marito Ulpianum agere in §. *quotiens*, qui soluto matrimonio de dote annua die mulieri reddenda satisfacere non potest, propter inopiam impendentem sibi, ut fre- quenter usuvenit, ne quis pro eo fidejubere velit, qui ver- git ad inopiam, l. *denuntiatio in fine, ad leg. Jul. de adult. l. 2. de custod. reor. l. 1. §. si cum duobus, de honor. coll. l. 8. §. penult. hoc tit.* quem maritum, vergentem scilicet ad ino- piam, ideo Ulpianus ait statim, non expectato anno, vel deducto commo- do medii temporis, id est, annui spatii re- D siduam dotem repræsentare debere, nec ferendam esse mulierem stultam, si dicat, magis se velle differre actionem de dote in annum, quam vel tantillum de dote remittere, & pati in repræsentatione deductionem, *de peur qu'on ne luy rogne rien.* Et hodie hoc magis usurpatur, hodie inquit. Olim enim, & in specie dotis ante diem repetendæ idem observabatur, quod in specie hoc loco proposita, pecuniæ solutæ à fidejussore repetendæ ante diem, Paulus servari melius esse censet. Verum, hodie, inquit, aliud usurpatur, quia ex utilitate mulieris magis esse visum est, marito ver- gente ad inopiam, & ob id nequeunte dotis fidejussores invenire, utilius mulieri, inquam, esse visum est, vel cum deductione modica præsentem dotis pecuniam accipere, quam dilationem pati sub incerto eventu dotis recuperandæ: omne præsens pluris fit, etiamsi quid ei detrahatur, E quam quod futurum est. Est versus Claudiani:

--- Omne futurum,

Despicitur, suadentque sui præsentia fructum.

Quia igitur in specie §. *quotiens*, maritus inops fieri peri- clitatur, ut vel argumentum non inventorum fidejusso- rum demonstrat, atque pervincit, ideo satius est mulieri deducto commo- do annui temporis, residuam dotem præ- sentem accipere. Hoc utilitas mulieris, utilitas dotis exi- git, quæ tamen utilitas in specie, de qua agitur hoc loco, ex parte fidejussoris nulla proponitur, neque enim poni- tur debitor dilabi ac divergere ad inopiam. Unde ita con- cludamus: ubi debitor in diem labitur facultatibus, si non satisfacit, utilius est creditori præsentem ab eo pecuniam

exigere, deducto commo- do medii temporis. Et permit- tendum utique id ei est, ne in damno moretur. Ubi autem debitor opum integer est, & debitori, & creditori utilius meliusque est, in diem statutum differre actionem, juxta regulam juris, quæ debiti in diem præsentem obligationem esse ait, & actionem tantum dilatam in diem, actionem non esse præsentem, §. *omnis, Instit. de verb. oblig.* A qua tamen regula est excipiendus casus inopiæ impendentis debitori, qui efficit primum, quod est in d. §. *quotiens*, ut si satisfacere non possit debitor, ante diem conveniri possit, saltem de- ducto compendio medii temporis. Deinde etiam hæc cau- sa inopiæ imminens debitori efficit id, quod specialiter & singulariter constitutum est l. 1. C. de *condict. ex lege*, ut si debitori fisci ex causa primipili, id est, ex causa, ex ad- ministracione annonæ militaris, quæ ad primipilum per- tinebat, cujus quidem annonæ præstatio dilationem non patitur, si huic debitori, ut iterum inculcem, nihil aliud supersit in bonis, unde solvat, devorato, aut exhausto pa- trimonio, nisi nomina quædam debitorum in diem, tum ut illius debitores ante diem conveniri possint, ut satisfaciat annonæ militari: ut, inquam, conveniri possint in solidum, hoc casu, etiam non deducto commo- do medii temporis. Quæ omnia summe notanda. Explicandus etiam nobis est §. *interdum*, qui sequitur. Si tuum negotium gessi mandatu tuo, mihi in te competit actio mandati, ut recu- perem quod impendi in rem tuam, vel qua alia ex justa causa. Sunt multæ causæ agendi contraria actione manda- ti, sed si meum negotium gessi mandatu tuo, nulla mihi in te competit actio, l. 2. §. *ult. l. 6. §. plane, hoc tit. l. 1. §. idem querit, depof.* Et hoc quidem verum est regulariter, ei, qui suum negotium gessit mandatu alieno, in mandatore nullam esse actionem. Interdum tamen evenire Paulus ostendit in hoc §. ut meum negotium geram principaliter, & tamen habeam in te, qui mihi mandasti, ut id gererem, mandati actionem, quia scilicet & meo negotio tuum aliquatenus admixtum fuerit. Hæc est ratio. Et hujus rei duo proponuntur exempla in hoc §. primum est hujusmo- di: Mandasti mihi, ut quod mihi debebas, id novandi causa à debitore tuo, quem mihi delegasti, stipularer tuo periculo: stipulatus sum, meum negotium gessi, meam rem, mihi cavi, l. 12. de *novat. l. 9. §. si quis, de condict. causa da- ta*, & tamen mihi in te actio mandati competit in id, quod minus à debitore tuo servare potui: in solidum, si nihil à debitore tuo servare potui, quia tu periculum nominis suscepisti, jussisti nempè, ut stipularer à debitore tuo peri- culo tuo, & ego quoque hac in re non tantum meum negotium gessi stipulando à debitore tuo, sed etiam tuum, quia te liberavi ex priore causa, ex priore obligatione, facta novatione. Ideoque nec nunc ago in te, si nihil, aut pa- rum à debitore tuo servaverim, non nunc ago in te ex priore causa, quæ novatione fuit sublata, sed ago ex causa mandati posterioris, quo tu periculum nominis in te recepisti. Neque quicquam obstat huic parti, vel sequenti *lex licet, §. ea obligatio, de procurat.* quam objicit Accursius, ubi non mirum est, si agatur ex priori causa, non ex mandato posteriore, quia ibi prior causa non fuit sublata, quod latius exposui lib. 8. Est enim illa *lex licet ex libro 8. ad edictum.* Eadem vero est ratio alterius exempli, quod proposuit Paulus in hoc §. Cum apud me pro Titio fide- jussisses, & hoc jure, quod semper obtinuit ante Justinia- num, cum mihi esset liberum te, qui fidejussisti eligere, & convenire, omisso Titio debitore principali: tu mihi manda- disti, tu me rogasti, ut Titium potius eligerem reum prin- cipalem, te dimitterem, ut cum Titio agerem, non tecum. Hoc quoque casu, quamvis agendo cum Titio mandatu tuo, meam rem egerim, meum scilicet debitum persecutus fuerim, tamen quod minus ab eo consecutus fuero, id à re repetam, non quidem ex causa fidejussoria, à qua te sequente mandato liberavi novatione facta, sed ex cau- sa sequentis mandati, quia cum te à priore causa libera- verim, ex eo satis liquet, me, & meum simul, & tuum ne- gotium gessisse, meum quidem principaliter, sed & tuum simul. Et propterea hi duo casus sunt etiam notati à Paulo in libris ad Plautium, l. 45. §. *ult. hoc tit.* qui Paulus sibi vide-

videtur placuisse in his duobus exemplis explicandis . Et hinc vero ita apparet in illa *l. 45. §. ult.* Florentiæ perpetuam esse scriptum , *Quamvis id mandatum ad tuam rem pertineat* , & rectius alios libros habere , *Quamvis id mandatum ad meam rem pertineat* , qui mandatum suscepi scilicet , tamen mihi his duobus casibus competit in mandatorum actio mandati . Sequitur *§. si hi* . Heri exposui duos casus propositos in *§. interdum legis 22.* quibus ex causa mandati à me suscepti , mihi competit actio mandati adversus mandatorem , quamvis id mandatum ad meam rem principaliter pertinuerit , non ad rem mandatoris . Quorum unus casus hic est . Si debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegarit , ut ab eo stipularer novatione facta . Alter casus hic est : Si mandatu fidejussoris , quem mihi convenire , & eligere in animo erat , cum reo principali experiar . Et circa hunc posteriorem casum movet Accursius hanc dubitationem , quæ necessario mihi explicanda est , quod is ab ea se non potuerit expedire . Mandatum consistit , si acturo mihi cum fidejussore ex stipulatu , fidejussor mandaverit , fidejussor rogaverit me , ut agerem potius cum reo principali , idque me facturum receperim , & fecerim : quare id quod minus servavero à reo principali , à fidejussore consequi possum iudicio mandati : quia egi cum reo principali mandatu fidejussoris : ergo & cum periculo ejus : quæ est sententia hujus *§.* adversus quam objicit Accursius . Imo , inquit , etiam si tale fidejussoris mandatum non intervenerit , sic legendum in Accursii glossa negate , *non intervenerit* , semper ago cum reo principali periculo fidejussoris , quia quod minus servavero à reo principali , id postea à fidejussore petere possum . Electio rei principalis non liberat fidejussorem . Quam in rem nullam legem adducit Accursius , quia id habet pro certo , atque explorato , quoniam id ita nominatim proditum est de reo principali , & mandatore in *l. reos, C. de fidejussor.* & existimavit Accursius non esse , cur hac in re separetur mandator à fidejussore : An igitur nihil proficit mihi mandatum fidejussoris in specie proposita ? an & absque illo mandato idem haberem ? Denique an est supervacuum , & inane mandatum fidejussoris ? Quod nemo dixerit . Ostende igitur , quod mihi proficiat mandatum illud fidejussoris , qui mihi mandat , ut se dimittam , & experiar cum reo principali : Et primum Accursius ait , proficere mihi mandatum fidejussoris propter præscriptionem triginta annorum , de illa enim intelligit , qua tolluntur actiones personales , quia , inquit , priori actione , id est , actione ex stipulatu , quæ in fidejussorem competit sublata præscriptione temporis , supererit mihi actio mandati ex sequente mandato , si minus à debitore principali consecutus fuero . Quam actionem mandati præscriptio temporis non tam cito sustulerit . Verum huic commento Accursii locus esse non potest : neque enim præscriptione tolli prior actio potest , id est , ex stipulatu , quæ jam sublata est novatione . Mandatum fidejussoris novat primam obligationem , efficitque ut actio ex stipulatu , qua mihi erat obstrictus fidejussor , convertatur in actionem mandati , *l. 45. in fine , inf. hoc tit.* Et præterea hujus etiam utilitatis , quæ ducitur ex præscriptione temporis , ipsemet Accursius alibi scribit rationem non esse habendam in *l. qui bis idem promittit , de verb. obligat.* Nec ea certe species utilitatis unquam hæc scribenti Paulo venit in mentem , quia necdum introducta erat illa præscriptio triginta annorum . Aliter respondet Accursius , mandatum illud fidejussoris mihi proficere ad consequenda impendia , quæ feci agendo ex mandatu ejus cum reo principali , ut *l. 27. §. impendia , inf. hoc tit.* Quod in hac specie falsum esse puto , quia agendo cum debitore principali , meum negotium gessi . Ergo impendia ad me pertinere debent , vel potius ad debitorem condemnatum , ut plerunque solet victus victori damnari impendiorum in litem factorum nomine , non ad fidejussorem . Ac præterea , ut hic Fulgositius animadvertit etiam impendiorum litis hoc loco Paulus rationem non habuit , sed sortis debitæ tantum , dum ait : Quod minus servaverit creditor à reo principali ex sorte debita , scilicet ex ære capitario , ut veteres vocabant , id eum à fi-

Tom. II. Post,

de jussore mandati iudicio consequi posse : Aliter videtur respondere Accursius , idque probante Fulgositio , quod sit utile plures actiones habere in fidejussorem , nempe ex stipulatu , & mandatu , non ut bis idem petat , & consequatur , quod bona fides non patitur , sed ut hac , vel illa actione creditori sit liberum ad suum commodum pervenire . Hoc etiam falsum est : nam , ut dixi , mandato novatur stipulatio . Ergo una tantum actio mandati creditori superest in fidejussorem , nec suppetunt duæ . Et quod Fulgositius adjicit , utiliore esse creditori actionem mandati , quæ est bonæ fidei , quæque adjicitur creditori , mandante fidejussore , ut cum reo agat , quam actionem strictam ex stipulatu , hoc etiam est falsum . Actio enim stricta , quod sæpissime docui , utilior est , quam actio bonæ fidei . Et hæc est causa contractibus bonæ fidei subjiçienda stipulationis , quia iudicis potestas in iudicio stricto nulla est : includitur enim formula certa . In iudicio bonæ fidei tota lis pendet ex arbitrio iudicis , quæ res facit sæpenumero , ut noceat nimium litigatoribus gratia , vel ambitio iudicis . Et inde etiam in *l. si vendidero , §. si Titius , de furt.* ut & ibi Græci interpretes notant , melior est conditio furtiva , quæ est stricta , quæ ceditur actori , quam actio negotiorum gestorum , quæ est bonæ fidei , quæ proprio nomine ei competit . Misissis igitur his interpretum traditionibus , utilitatem hujus mandati , de quo agimus , repetamus ex jure ipso , quod semper obtinuit ante Justinianum , id est , ante *legem ult. C. de fidejuss.* quæ lex hanc olim docet fuisse differentiam inter mandatores , & fidejussores , quod uno ex pluribus mandatoribus electo , lite cum eo contestata scilicet , cæteri non liberabantur , ut *l. amissi pignoris , §. ult. de fidejuss. l. reos, C. eod. tit.* Uno autem ex pluribus fidejussoribus electo , cæteri statim liberabantur . Et similiter , quod electo reo principali mandator non liberabatur , & contra , *d. l. reos.* At electo reo principali fidejussor liberabatur sola electione , & contra . Quæ differentia & ab ipso Paulo nominatim tradita est *2. Senten. tit. 17. in fine* , his verbis : *Electo reo principali , fidejussor , vel heres ejus liberatur , non idem in mandatoribus observatur* , inquit . Et proficisci videtur ratio differentiæ ex diversitate iudiciorum , quia mandato , qui mandavit credi pecuniam alicui , tenetur iudicio mandati , quod est bonæ fidei . Et consequenter , quod æquum bonum est , non liberari mandatorem sola electione rei principalis , antequam pecunia debita soluta sit : fidejussor autem tenetur stricto iudicio , id est , ex stipulatu : quod si electo reo principali , creditor malit stricto jure agere cum reo principali , quam cum fidejussore , eo iudicio fidejussor facilius absolvetur . Hæc cum ita sint , inde apparet perquam utile esse creditori , si eligat reum principalem mandato fidejussoris , quia creditori ex ea causa salva est in fidejussorem actio mandati , si suam à reo principali servare non possit . Et non tam electione rei principalis , quam novatione prior stipulationis causa , qua fidejussor tenebatur obstrictus sublata esse intelligitur : stipulatio scilicet versa esse intelligitur in mandatum , quod mandatum si non intervenisset , electione rei principalis fidejussor prorsus liberatus fuisset . Magna igitur est utilitas hujus mandati , quam qui ignoraverunt jus vetus , cernere non potuerunt . Nunc transeamus ad *§. si hi , quorum* .

AD *§. si hi , quorum* . Quæritur in hoc *§.* an mandatum consistat , si cum creditor meus esset , rem , quam ei oppigneravi , jure suo , ob non solutam pecuniam , sub hasta distrahturus , ut sit , ego emptorem supposuero , dato mandato , ut eam rem meam licitaretur , & mihi emeret sine cunctatione pretii , quæritur , an mandatum valeat ? Et ait quantum ad meram rationem , juris scilicet , mandatum non consistere , quia mandavi fieri , quod fieri non potest : mee enim rei nulla emptio est , *l. sua rei , de contrah. emp.* Et meas res manet , quam pigneravi : pignus non mutat dominium , *l. cum et sortis , §. ult. de pig. act.* Quamvis creditor , licet non sit pignoris dominus , alii possit rem pigneratam vendendo alienare , quia id facere videtur voluntate mea : alii , inquam , vendendo , non etiam mihi : mihi vendit inutiliter , quia rei meæ nulla emptio

G g

emptio

emptio est, mihi non alienat, quod jam meum est. Res, quæ mea est, amplius mea fieri non potest. Et ita quantum ad meram & subtilem rationem juris attinet, mandatum consistere non videtur. Verius tamen est consistere, quia etsi emptio non valeat ex mea persona, quod res sit mea; valet tamen ex persona mandatarii. At is alienatam eam rem, & acceptam, mihi mandati judicio obligatur, ut det ex fide bona. Emit igitur eam rem procurator sibi, atque ita rem suam factam, quia alienari potest à creditore, ut dixi, iudicio mandati mihi dare compelletur ex fide bona. Meram rationem vocat hoc loco τὸ ἀνελεῖς, ut Basilica habent recte, quæ dicunt hoc genus mandati valere, πᾶσι τὸ ἀνελεῖς, id est, contra meram rationem juris. Et ita M. Tul. 3. de nat. Deorum, ad finem. Vehementius, inquit, tu quidem inrectus es in meram Stoicorum rationem, nisi forte illo loco legendum est mediam Stoicorum rationem, quod ego crediderim, quia Stoici appellati sunt *Erciscundi*, id est, medium sequentes, apud Servium 3. *Æneid.* Porro ex hoc §. intelligimus, mandatum consistere in rem, quæ est propria mandatoris jure domini, videlicet, si eam sibi emi mandaverit, distrahente creditore pignoratitio.

Ad §. *Julianus*. In hoc §. intelligimus, mandatum etiam consistere in rem propriam mandatarii: videlicet, si quis ei mandaverit, ut eam rem, quæ ejus est propria, ex parte sibi emeret. Quod evenit in hac specie: pluribus heredibus facturis auctionem rerum hereditariarum, ego uni mandavi, ut certam quandam rem hereditariam, quæ mihi perquam necessaria erat, quam habet communem cum coheredibus, ac proinde, quæ ejus est propria, pro parte hereditaria mihi emeret: ut igitur rem suam pro parte mihi emeret: mandatum consistit, & utrinque nascitur actio mandati: mandataria, qui unus est ex heredibus competit actio mandati contraria, ut pretium ei reddam ex fide bona, quanti eam rem extraneo addicere potuit, quod tanti extraneus eam licitaretur, nec addixit tamen ob id, quod mandatum meum susceperat, mihi autem competit actio mandati directa, si rupta fide mandati, mandataria eam rem extraneo consentientibus coheredibus addixit: mihi, inquam, tenetur hoc casu directa mandati, ut mihi præstet quanti mea interest eam rem emptam habere, qui si ei fidem non habuissim, accessissem ipsamet ad licitationem, & mihi illam rem emissem, aut alium, qui mihi emisset allegassem. Quæ est sententia hujus §. *Julian.* Igitur in superiori §. ostenditur, rem meam alium recte emere meo mandato, ut eam postea mihi det ex fide bona. In hoc autem §. ostenditur, rem meam me alii recte emere mandatu ejus, rem scilicet meam pro parte: nam rem meam in solidum à quo emerem? Rem meam in solidum non possum emere alii, vel mihi. Rem autem meam pro parte possum alii emere, atque etiam mihi cum tota re, id est, cum partibus collegarum, *l. quod si uno, in fine, de in diem addit. l. qui negotia, quæ est Africanæ, & ad Africanum hæc quæstio latius explicata est, §. ult. & duabus sequentibus. inf. hoc tit.* In hoc autem §. *Julian.* illo loco. Quod heredi præcepisset se ei empturum, rectius vulgo omnino, quod heres, id est, unus ex heredibus, recepisset se ei empturum, id est, mandatori: mandataria enim non præcipimus, *l. 5. sup. h. t.* His addamus etiam interpretationem §. *is, cujus bona.*

Ad §. *Is, cujus*. Hoc loco docet Paulus, mandatum consistere, si is, cujus bona confiscata sunt, fisco ea distrahente, mandet alicui, ut ea emat, & præstet sibi. Quo genere non mandavit sua bona sibi emi: quod si fecisset, etiam ea res mandato impedimento non esset, ut habuimus *sup. in §. si hi, quorum*, sed bona, quæ mando mihi, fisco distrahente, emi, bona mea esse desierant publicatione ipso jure, *l. act. §. pub. pro soc.* Ideo autem ratum est hoc genus mandati, si bona mea, quæ publicata sunt, quæ publicatione etiam desierunt esse mea, fisco distrahente, mandem alicui, ut mihi redimat, quia post publicationem bonorum, non prohibeor alia bona acquirere, & quæ postea acquiri, fisco non sequuntur. Quod ita procedit, & omnino ita intelligendus est hic §. si bona publicata sunt sine capitis deminutione,

salvo statu homine confiscato, ut puta, si relegatus fuerit in insulam, quod quandoque fit publicatis bonis, quo genere capite non minuitur, retinet civitatem, libertatem, familiam, ergo capite non minuitur, & quæ postea acquirit, sibi habet, nec pertinent ad fisco ullo modo. Atque ita nominatim proditum est in *l. 7. §. ult. de bon. damn.* in *l. integra*, quæ extat in Basil. & restituta est. Ex quibus jam pridem ostendi duos titulos esse mutilos in Digestis (quod nemo unquam existimavit) *tit. de bon. damnat. & tit. de interd. & relegatis*. In *tit. de bonis damnat.* lex 7. manca est, & desiderantur etiam 4. sequentes. Manca est maxime à §. ult. in quo nominatim Martianus docuit post relegationem, & publicationem bonorum acquisita bona fisco non sequi. Et idem proculdubio est, si quæ merces improfessæ, non professæ, uti oportuit apud publicanos fraudandi vectigalis causa, ob eam rem fisco commissæ sint, ut scilicet vendente fisco, possim aliis mandare, ut eas mihi redimat, *l. eodem ferro, §. eam, de publ.* quam hic citat Accurs. Idem etiam potest dici de bonis debitoris fisci, quæ debiti causa fisco occupavit, *l. pen. §. ult. C. de bon. damn.* Verum quod attinet ad bona quæ sita post publicationem bonorum, si quæritur, an fisco sequantur, an publicentur, an post quæ sita etiam publicentur, ita distinguendum est: Aut publicatus quis est, sive confiscatus (sic enim loquuntur) sine capitis deminutione, veluti relegatus, & bona postea quæ sita fisco non consequuntur, nec si relegatus moriatur, sed sequuntur heredem ejus: Aut confiscatus quis est cum capitis deminutione, ut si deportatus fuerit in insulam publicatis bonis, quod fit semper (relegati bona non semper publicantur: at deportati bona semper publicantur, imo semper tacite publicata intelliguntur) deportatus capite minuitur, quia amittit civitatem, & bona, quæ post deportationem acquisivit, eo defuncto fisco sequuntur, quia alium, quam fisco heredem habere non potest, cum sit peregrinus, non civis. Et id de deportato est nominatim scriptum in *l. 2. C. de bon. proscript.* hic §. *is, cujus* non loquitur de deportato, sed de publicato, sive confiscato. Potest quis confiscari citra deportationem. Ergo si quis committat hunc §. *is, cujus* cum illa *l. 2. C. ne dicas quicquam eorum*, respondeatve quæ hoc loco tradit Accursius, sed dicas hoc modo, & dices liquido. Lex 2. de deportato loquitur, & ait, post deportationem quæ sita bona mortuo deportato fisco sequi. Recte: hic autem §. *is, cujus bona* non loquitur de deportato, sed de confiscato integro statu, veluti relegato in insulam, cujus bona, quæ post condemnationem acquisivit, fisco nunquam sequuntur. Non est omittendum deportato, qui post deportationem bona quædam acquisivit, quamdiu is vivit, non invideri usum, & fructum eorum: Denique eo tantum mortuo ea fisco sequi, quod etiam ostendit *l. 15. de inerd. & relegatis*, quæ est etiam ex iis, quæ in illo titulo ante Basilica desiderabantur. Sequitur §. *qui ædem*.

Ad §. *Qui ædem*. Quod sequitur in *l. 2. §. qui ædem sacram*, apertissimum est, rei turpis mandatum nullum est. Et ideo, si quis mihi mandaverit ædem sacram spoliandam, vel hominem vulnerandum, aut occidendum, & aliquid in hoc facinus impenderit, vel propter hoc facinus, actionem mandati mihi in mandatorem nullam esse: mandatum est contractus bonæ fidei, bona autem fides honesti comes, non inhonesti. Nam & in stricta judicia certum est rem turpem non deduci, neque venire.

Ad §. *Si tibi centum*. Sequitur in §. *si tibi centum*, cum actione mandati directa aliquando concurrere actionem furti pœnalem, ut si tibi centum dedi, quæ Titio dares, nec ea Titio dederis, teneris mihi actione mandati, ut ea centum reddas, & hoc amplius quanti mea interest, Titio forte creditori meo centum data soluta esse, ut *l. 12. §. dedi h. t.* Et insuper teneris mihi actione furti in duplum, quia pecunia mea abusus es contra voluntatem meam, *l. 7. C. de furt.* nec altera actio per alteram tollitur, quia nec idem utraque persequitur, sed altera rem ipsam, altera pœnam. Et ita evenit saepe, ut etiam actio furti concurrat cum actione neg. gest. & commo-

modati, & depositi, & tutelæ, & pro socio, cum omnibus A
 iudiciis bonæ fidei, ne dum cum strictis, l. 45. & 46. tit. seq. l.
 si sacculum, tit. proximo sup. l. 3. C. eod. l. si servus, sup. commod.
 At ut subjicit Paulus in hoc §. si tibi centum dederim, dedi,
 ut quæ velles Titio dares. Sic recte Florentini, quæ velles,
 non cui velles. Et Basilica similiter *of ad v. ore, quæcumque*. Si,
 inquam, tibi dedi 100. ut quæcumque velles Titio dares, in
 arbitrio tuo posuisse videor, ut vel dares Titio, vel non da-
 res. Itaque sive omnino Titio ea 100. non dederis, sive
 partem dederis, partem non dederis, ad ea tantum repe-
 tenda, quæ non dedisti, mihi superest actio mandati, non
 actio furti, quia furtum mihi fecisse non videris, qui rem
 omnem feceram tui arbitrii. Hæc est sententia hujus §. Et
 quod ad concursum attinet furti, & mandati actionis,
 quem priore casu Paulus admittit, perperam objicitur l. 1.
 C. de fur. in qua hic concursus harum actionum non ad-
 mittitur, quia longe ab hoc casu diversus est casus illius le-
 gis: ibi enim mandatu servi quidam pecunia domini, non
 pecunia peculiari prædia emit, sciens servum non habere vo-
 luntatem domini, non voluntate domini eam pecuniam ero-
 gari in emptionem prædiorum: quem eo nomine lex ait,
 domino teneri actione furti, quod ejus pecuniam contre-
 traverit invito domino, videlicet, si dominus servi manda-
 tum ratum nob habeat, sed si ratum habeat, teneri eum
 duntaxat actione mandati, ut prædia, quæ emit pecunia
 domini, domino præstet. Hic vero longe alia ponitur spe-
 cies, procuratorem nempe pecuniam accipientem à do-
 mino, ut eam L. Titio numeraret, si ea abutatur, & consu-
 mat in suos usus, nec L. Titio numeret, ut rogatus est, &
 mandati fidem violare, & furtum pecuniæ facere. Idcirco
 utroque iudicio teneri. Et diversitas casuum in eo consi-
 stit, quod in specie l. 1. C. de fur. mandatum servi impletum
 est, emptis prædiis pecunia domini, quod si probat domi-
 nus, & ratum facit, nullum residet furti crimen. In specie
 autem hujus §. mandatum non est impletum, quod & in
 illa specie legis primæ, si non esset expletum, ob eam cau-
 sam sane concurreret etiam actio furti cum actione man-
 dati, domino approbante mandatum servi. Et ita hæc ex-
 plicanda sunt.

AD §. Si mandaverim. Hujus §. sensum reddere facilem,
 quamvis sit difficile, id tamen conabor præstare. Ser-
 vum tuum actorem rerum tuarum rogavi, ut quod tibi de-
 beo, tibi solveret meo nomine, sumpta ab alio pecunia mu-
 tua, quod se facturum recepit. Et mox pecuniam mutuatus,
 rationibus tuis, super quas positus erat, intulit pecuniam,
 quam mutuatus erat, quasi à me sibi solutam: servo actori
 quod domino debetur solvitur recte, l. solutam, de solution. Ve-
 rum non ideo minus quæritur hoc loco, an ego à te sim li-
 beratus, & an tibi competat in me actio mandati ob id, quod
 meo mandatu servus tuus pecuniam mutuam sumpserit:
 an, inquam, tibi competat in me actio mandati, ut, quod
 recte Azo ait, te liberem ab actione mutui de peculio,
 quia creditor teneris, qui mutuam servo tuo pecuniam
 dedit. Hæc est quæstio hujus §. quam ut definiat Paulus ita
 distinguit: Aut à creditore pecuniam servus tuus accepit
 tuo nomine, ut scilicet eam tibi solveret pro me, aut non
 eam accepit in eum finem, sed in aliam rem quamcumque.
 Hoc casu, id est, si servus tuus pecuniam mutuam non ac-
 cepit, ut tibi eam meo nomine solveret, & solverit eam
 tamen tibi, aut rationibus tuis intulerit, quod idem est,
 ego non liberor, quia servus eam pecuniam tibi statim
 acquisivit, nec potuit tuam pecuniam tibi solvendo me
 liberare. Ratio est verissima: ego etiam tibi non teneor
 actione mandati, ut te liberem ab actione de peculio, quia
 creditori teneris ex contractu mutui, quod ab eo creditore
 servus accepit sibi, quia meum negot. gest. non est, quan-
 doquidem liberatus non sum ab obligatione, qua tibi sum
 adstrictus. Illo autem casu, id est, si à creditore mandatu
 meo servus tuus pecuniam mutuam accepit tuo nomine,
 ut scilicet eam tibi pro me, vel quod idem est, meo no-
 mine solveret, & solverit, ego liberor; quia pecunia à me
 profecta videtur, quia mea pecunia tibi soluta videtur, l.
 si paterfam. §. 1. ad Sc. Macedon. Et consequenter, quia ego
 Tom. II. Post.

liberor, quia pecunia à me profecta videtur, quasi meo
 negotio gesto, tibi teneor, ut te liberem ab actione mutui
 de peculio, pecunia soluta creditori: & subjicit Paulus, non
 referre, alius quis, an idem ipse servus nomine tuo, quod pro
 me solvebatur, acceperit. Quæ verba sunt adeo obscura, ut
 non intelligantur ab interpretibus. Sensus hic est. Servo tuo
 mandatum dedi, mandavi, ut mutuam pecuniam sumeret
 tuo nomine, id est, ut eam tibi mox pro me solveret: is
 mandatum meum secutus à L. Titio mutuam pecuniam
 tuo nomine rogavit, quam tibi scilicet solveret meo no-
 mine, qui eam tibi debeo. Nihil refert, inquit, eam pecu-
 niam à L. Titio creditore ipsemet servus acceperit, qui
 mutuam rogavit, an aliquis eam à L. Titio acceperit, si
 modo in hoc acceperit, ut continuo ea pro me tibi solve-
 retur. Hoc enim sufficit, ut ego tibi soluta pecunia liberer,
 quia mea pecunia fuisse videtur, quæ pro me data est, ut
 tibi creditori meo solveretur. Imo & ego eam tibi solvisse
 videor, l. qui mandat solvi, ipse solvere videtur, de sol. Proin-
 de, quia ego liberor scilicet, & tu in me habebis actionem
 mandati, ut te liberem ab actione mutui de peculio, quia
 pecunia illa mutua liberavit me obligatione, qua tibi de-
 vincus eram. Nihil est apertius. Sequitur alia species in
 §. fugitivus.

AD §. Fugitivus. Fugitivus, inquit, meus, cum apud fu-
 rem esset: furem vocat eum, qui fugitivum caelat, l. 1. in
 principio, de fugitivis. Quamobrem & ex Sabino Jurisconsul-
 to Gellius refert l. 1. c. 8. furem esse hominis judicatum, eum,
 qui, cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obrenta
 togæ tanquam se amiciens ne à domino videretur, obstitit:
 nam & hoc genere caelatur fugitivus. Cum igitur, & hæc
 est species hujus §. fugitivus servus meus esset apud furem,
 pecuniam quaerivit, pecuniam corrasit aliunde, & ex ea
 servos comparavit, eosque Titius voluntate, sive rogatu
 servi, sibi tradidit à venditore accepit. Titius tertius qui-
 dam, ut glossa ait recte. Ex pecunia igitur quaerita apud fu-
 rem fugitivus servos emit, qui Titio traditi sunt à vendito-
 re, voluntate vel rogatu ipsius servi: Titius mihi tenetur
 actione mandati, quasi quaerita mihi per fugitivum servum
 meum, ut scilicet eos servos præstet mihi, quia fugitivus
 meus Titio mandasse intelligitur, ut eos servos à venditore
 per traditionem acciperet. Et sicut nihil interest, venditor
 tradat, an alius voluntate venditoris, §. per traditionem,
 Inst. de rer. divis. ita nihil interest emptori tradatur, an
 alii voluntate emptoris. Sed si (qui est alius casus) sine
 voluntate fugitivi servi mei, qui eos servos emerat, vendi-
 tor eos Titio tradiderit, venditor mihi tenetur actione ex
 empto, quasi quaerita mihi per fugitivum servum meum,
 ut oblato pretio convento servos venditor mihi tradat,
 quos tamen si forte venditor per errorem Titio tradide-
 rit, quem forte existimabat habere mandatum à servo,
 ipse poterit proculdubio à Titio repetere per condictionem
 indebiti. Cæterum mihi hoc casu quaerita est per fu-
 gitivum servum meum actio ex empto, non actio man-
 dati, quia nullum servi mandatum intercessit de re traden-
 da Titio. Denique est male tradita Titio, & integra mihi
 est in venditorem actio ex empto. Retro tamen vendi-
 tori errore cognito, integra etiam erit conditio indebiti.
 Et ita quoque in specie l. cum fundus, §. 1. de reb. cred. quam
 valde illustrat species hujus §. Si servus meus, quem tu
 bona fide possidebas, hominem emerit ex peculio ad me
 pertinente, non ad te, & is homo, quem emit, tibi traditus
 sit per errorem, cum venditor existimaret, te esse domi-
 num emptoris, id est, servi, qui emit hominem, hoc etiam
 casu venditor tenetur mihi actione ex empto, ut hominem
 tradat, quæ actio mihi quaerita est per servum meum, quia
 hominem emit de peculio ad me pertinente. Venditor au-
 tem adversus te habet condictionem indebiti. Duæ sunt
 species, in quibus idem jus obtinet. Et nihil est præterea
 in §. fugitivus. Restant adhuc duo §. pen. & ult.

AD §. pen. Illud ad §. pen. præcipue adnotandum est; Bonis
 debitoris, qui decoxit, & foro cessit, distrahendis sub ha-
 sta (distractio enim proprie dicitur de hasta) curatorem con-
 stitui

stitui solere, vel à prætorè ex consensu majoris partis creditorum, l. 2. de curat. bon. dando, vel sine prætorè, privato consilio creditorum omnium, majorisve partis, ut l. ult. eod. tit. Et hoc quidem modo, si præsentès creditores absentibus aliis quibusdam curatorem creaverint, & curator contemplatione omnium creditorum tam præsentium, quam absentium venditionem bonorum fecerit, quæritur, quæ actione ab eo creditores consequi possint pro rata parte sui cujusque debiti pretia, quæ ex venditione bonorum contraxerit, sive redegerit: Et ex veterum sententia docet Paulus in §. pen. iis quidem, quibus præsentibus, & mandantibus curator factus est, peracta venditione bonorum adversus curatorem competere actionem mandati, ut præstentur pretia, quæ ex venditione contraxerit pro rata parte sui cujusque debiti, ut dixi, quia præsentès, qui hunc curatorem fecerunt, mandasse ei videntur, ut venditionem bonorum faceret: absentibus autem creditoribus, qui idem mandasse curatori videri non possunt, non mandati, sed negotiorum gestorum actionem competere. Et hoc, ut dixi, si curator omnium creditorum contemplatione ad venditionem bonorum accessit, si omnium creditorum negotium gerere in animo habuerit: Nam si præsentium tantum creditorum, qui mandaverunt, tantum intuitus sit, si præsentium tantum amicitia ductus, hoc negotii administraverit, nullam, ut ait, in eum absentes actionem habent, quorum negotium non gessit. Quod etiam probat d. lex ult. quam frustra tamen huic §. objicit Accursius, dum scilicet ea lex ait, si præsentès creditores elegerint curatorem unum, per quem bona debitoris distraberent, & mox emergerit alius creditor, qui ignorabatur, huic adversus curatorem si bona vendiderit, nullam actionem esse, sed prævenire hunc debere, & bona debitoris una cum curatore vendere: ut subjicit in ea l. Consentit ergo illa lex ult. cum hoc §. omnino. Stet igitur hæc sententia: Si curator, cui præsentès mandaverunt venditionem bonorum debitoris, mandatum duntaxat eorum intuitus sit, absentes neque mandati, neque negotiorum gestorum cum illo actionem habere. At rursus quæritur, an hoc casu, si absentibus nulla in curatorem competit actio, saltem absentes in præsentès, qui mandaverunt, agere possunt, ut pro debiti sui portione rata recipiant, quod ex venditione bonorum redactum est? Et si quidem, ut Paulus docet, præsentès in eligendo, & creando curatore, & mandanda distractione bonorum debitoris, etiam absentium creditorum, quorum non erant ignari, negotium gerere instituerint, proculdubio absentibus eo nomine tenentur directa actione negotiorum gestorum: sin vero suum tantum præsentès in ea re negotium gesserunt, puta cum existimarent se solos esse creditores, nec quicquam de absentibus cogitarent, tum absentibus tenentur actione in factum, inquit, id est, utili actione negotiorum gestorum. Ut sit directa negotiorum gestorum actio necesse est, ut animus gestoris fuerit, meum gerere negotium, & ut re quoque ipsa meum negotium gesserit. Ut autem sit utilis actio negotiorum gestorum, meum negotium gessisse re ipsa, gesto ipso satis est. Quæ est sententia hujus §. Neque huic postremæ parti hujus §. quicquam obstat l. 6. §. si quis ita, de neg. gest. quam opponit Accursius. Cujus §. sententia hæc est: Mandavi L. Titio, ut meum negotium gereret, quod arbitraber in totum esse meum, cum esset mihi tecum commune. Et ait, Si L. Titius sciens tecum esse commune negotium, tuum etiam negotium gesserit, si eo animo fecerit, ut & meum, qui mandavi, & tuum negotium gereret, eum tibi teneri actione negotiorum gestorum. Quomodo etiam intelligenda est lex 14. eod. tit. Maritus mandavit L. Titio, ut suum negotium gereret, quod ei erat commune cum uxore. L. Titius & mariti, & uxoris negotium commune gessit: Sciens igitur id esse commune, idcirco mulieri merito tenetur actione negotiorum gest. Hoc vero cum hoc §. nihil pugnat. Cajus, Sejus, Mævius creato curatore bonorum debitoris nostri, ei mandavimus, ut ejus bona distraberet existimantes, nos solos esse creditores, cum & alii quidem absentes creditores essent: si curatori scienti etiam absentium negotium gerere animus fuerit, non negat hic §. cum absentibus, & vicissim absentes ei te-

neri actione negot. gest. sed si negotium se tantum præsentium gerere existimaverit, si in eodem errore versatus fuerit, eademve ignoratione, hoc casu ait, absentes in curatorem quidem, qui de absentibus nihil cogitavit, de quibus nec præsentès quicquam cogitaverunt, nullam habere actionem, quod & d. lex ult. confirmat, sed in præsentès, qui mandaverunt, habere utilem, sive in factum neg. gest. actionem, in quantum locupletiores facti sunt pro partibus ad absentes pertinentibus, neque enim æquum est, ut id lucrerentur: datur absentibus in præsentès creditores actio in factum, id est, utilis negotiorum gestorum: quia re ipsa & absentium quoque negotium gestum est: actio in factum, id est, utilis negotiorum gestorum, ut in l. 12. §. si filiosfamil. 21. h. s. Actio in factum, id est, utilis mandati. Omnis actio in factum est utilis, l. in factum, de obl. & act.

Ad §. Vlt. In §. ult. quod Paulus scripsit in libro 29. sup. voluntatis esse mandatum suscipere, aut non suscipere, necessitatis susceptum consummare, in hoc, inquam, libro, & s. idem repetit: sicut, inquit, liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummare necessarium est. Sed addit exceptionem, nisi renuntiatum sit, quod fit si mandatori mandatarius quamprimum causa adhuc integra renuntiaverit, quum adhuc scilicet est integrum mandatori illud negotium per se, vel per alium explicare commode: si, inquam, re integra ei renuntiaverit, se illud negotium non explicaturum, se illud negotium explicare non posse: aut, si, inquit, redundet in eum captio, qui suscepit mandatum, sic loquitur Paulus, ut formulæ exceptionem concipi solent, hoc sensu: aut, si quamprimum, & opportune id mandatori mandatarius non renuntiavit, redundet omne damnus, omnis captio, id est, omne damnus, omnis fraus, ad eum, qui mandatum suscepit. Etenim si cum ei mandatum esset, ut rem aliquam emeret, quæ venalis erat, dolo, vel culpa sua sine justa causa non renuntiaverit mandatori, se eam non empturum, & emerit eam alius, cui ille forte, vel pecunia accepta, vel gratia ductus, cessit, in l. 8. §. ult. h. s. vel etiam, si mandatori per fraudem intempestive renuntiaverit, cum jam mandator eam rem per se, vel per alium recte emere, id est, vili, aut justo pretio emere non posset, licitationibus aliorum supra modum adaucto pretio: eo nomine mandatarius tenetur mandatori actione mandati in id, quod interest: priore casu, quod dolo, aut culpa sua in tempore non renuntiaverit se non empturum: posteriore casu, quod id tardius renuntiaverit supra modum adaucto pretio rei, ut jam non possit per se, vel per alium eam rem mandator bene emere. Recte autem bene emere, est minore pretio emere: ut contra male emere, aut immenso emere pretio, pretio pretioso: male conducere in Amphitrione Plauti eodem sensu. Justæ autem causæ omittendi, & renuntiandi mandati de re integra eæ enumerantur in l. 23. & 24. adversa, & subita valetudo mandatarii, & inimicitia capitalis, quæ inter eum, & mandatorem forte fortuita exorta sit, & si actiones, quæ mandatæ sunt, inanes sunt propter inopiam debitorum, l. pen. de cond. causa data, l. 6. de dol. mal. Addit etiam Paulus aliam causam lib. 2. sent. tit. de mandatis: necessariam peregrinitatem, ut si mandatario necesse sit aliquo proficisci peregre Reip. causa.

Ad L. XXVI. eod. Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est. Nam mandatum solvitur morte, si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Julianus quoque scripsit, mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.

Ad §. Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret, & debitor mortuo eo, cum id ignoraret, solverit, liberari eum oportet.

Ad §. Abesse intelligitur pecunia fidejussori, etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori: licet is solvendo non fuerit, qui bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.

Ad §. Si is, qui fidejussori donare videt, creditorem ejus habeat debitorem suum, eumque liberaverit: continuo ager fidejussor mandati: quatenus nihil interfuit, utrum nummos solverit creditori, an eum liberaverit.

Ad

Ad §. Præterea sciendam est, non plus fidejussorem consequi debere mandati iudicio, quam quod solverit.

Ad §. Mandatu tuo fideiussi in decem, & procuratori creditoris solvi. Si verus procurator fuit, statim mandati agam. Quod si procurator non est, repetam ab eo.

Ad §. Non omnia, quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit: veluti, quod spoliatus sit à latronibus, aut naufragio res amiserit: vel languore suo, suorumque adprehensus quædam erogaverit: nam hoc magis casibus, quam mandato imputari oportet.

Ad §. Sed cum servus, quem mandatu meo emeris, furtum tibi fecisset: Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxæ dedatur: si tamen sine culpa tua id acciderit. Quod si ego scissem talem esse servum, nec prædixissem, ut possis præcavere: tunc quanti sua interfit, tantum tibi præstari oportet.

Ad §. Faber mandatu amici sui emit servum decem, & fabricam doem: deinde vendidit eum viginii, quos mandati iudicio coactus est solvere: mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est. Mela ait, non præstaturum id ei mandatorum: nisi, posteaquam emisset, sine dolo malo eius hoc vitium habere cæperit servus. Sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim, & mercedem, & cibaria consecuturum: nisi si, ut gratis doceret, rogatus sit.

ET idem Paulus ex hoc ipso lib. 32. in l. 26. ad quam transeo, adjicit aliam causam justam omittendi mandati, & vero necessariam, mortem mandatoris: Quia morte mandatoris solvitur mandatum re integra, sicut & mandatarii morte, negotio nondum inchoato, l. ult. de solut. l. mandatum, C. mand. Quod etiam obtinet in mandato jurisdictionis. Mandata jurisdictionis finitur morte mandantis, quæ contigerit re integra l. 6. de jurisd. Re, inquam, integra: nam vivo mandatore inchoatum negotium, etiam si mox mandatoris mors supervenerit, deferri, vel dimitti non potest, l. nulla, C. de procur. Quam legem Symmachus intelligit i. Epist. 18. dum ait, venerabilis Juliani sanctio: est enim illa lex Juliani Imper. stare procuratorum iussu officia dominis viventibus inchoata. Re autem integra morte mandantis solvitur mandatum: morte, inquam, naturali, vel civili, in l. cum quis, de solut. l. post litem, de procur. nisi scilicet, hoc enim semper excipiendum est, mandatum sit factum in rem mandatarii, ut si mandata ei sit actio, quam emit, vel actio, quæ ei donata est, quo genere est mandatarii, sive procurator in rem suam, nomine scilicet ei vendito, vel donato, quod mandatum non finitur morte mandatoris, l. 1. C. de oblig. & action. l. illam, C. de donation. Sic igitur dicamus plenius: mandatum in rem mandatoris, morte mandatoris naturali, vel civili, re integra dissolvitur: & negotium susceptum, necdum inchoatum mandatarii omittit debet, cognita morte mandatoris. Sed, ut subjicit Paulus in hac l. 26. si forte ignorans mandatarii mortem mandatoris, negotium mandatum explicaverit, ei succurritur data actione mandati in heredem mandatoris, si quid impenderit in illud negotium. Et hoc est, quod dicitur, morte quidem solvi mandatum: sed non solvi actionem mandati, vel obligationem, l. si præcedente, inf. h. t. Eademque ratione, si debitori meo mandavero, ut pecuniam mihi debitam Titio solveret, & post mortem meam, cum id ignoraret, solverit Titio, proculdubio liberatur, l. ejus, qui in provincia, de reb. cred. Hæc sententia utilitatis causa recepta est, quæ mater dicitur esse æqui, & boni, ne cui iusta, & probabilis ignorantia noceat, si sciens mortuum esse mandatorem, negotium mandatum inchoaverit, & aliquid in id impenderit, id sibi imputet.

AD §. Abesse. Sequitur in §. abesse hujus l. fidejussori, qui solutionis vice ei, apud quem fideiussit pro alio, debitorem suum delegaverit, si ei promitteret stipulanti, se soluturum novatione facta, statim competere actionem mandati, perinde atque si pecuniam solvisset adversus reum principalem, quia delegatio pro solutione habetur. Solvere videtur, qui creditori suo debitorem suum delegat. Nec quicquam refert, si is debitor, quem delegavit sol-

vendo non sit. Nam sicut dicitur hereditas esse solvendo, quamvis non sit solvendo, quæ invenit heredem, qui eam adierit, l. libertus, qui solvendo, de bon. libertor. ita debitor solvendo videtur esse, quem delegatum creditor admisit. Et eleganter, inquit, bonum nomen facit creditor, qui admittit, qui recipit debitorem delegatum, quamvis non sit bonum, quamvis sit pessimum nomen. Et hoc ita procedit, nisi periculo suo fidejussor debitorem suum delegaverit, ut l. 22. §. interdum, sup. h. t. l. 45. §. ult. inf. Quia tunc delegatio pro solutione non habetur: neque enim dum liberatur fidejussor, quia fieri potest, ut creditor à debitore delegato nihil recipiat, quo casu ei regressus est adversus fidejussorem. Item, quæ est alia exceptio, nisi creditor deceptus per ignorantiam fuerit: non dico per dolum delegantis, sed per ignorantiam, per errorem, quia existimavit bonum esse nomen, quod erat malum, quod ei delegabatur. Nam & hoc casu æquum est, ne delegatio liberet delegantem: æquum est, ut sit creditori integra actio adversus delegantem, quod per errorem existimaverit, locupletem debitorem sibi delegari, qui egenus erat. Et hoc confirmatur l. si cum doctem, §. si mulier, sol. matrim. & l. promittendo, §. si à debitore, de jure dot. quæ non abs re ait, tunc bonum videri nomen esse, quod admisit creditor sibi delegatum, sciens quale esset nomen. Ignoranti etiam subveniri æquum est.

AD §. Si is, qui fidejussori. Quæ restant in l. 22. jam absolutam, & expediam. Didicimus ex §. abesse, solvisse videri fidejussorem, qui creditori, apud quem fideiussit pro alio, delegavit debitorem suum, ut novatione facta obligationis, is ab eo stipularetur sibi dari, & stipulatus fuerit, quamvis debitor ille solvendo non sit, si modo creditor sciverit, aut (quod idem est semper in jure) scire potuerit, vel debuerit, facultates delegati debitoris: nam erranti, & ignoranti ex justa causa subveniri æquum est, restituta præterea actione adversus fidejussorem. Quod satis abundeque pervincunt duæ leges, quæ in eam rem attuli nudius tertius, l. promittendo, §. si à debitore, de jure dot. & l. si cum doctem, §. si mulier, soluto mari. Et omnino res hæc dirimi debet facta differentia, & distinctione inter scientem, & ignorantem creditorem, modo justa fuerit ignorantia, non crassa, non supina, quia crassa ignorantia pro scientia habetur semper in jure. Post §. abesse, statim in §. si is, qui, ostenditur, solvisse etiam videri fidejussorem, si creditor, apud quem fideiussit, quanta pecunia ei debetur, tantum debeat L. Titio, quam L. Titius ei acceptam faciat, dum vult donare, non ei quidem, non reo principali, sed fidejussori amico suo: quia nihil interest solverit pecuniam, & numeraverit pro fidejussore, an creditorem, cui fidejussor obligatus est, pari obligatione, & pecunia liberaverit in gratiam fidejussoris. Et ideo perinde atque si pro fidejussore solvisset re ipsa, ut l. 12. §. 1. h. t. fidejussor consertim agere potest actione mandati adversus reum principalem, cujus mandatu fideiussit, ut ab eo recipiat id, quo is à creditore liberatus est. Quæ est sententia §. si is, qui, cui nihil obstat, quod est in principio dictæ l. 12. si creditor donandi animo fidejussori remisit obligationem, fidejussorem non habere mandati actionem adversus reum principalem. Hoc enim ideo, quia fidejussor non potest videri solvisse debitum, quod ei donationis causa creditor remisit, alioquin non esset donatio. Et in specie hujus §. solvisse videtur id, quo vel ipse, vel alius pro ipso liberavit creditorem. Hoc enim casu creditor liberationem consequitur, & quanta pecunia liberatur, tantam capere videtur, l. 2. de calumn. In illo autem casu l. 12. in principio, creditor, qui fidejussorem donandi causa liberavit, nihil plane consequitur, nihil capit: ergo nec fidejussor quicquam ei dedisse videtur. Non obstat etiam, quæ posset objici lex in rem, §. 1. de compensat. ex qua intelligimus non cogi creditorem, qui cum debitore suo agit, compensare quod alii, quam debitori, quo cum agit, debet: etiamsi id velit ille, cui debet, forte habens voluntatem donandi ei, cum quo creditor illius, & debitor suus agit. Et sane ita est: compensatio enim est mutui debiti actoris, & rei collatio, sive contributio. Mutuum autem non est debitum actoris, & rei, quod conferri, & contribui possit, si actor nihil vicissim debet

reco, sed alii, cum quo non agit, quo tamen volente, si compensatio admittatur, si agens cum debitore suo, vel fidejussore ejus ultro compensaverit, cogi non potest, quod alii, cum quo agit, non debuit, proculdubio fidejussor solvissse videbitur, & habebit actionem mandati in reum principalem. Denique ita hæc omnia concludi possunt: delegatio debitoris etiam non idonei, si creditor scivit, aut scire potuit, vel debuit facultates delegati debitoris, pro solutione habetur, ut *§. abesse, sup.* Item liberatio debitoris, quam creditor fecerit contemplatione debitoris sui, cui donatum volebat, etiam pro solutione habetur, ut in *§. si is, qui.* Adde compensationem ejus, quod alii creditor debet, quam debitori, cum quo agit, si eam admiserit creditor voluntate sui debitoris, pro solutione haberi, quod dixi paulo ante ad *l. in rem, §. 1.* Proinde nihil refert, solverit quis pro me, an vice mea se obligaverit creditori meo, novatione facta, an mei gratia liberaverit creditorem meum, eundemque debitorem suam, an cum mecum ageretur, pro me compensaverit volenti actori quod ei actor debuit. Nam his omnibus casibus ego solvissse videor, & si fidejussor fuerim, continuo regressum habeo adversus reum principalem per actionem mandati, ut id, quod solvissse videor, ab eo recipiam, ita tamen, ut non plus recipiam quam solvi, aut solvissse videor, quod statim subjicitur in *§. præterea.* Itaque, ut quod ait *§. præterea* accommodemus ad superiora duo exempla fictitiæ solutionis: si fidejussorem in 100. & debitor, quem delegavi creditori, debuerit mihi octoginta tantum: vel si creditor, apud quem fidejussi in 100. alii debuerit 80. sicut si 80. tantum re ipsa solvisssem, etiam amplius à reo principali consequi non possum. Nihil autem interest, ut statim sequitur in *§. mandato*, creditore solverim, an creditore vero procuratori, *l. vero, de solut.* Nam si vero procuratori solverim, statim mandati agam: non item, si non vero procuratori, si falso procuratori, sed adversus falsum procuratorem, cui solvi, agam vel conditione indebiti, vel conditione ob rem dati, vel conditione furtiva, secundum distinctiones propositas in *l. si procuratori, de condit. ob causam, & l. falsus, §. 1. & l. si vendidero, §. si Titius, de furt.*

Ad *§. Non omnia, & §. penult.* Sequitur in *§. penult.* mandatarius non omnia actione mandati contraria recuperare impendia, quæ fecit in administratione negotii alieni, quæ alioquin facturus non erat, nisi si qua naufragio, ut ait, dum peregre proficiscitur alieni negotii causa, quod suscepit, aut prædonum incursum amiserit, aut si qua interim, dum administrat alienum negotium consumpserit in morbo suo, vel suorum. Nam hæc impendia, sive damna, casibus adversis, & majoribus magis, quam mandato negotio imputari oportet, nec ea facta sunt exequendi mandati causa, sed extra mandati causam contigit ut fierent. Quo exemplo etiam Doctores statuunt, si quis pro propria sua legatione suscepta ad principem in itinere à latronibus spoliatus fuerit, hujus rei damnum patriæ suæ imputari non posse, quia accidit extra mandati causam, & non mandato proxime imputari potest, sed casui, & vi majori, eventui fortuito, qui & forte ei evenisset, rem suam, non alienam agentis. Et Joanni Andrea, Doctore juris canonici Bononiensi, quem ad Pontificem maximum, tum Avenione sedentem, legatum miserat Ægidius Cardinalis, & Commune Bononiensium, cum in reditu, non procul à Ticino in prædones incidisset, & ab iis expoliatus fuisset, referunt ita censuisse collegium Doctorum Bononiensium argumento hujus *§.* periculum ad Joannem respicere, non ad Rempublicam, quasi nihil pertineat casus, quæ contigit, ad mandati causam, & fortunæ imputanda sit, non mandato negotio. Quod sane notandum est. Verum longe alia est ratio unius socii ex pluribus communi nomine missi ad nundinas, ad negotiationem, si deciderit in prædonem, & perdidit pecuniam, & res proprias, & servi ejus vulnerati fuerint, in quorum curationem impensas fecerit: nam hoc damnum commune sociorum omnium, quia non lucri tantum, sed & damni societas contracta est, *l. 52. §. quidam, & l. 62. tit. seq. pro soc.* At manda-

Atarius ea tantum impendia repetit actione mandati, quæ fecit exequendi mandati gratia, sine quibus mandatum exequi non potuit, ut si suis nummis mandatu meo aliquid comparaverit, *l. seq. §. impendia*: vel si quos alios sumptus in rem mandatam ex justa ratione fecerit, *l. 45. §. pen. infr.* Item si servus certus, quem emit mandatu meo, puta si mandaverim, ut mihi Stichum emeret, si, inquam, Stichus furtum ei fecerit, actione mandati consequitur, ut vel quanti ejus interest præstem, vel servum noxæ dedam: quali noxales actiones insunt omnibus bonæ fidei judiciis. Idque sufum est per totam legem si servus communis, de furt. Et hoc quidem ita procedit, si ego, qui mandavi mihi Stichum emi, ignoraverim Stichum esse talem, esse furacem. Æquum enim videtur, ut si ignoravi, liberer noxæ dedendo servum, nec invitus cogar damnum pro eo decidere. Et rursus hoc ita procedit, si sine culpa mandatarii furtum ei fecerit servus, quem mandatu meo emerat. Quid enim si rerum suarum mandatarius nimis negligens fuerit, & rapta occasione servus aliquam rem ei subripuerit, occasio adjuvat consilium, vel, ut Ennius loquitur apud Festum, *occasus*, pro occasione, *juvat res*. Occasio homines in delictum trahit. Nec ineleganter Pachymerius, *occasionem esse animam actionum*. Hoc igitur casu, si culpa sua, si dissoluta nimis negligentia sua mandatarius furto rem amiserit, quod is servus fecit, quem mandatu meo emerat, eo nomine profecto nullam in me habet actionem, sive sciverim, sive ignoraverim, talem esse servum, *d. l. si servus communis, §. circa*, in illo loco, *hoc ita puto*. At si culpa mandatarii abest, Paulus ita distinguit: Aut ego ignoravi, talem esse servum, quem emi mandabam, & liberabor mandatario pro noxa relinquendo servum. Aut scivi talem esse servum, nec id mandatario prædixi, ut præcaveret, & tunc eo nomine omnimodo teneor actione mandati contraria in id, quod interest, nec liberor noxæ dedendo servum, denique teneor in solidum detracta noxæ deditio. Distinguit igitur Paulus inter scientem, & ignorantem apertissime in hoc *§. pen.* Verum hæc distinctio subruitur ad Africanum in *d. l. si servus communis, §. quod vero*. Ait quidem æquam esse hanc distinctionem, sed æquius esse (facit gradus æquitatis in illa *l.*) etiam ignorantem talem esse servum, quem emi mandavi, mandatario furtum passio ab illo servo, teneor in solidum, detracta noxæ deditio, ne procuratoris officium suum sit damnosum. Et ita, quum huic *§. pen.* objicitur *d. l. si servus communis, §. quod vero*, non est aliud respondendum, quam quod primo loco scripsit Accursius in hunc locum: quod est scriptum in *l. si servus communis*, esse ex æquitate, & quidem ex æquitate summa, ex majori quadam æquitate. Quod vero hic est scriptum, non quidem esse ex rigore, ut ait, sed ex minori quadam æquitate. Africanus diligentius rem totam inspexit, quod ad Africanum explicatur etiam diligentius. Sequitur *§. ultim.* hujus legis.

Ad *§. ult.* Ex quo intelligimus, etiam mandatarius actione mandati contraria consequi posse empti servi mandatu alieno cibaria, quæ impendit (hoc est notissimum) ac præterea mercedem doctrinæ, si forte exempli gratia, cum mandatarius, sive procurator faber esset, jussu mandatoris servum emptum ejusdem jussu fabricam docuerit, & cibaria recipiet hoc casu, & mercedem doctrinæ. At si faber mandatu alieno servum emerit 10. eumque sine jussu mandatoris fabricam docuerit, non potest mandatoris reputare doctrinæ mercedem, quia id ut faceret jussus, vel rogatus non est, excessit mandatum, mandatum ei est, ut servum emeret, non etiam ut emptum doceret artem suam. At si fingere idem mandatarius, cum ultro injussu mandatoris servum coemptum fabricam docuisset, atque ita eum fecisset pretiosorem, mox eum vendidit viginti, altero tanto pluris, quam emisset: tunc emerat 10. tantum, ut posui: iudicio mandati directo cogitur mandatori illa 20. solvere, non reputata mercede doctrinæ, quia id jussus non erat ut servum doceret. Nunc inde oritur hæc quæstio. Vendidit, ut dixi, mandatarius servum 20. & mandatori præstitit 20. solvit illa 20. postea emptor, qui servum emit

20. egit actione redhibitoria adversus mandatarium, qui A
servum vendidit, ob vitium aliquod servi latens, quod
venditor reticuit, eoque nomine exegit à mandatario pre-
tium 20. quod pro servo dederat. Quæritur an mandata-
rius possit à mandatore repetere illa 20. quæ emptori red-
dere coactus est: Et ait non posse. Atque ita versabitur in
damno mandatarius, qui solvit mandatori 20. & totidem
nunc emptori agenti redhibitoria reddere cogitur, quia
scilicet ei imputatur. Et merito obicitur culpa, quod san-
num servum non emerit. Nam in hac specie, non certum
servum emere iussus erat, sed servum. Et utique intellexit
mandator, ut servum sanum emeret, quod cum non fece-
rit, id sibi imputare debet. Sed ut declarat statim, si emptio-
nis tempore sanus fuerit servus, & post emptionem, an-
tequam alii venderetur, in vitium illud inciderit sine dolo
malo emptoris, quia emptor extra culpam est, tunc man- B
dator viginti, quæ accepit, secundo emptore servum redhi-
bente, vel eidem emptori, vel mandatario, qui vendidit,
restituere debet, quia nulla culpa mandatarii argui potest,
qui sanum emit. Vitium, quod dedit causam redhibitioni
post emptionem primam, & ante emptionem secundam ac-
cidit servo. Quæ est sententia §. ultimi. Restant adhuc de
actione mandati leges.

Ad L. XXVIII. de Condiçt. indeb. *Judex, si male absolvit,
& absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.*

AD contractum actionemve mandati, de qua tractavi-
mus superioribus diebus, arbitror etiam pertinere
l. 28. de cond. ind. & ad eam actionem, eumve contractum
accommodandam esse omnimodo. Si cum debitor princi-
palis pecuniam debitam creditori solvisset, fidejussor à cre-
ditore conventus, & male per injuriam judicis condemna-
tus solverit pecuniam, fidejussor non habet conditionem
indebiti adversus creditorem, quamvis natura indebitum
solverit, l. fidejuss. §. in omnib. mand. Et ratio hæc est, quia
quod solvit, etsi natura non debuerit, debuit tamen civili-
ter, id est, ex causa judicati. Et vel debitum fuisse jure civili
quod solvitur, satis est, ut inhibeat repetitio, l. cum puta-
rem, D. sam. ercisc. l. 1. C. de cond. ind. Et ita è contrario, si
fidejussor nondum soluta pecunia creditori, à creditore
conventus, & male absolutus fuerit per injuriam, aut per
imprudentiam judicis, ac postea tantum sua sponte solverit,
etiam non habet conditionem indebiti, quia etsi non civili-
liter, naturaliter tamen debuit, id est, revera debuit quod
solverit, l. 60. hoc titulo, de condiçt. indeb. & l. 8. §. 1. rem rat.
haberi. Et hoc est, quod ait Paulus, in hac lege 28. judex,
si male absolvit, & absolutus sua sponte solverit, repetere
non potest, quia scilicet natura debuit, quatenus male ab-
solutus fuit; & ejus, quod natura debetur, etiam si jure
civili non debeatur, neque petitio est, neque repetitio. Il-
l n'y à point de peto, ny de repeto, l. 7. & 16. Hoc autem po-
steriore casu, id est, si fidejussor male absolutus sponte sol-
verit creditori, an habebit actionem mandati adversus reum
principalem? Sic sane, quia fidem implevit, & debitorem
liberavit, d. l. si fidejussor, §. ult. Priore autem casu, id est,
si male condemnatus coactus fuerit solvere, non habet
actionem mandati, non potest quod solvit à reo repetere.
Cur? quia injuriam (est elegans ratio JC.) quæ ei fa-
cta est à judice, qui eum male condemnavit, penes eum
manere, quam etiam in rem principalem competere æquius
est, ne duo injuriam patiantur, l. 68. de fidejuss. & l. si sine,
§. cum autem, rem ratam haberi, l. 8. C. de evict. Et hoc ad
l. 28. adnotasse satis est.

Ad L. IX. de Doli except. *Si procurator rei pecunia accepta
damnari se passus sit, & cum domino judicati agatur: tuebi-
tur se doli mali exceptione. Nec hoc, quod accepit procura-
tor, auferri ab eo potest. Nam turpiter accepta pecunia, ju-
stius penes eum est, qui deceptus sit, quam qui decepit.*

Puto etiam, imò certum est, etiam ad contractum man-
dati pertinere legem 9. de doli except. quæ etiam est ex
hoc libro. Illud constat, procuratore dato ad litem, & se-

cuta condemnatione, vel absolute, actionem judicati,
non procuratori, vel in procuratorem dari, qui egit cau-
sam nomine alieno, sed dari domino, vel in dominum, aut
heredi, vel in heredem ejus; quia procurator non sibi, sed
domino, id est, mandatori vincit, aut vincitur; est enim pro-
curator in rem alienam, in litem alienam, non in suam, l. 4.
de re judic. l. hoc jure, de solut. l. si procurator meus, de procu-
rat. Hoc præmissis finget procurator, cui mandaveram cau-
sæ meæ defensionem, pecunia corruptus collusit cum acto-
re, & causa acta defunctorie se vinci passus est, id est, præ-
varicatus est: actio judicati in me competit ipso jure, quæ
tamen, si mecum agat is, qui vicit per collusionem, eum
submovebo opposita exceptione doli mali, quod pecunia
data procuratorem meum corruerit, effeceritque, ut præ-
varicaretur. Itaque non est, quod eo nomine agam in
procuratorem actione mandati, quia nihil mea interest,
cum tutus sim exceptione perpetua, exceptione doli mali,
quæ inanem facit actionem judicati, quæ ipso jure in me
competit: ac præterea, de quo etiam dubitari poterat, ut
ostendit Paulus in d. l. 9. is, qui vicit per collusionem, &
corruptelam procuratoris, non poterit à procuratore re-
petere pecuniam, quam ei dedit, ut prævaricaretur, quia
turpiter eam dedit, turpiter etiam procurator meus eam
accepit. Denique turpitudine versatur ex utraque parte, ex
parte dantis, & ex parte accipientis; par est utriusque
causa, & in pari causa melior est conditio tenentis, l. ult.
de condiçt. sine caus. l. pen. C. de cond. ob turp. caus. l. 2. C. eod.
tit. Quia, ut eleganter Paulus ait in hac l. 9. quæ verba es-
sent discenda memoriter, turpiter accepta pecunia, atque
etiam data, justius penes eum est, qui deceptus est, quam pe-
nes eum, qui decepit. Deceptum autem procuratorem di-
cit, qui captus, & corruptus est dulcedine pecuniæ. Et
utique corruptor, quam is, quem corrumpit, dignus est odio
majore: ergo si conferatur prævaricator cum corruptore,
qui eum corrumpit, potior est is, qui corruptus est corru-
ptore in retinenda pecunia, quæ hujus negotii decipula
fuit. Cæterum fiscus corrupto prævaricatore proculdubio
auferet malo more acceptam pecuniam, l. Lucius, de jure
fisci, est enim plerunque fiscus legitimus successor omnium
scelerum. Hæc vero, quæ diximus, sunt de procuratore
rei, de procuratore ad defendendum, non ad agendum,
qui prævaricatus est, & qui mala fide causam sibi manda-
tam defendit. In procuratore actoris, si prævaricatus sit
accepta pecunia, ut reus absolveretur, alia via atque ra-
tione res emendatur. Dominus enim litis in ipsum pro-
curatorem habet actionem mandati in id, quod interest,
vel si solvendo non sit, procurator in reum male absolu-
tum habet actionem de dolo, nisi reus paratus sit idem ju-
diciam ex integro subire, sub hac exceptione; si collusum
sit, si procuratorem corrupit. Quod ostenditur in l. 8. §. 1.
mand. atque etiam in l. & eleganter, §. pen. & l. quid enim,
de dol. & l. si de communi, si servit. vindic. Explicatæ sunt
leges omnes ex hoc libro 32. quæ pertinent ad actionem
contractumque mandati: reliquæ leges pertinent ad con-
tractum societatis, & actionem pro socio, quæ ex eo con-
tractu descendit, quæque (quod initio breviter adnotan-
dum) utrinque directa est actio, non ex uno latere dire-
cta, ex altero contraria, sicut superior actio mandati, &
actio negotiorum gestorum. Domino enim negotii tan-
quam principali, principalis actio competit, id est, directa,
principalis, & directa idem, quia ejus id negotium omne
pontificiumque esset, ut hac de re agens etiam Gellius lo-
quitur libro 1. capite 13. Procuratori autem competit con-
traria. Verum sociis singulis, quia negotium commune
est, inque eo par omnium sociorum conditio, competit
directa actio pro socio, quoniam æque principalis est unus
atque alter: cujus quidem actionis pro socio appellatio du-
citur ex formula: Quod pro socio communiterve gestum sit,
l. actione, §. si post, pro socio. Pro socio autem gessisse quis
dicitur, quod tanquam socius gessit communi nomine,
communis rei, negotiive explicandi gratia. Et de hoc con-
tractu ex hoc libro primum habemus l. 1. & 3. pro soc.

Ad L.I. Pro socio. Societas coiri potest, vel in perpetuum, id est, dum vivunt: vel ad tempus, vel ex tempore: vel sub conditione.
Ad §. 1. In societate omnium bonorum omnes res, quæ coeventium sunt, continuo communicantur.

ET in l. 1. societatem ait coiri posse in perpetuum, id est, quamdiu vivunt socii, ut interpretatur, ut & in l. 4. de procurat. in perpetuum accipi oportet. Ergo non nisi ad vitam usque sociorum, quoniam addit hanc interpretationem, dum vivunt socii. Sane ita est, quia ut statim Paulum adiecisse opinor, nulla societatis in æternum, eis amittitur, coitio est, quod est relatum in l. 70. hoc tit. ex libro sequenti 33. perperam. Emendetur inscriptio legis 70. & reddatur ea lex huic libro 32. & proxime jungatur superioribus verbis l. 1. Non potest igitur societas continuari in heredes in infinitum: in heredem primum, aut in heredes primo quandoque potest, ut explicabitur in l. actione, inf. non in heredes in infinitum, l. 52. §. idem respondit societatem, & l. 59. hoc tit. Denique non possunt posteri nostri perpetuæ societati alligari, quia & perpetuam societatem in æternum tueri perdifficile, imo impossibile est. Hæc est ratio. Porro ut subjicit in hac l. 1. coiri etiam potest societas absque dubio ad tempus, ita ut simus socii in decennium. Posse item coiri ex tempore, ut simus socii post biennium transactum, nihil est apertius. Plus est, quod adjicit, coiretiam societatem posse sub conditione, quoniam hac de re olim dubitabatur, ut Iulianianus refert in l. pen. C. eod. tit. Dubitabatur an societas coiri posset sub conditione, puta ut socii simus, si Titius consul fuerit. Quæ ratio fuit dubitandi? nempe hæc, quia societati inest mancipatio quædam rerum, quæ in commune conferuntur; & mancipatio, cum sit actus legitimus, non recipit conditionem, l. actus, de regul. juris. Sed tamen obtinuit hac in re voluntatem legitime contrahentium, potior em esse debere, quam nimiam subtilitatem juris. Tum hoc, quod etiam hodie non mancipationem, sed traditionem in societate contrahenda tacite intervenisse dicimus, l. 2. hoc tit. Quia, inquit, licet traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire: non mancipatio igitur, sed traditio: & traditio recipit conditionem. Denique hæc res facit etiam, ut in societate omnium bonorum omnes res, quæ coeventium sunt, continuo communicentur ex consensu solo, perinde atque si invicem traditæ fuissent. Quod & in hac l. 1. Paulus scribit. Res, inquam, communicantur sine traditione: actiones tamen personales, ut subjicit in l. 3. in princ. id est, ea, quæ in nominibus sunt, id est, actiones personales non communicantur sine cessione, id est, nisi cedantur invicem. Ficta traditio admittitur, & sunt ejus exempla multa in jure in Instit. in fine tit. de rer. divi. Ficta autem cessione non admittitur, nec enim mandatum actionis, quod nihil aliud est, quam cessione actionis, tacite contrahitur, nec ulla societas efficere potest, ut mihi competat personalis, quæ socio meo competit, nisi ab eo cessa mihi fuerit pro parte indivisa, ut societas exigit, quoniam personæ socii adhærescit. Et ideo à persona in personam transire non potest sine cessione, sans transport. Igitur contracta societate omnium bonorum, qua appellatione etiam actiones continentur, l. bonorum, de verb. signif. invicem cedendæ sunt actiones. In actionibus cessione opus est. In rebus, sive corporibus traditione non est opus.

Ad L. III. eod. Ea vero, quæ in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem præstare debent.

Ad §. Cum specialiter omnium bonorum societas coita est: tunc & hereditas, & legatum, & quod donatum est, aut quæqua ratione acquisitum, communioni acquiritur.

Ad §. De illo quæritur, si ita societas, ut si qua iusta hereditas alterutri obvenit, communis sit: quæ iusta hereditas, utrum quæ jure legitimo obvenit, an etiam ea, quæ testamento: Et probabilius est, ad legitimam hereditatem hoc pertinere.

Ad §. Societas si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, non jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi: dolo.

Ad L. XIII. eod.

AD §. 1. l. 3. contracta societate omnium bonorum, in societatem venire etiam hereditates, & legata, quæ cuique sociorum obvenierint, & donationes, & omnia acquisitionum genera, cum generaliter omnium bonorum societatem contraxerunt præsentium, & futurorum. At longe alia est ratio, si contracta sit societas quæstus, non univerforum bonorum, sed quæstus, quia quæstus nomine id tantum continetur, quod ex opera, ex commercio, ex mercimonio, sive redemptura cujusque sociorum venit, non quod venit beneficio alieno, l. 8. hoc tit. l. 16. de instit. act. Quo sensu etiam, quod est in usu vulgi, conquæstum, sive conquistorum nomen accipitur, neque enim faciunt differentiam inter quæstum, & conquæstum, sive conquista in legibus Ludovici Augusti, & Lotharii Cæsaris, conquistum suum, & conquista sua, ses conquestz quæ nous disons. Et quando in hunc sermonem incidimus, debemus etiam ei applicare quod est in l. 13. ex hoc eodem libro Pauli; idem esse dicendum, si non quæstus simpliciter sit contracta societas, sed quæstus & lucri. Hæc adjectio, & lucri, nihil adjicit. Neque enim ideo omne lucrum commune erit, sed omne lucrum tantum, quod profectum erit ex opera, & industria cujusque, ex emptione, venditione, locatione, conductione, non quod ex liberalitate aliena. Verbum lucri accipit significationem ex verbo quæstus. At adjectio accipit significationem ex præcedenti verbo. Et in hoc maxime est notanda l. 13. & potest accommodari infinitis negotiis, etiam defunctorum, ut postrema verba recipiant interpretationem ex primis.

AD §. De illo. Sequitur in §. de illo, ut absolvam hanc legem, quod est facillimum; si ita sit contracta societas inter aliquos, ut si qua inter duos alterutri obvenit iusta hereditas, communis sit: Quæritur, quid iustæ hereditatis nomine intelligamus, aut intelligere debemus? an omnem hereditatem, quæ vel ex testamento obvenit, vel ab intestato; an vero eam tantum, quæ obvenit ab intestato jure agnationis, vel cognationis, quæ & proprie dicitur hereditas legitima? An igitur & in hoc contractu iustam hereditatem accipiemus pro legitima tantum? Sic sane. Et ita quoque M. Tull. 3. de natur. Deor. non potestatem, inquit, quasi iustæ & legitimæ hereditatis loco esse voluit. Ergo ut legitimæ, ita iustæ hereditatis nomine significatur tantum ea, quæ obvenit ab intestato, non quæ ex testamento, quamvis etiam ea sit legitima, sed legitima proprie ea dicitur, quæ ex sola lege defertur, sine testamento, sine voluntate defuncti, iusta, quæ ex solo jure defertur. Separavit tamen iustum heredem à legitimo Apulejus 2. Apologia, & argute: Sciebat, inquit, intestati pueri legitimam magis, quam iustam hereditatem, dum scilicet alio sensu accipit iustum pro dignum, atque merentem. Quo sensu recte dicam multos esse legitimos heredes defunctorum ab intestato: sed quia immerentes sunt, non esse iustos.

AD §. ult. Quod est in §. ult. l. 3. est apertissimum: Non tantum societas coita dolo malo, veluti callida, & infidiosa persuasione alterutrius ipso jure nulla est, sed etiam quæ coita est fraudandi causa. i. quæ perquam damnosa est alterutri, ut quæ dicitur leonina societas in l. 29. §. ult. inf. hoc titulo: igitur non tantum dolus vitiat societatem, sed etiam fraus, quia bona fides, ut ait, contraria est fraudi, & dolo. Fraus ex re ipsa venit, ex conventionione inconsulto facta sine dolo adversarii. Dolus autem venit ex calliditate, machinatione, circumscriptione, insidiis adversarii, & utrumque bona fides rejicit, & bonæ fidei contractus. Igitur utrumque vitiat societatem, & dolo adversarii, si mihi dolo malo persuaserit ut cum eo inirem societatem, & res ipsæ, id est, si conventiones adjectæ societati sint captiosæ mihi, & damnosæ nimis. Quod dixi hesterni die in extremo recitationis ad §. ultimum, quia notandum, iterandum censeo, ipso jure rescindi societatem, non ob id solum, quod coita sit dolo malo adversarii, sed etiam si dolo adversarii absit, ob fraudem scilicet nimiam, & læsionem alterutrius, in quam re ipsa incautus incidit. Quod & in cate-

cæteris bonæ fidei contractibus arbitrator esse servandum, A
quia ratio quam subjicit Paulus in illo §. ultimo est generalis, quia, inquit, fides bona contraria est fraudi, & dolo. Fides, inquit, quæ in contractibus omnibus, bonæ fidei potissimum consideratur, & æque in omnibus excludit non tantum dolum, sed etiam fraudem, id est, lætionem nimiam, & immodicam. Et ideo venditionem quoque rescindi dicam recte, non tantum, si res minoris, quam æquum sit, venierit dolo malo emptoris: sed etiam si sine dolo malo emptoris res venierit nimis, ex quo pretio per imprudentiam venditoris, vel necessitate quadam urgente venditorum, & compellente ad vendendum quoquo pretio, ut puta, si pretium, quo venit ne dimidiam quidem partem justii, & veri pretii attingat. Id enim exiguius est, quam ut eo res vendi debuerit, l. 2. *depos.* Et fraus ea venditoris intolerabilis. Itaque propter eam dico ipso jure rescindi venditionem, nam quod ait l. 2. *C. de rescind. vend.* auctoritate judicis intercedente necessaria, est ita explicandum, ut ipsa lex docet, ut sit necessaria auctoritas judicis ad restituendam, ad redhibendam rem venditam, ut cogatur emptorem redhibere venditori, si nolit supplere quod iusto pretio deest. Cæterum venditio ipso jure nulla est, ob fraudem æque, atque ob dolum. Et in hanc rem hic §. ultimus summe notandus est. Nunc veniamus ad l. 65. quæ multa, & varia de societate complectitur.

Ad L. LXV. eod. *Actioe distrabitur, cum aut stipulatione, aut iudicio mutata sit causa societatis.* Proculus enim ait, hoc ipso, quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrabitur, renuntiatam societatem: sive totorum bonorum, sive unius rei societatis coita sit.

Ad §. Item bonis à creditoribus venditis unius socii, distrabi societatem Labeo ait.

Ad §. Si in rem certam emendam, conducendamve coita sit societas: tunc etiam post alicujus mortem, quicquid lucri, detrimentive factum sit, commune esse Labeo ait.

Ad §. Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiant. Quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit, eum, qui renuntiaverit societati, à se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit. Veluti si cum omnium bonorum societatem iniissemus, deinde, cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit. Ideoque siquidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum, qui renuntiavit, pertinebit: commodum autem communicare cogetur actione pro socio: quod si quid post renunciationem adquisierit, non erit communicandum: quia nec dolo admittitur in eo.

Ad §. Item si societatem incamus ad aliquam rem emendam: deinde solus volueris eam emere: ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeris: teneberis quanti interest mea. Sed si ideo renuntiaveris, quia emptio tibi displicebat: non teneberis, quamvis ego emero, quia hic nulla fraus est. Eaque & Juliano placent.

Ad §. Labeo autem posteriorum libris scripsit: si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem: committere eum in pro socio actione. Nam si enim mancipia, inita societate: deinde renuntiet tibi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit: hoc casti, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio. Proculus hoc ita verum esse (si) societatis non interfuit dirimi societatem. Semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit. Hæc ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit.

Ad §. Item, qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando, socium à se, non à socio liberat. Itaque si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert. At si dispendium, æque præstabit portionem, nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit. Quod si tempus finitum est, liberum est recedere: quia sine dolo malo id fiat.

Ad §. Renunciare societati etiam per alios possumus. Et ideo dictum est, procuratorem quoque posse renuntiare societati. Sed utrum de eo dictum sit, cui omnium bonorum administratio concessa est, an de eo, cui hoc ipsum nominatim mandatum est, videamus, an vero per utrumque recte renuntietur.

Tom. II. Post.

tur, quod est verius: nisi prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare.

Ad §. Item scriptum est: posse procuratori quoque meo socium meum renuntiare. Quod Servius apud Alfenum ita notat, esse in potestate domini, cum procuratori ejus renuntiatum est, an velit ratam habere renuntiationem. Igitur is, cujus procuratori renuntiatum est, liberatus esse videbitur. An autem ipse quoque (qui) renuntiavit procuratori, liberetur in potestate ejus erit: quemadmodum diximus in eo, qui socio renuntiat.

Ad §. Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supervint: nisi in coeunda societate aliter convenerit, nec heres socii succedit, sed quod ex re communi postea questum est: item dolo, & culpa in eo, quod ex ante gesto pendet, tam ab herede, quam heredi præstandum est.

Ad §. Item si alicujus rei societas sit, & finis negotio impositus, finitur societas. Quod si integris omnibus manentibus, alter decesserit: deinde tunc sequatur res, de qua societatem coierunt, tunc eadem distinctione utemur, qua in mandato: ut si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas: si nota, non valeat.

Ad §. Societas quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad adrogatorem, ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult. Ipse autem adrogatus socius permanet. Nam & si filiusfam. emancipatus fuerit, permanebit socius.

Ad §. Publicatione quoque distrabi societatem diximus. Quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur. Nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

Ad §. Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur: quia non est verum pro socio, communiterve id gestum esse, sed communi dividendo iudicij hujus quoque rei ratio habebitur. Nam si distracta esset societas nihilominus divisio rerum superest.

Ad §. Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit, & alicujus sociorum, quid ab sit: cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit: qua deducta, de reliquo quod cuique debeatur, omnes agere possint.

Ad §. Nonnunquam necessarium est & manente societate, agi pro socio. Veluti cum societas veltigalium causa, coita est: propterque varios contractus neutri expediat recedere à societate, nec refertur in medium, quod ad alterum pervenerit.

Ad §. Si unus ex sociis maritus sit, & distrabatur societas manente matrimonio: dotem maritus præcipere debet: quia apud eum esse debet, qui onera sustinet. Quod si jam dissoluto matrimonio societas distrabatur: eadem die recipienda est dos, qua & solvi debet.

Hoc libro, ut arbitrator, Paulus primum docuit summam, quod Ulpianus in l. 63. §. ult. sup. variis modis distrahi, & dissolvi societatem: morte sociorum, vel socii unius, & morte non tantum naturali, sed etiam civili, veluti capitis deminutione maxima, aut media, non, etiam minima, ut demonstrabitur in §. Societas in hac l. Et similiter interitu rerum communium, aut mutatione conditionis earum, ut si è prophanis sacræ fiant, si è privatis publicæ fiant, id est, si in sacrum dedificentur, si publicentur. Voluntate item distrahi societatem, id est, dissensu sociorum, & renuntiatione, itemque mutatione, sive novatione actionis pro socio. Quibus modis ita summam propositis, Paulus postea diligentius singulas species, singulorumque modos persecutus est, ac primum initio hujus legis docet, perempta actione societatis societatem distrahi, sive societas fuerit omnium bonorum, sive unius rei. Perempta igitur actione societatis, quamcumque societatem distrahi, ut puta, si socii actionem societatis mutaverint, & transfulerint eam in aliud genus obligationis novatione facta: novatio facta perimit obligationem, & actionem societatis. Ergo & societatem, quæ non nisi vinculo obligationis continetur, atque consistit: Novatio, inquam, voluntaria, quæ fit per stipulationem obligatione societatis transfusa in stipulationem, quod nunquam faciunt socii, nisi quum voluat discedere à societate. Denique etiam novatio

H h

vatio

vatio necessaria, quæ fit per litis contestationem, ut puta, si unus ex sociis agat cum alio actione pro socio, & alius iudicium accipiat, quod nunquam fit, nisi animo distrahendæ societatis, videlicet si agatur generaliter de putandis, & reddendis rationibus societatis. Generale iudicium pro socio non datur, nisi finita, aut mox finienda societate, l. 5. C. eod. tit. & generale hoc iudicium dicitur l. 38. hoc tit. Speciale iudicium pro socio dari potest etiam manente societate, ut in §. pen. inf. Hic locus ejus legis est de iudicio generali: Quo, ut ait, hæc sunt verba: *ideo agitur, ut societas distrabatur*. Ergo est generale iudicium *ἐπι διαλυσιν τῆς κοινωνίας*, ut est in Bas. Quo genere societati plane renuntiari videtur, quoniam huic iudicio generali locus non est, nisi finita societate, vel cum inibi est, ut finiatur. Et hujus rei argumentum à simili recte hic glossa duxit ex *l. ult. §. illud, de divort.* Ubi dicitur, similiter renuntiari matrimonio videri, si vir agat rerum amotarum, quia hoc iudicium non oritur, aut non competit, nisi soluto matrimonio. Ita vero, si iudicio generali pro socio actum sit re iudicata, causa actionis pro socio novatur, mutatur, & quem ex sociis debitorem esse claruerit re iudicata, is incipit debitor esse ex causa iudicati, *l. si fundus, §. si pluris, de pignor. l. pen. §. ult. l. pen. de usur. rei judic.* Ergo tam necessaria, quam voluntaria novatione actionis pro socio societatis distrahitur: & utraque novatio significatur his verbis hujus legis, aut stipulatione, aut iudicio, ut in *l. delegare, & l. aliam, de novat.*

Ad §. Item. Sequitur in §. 1. hujus legis, distrahi etiam societatem, bonorum scilicet, de illa enim agitur tantum, si unus ex sociis bonis suis omnibus, cogente inopia creditoribus suis cesserit, eaque dividenda fuerint sub hasta præconis, quod etiam ostenditur in *Inst. eod. tit. §. item si quis*. Cui nulla relinquuntur bona, is non potest esse socius bonorum, non potest esse societas bonorum inter egenum, & divitem. Rursum, quod sequitur in §. si in rem, satis difficile est, id pertinet ad id, quod dicitur, morte unius socii societatem dissolvi. Quod & hic præposuisse Paulum arbitror: Excipit enim in hoc §. ab hac sententia unum casum, si contracta sit societas ad certam rem aliquam emendam vel conducendam, veluti ad emendum, aut conducendum fundum Tusculanum, & unus ex sociis vita decesserit: tunc enim, inquit, tunc, quod expendendum est, id est, hoc speciali casu non tantum, quod vivo adhuc socio lucrari, vel damni contigerit, sed etiam post mortem ejus, quidquid lucri pervenerit ex redditu ejus fundi, vel in eo quidquid detrimenti contigerit, quasi durante societate post mortem, id communicandum est heredi defuncti. Hoc ideo, nunquam est omittenda ratio, quia cum heres in conductione succedat non minus, quam in emptione, *§. ult. Inst. de locat.* id actum videtur contracta societate ad certam rem emendam, vel conducendam, ut & ea societas continuaretur in heredem, in quem ambulat, ut loquimur etiam emptio, aut conductione. Dices: atquin in contrahenda societate nec ab initio pacisci possumus, ut heres societati succedat. Ita est proditum nominatum in l. 59. Dicam, non quidem expressim id pacisci non posse, ut heres societati succedat, quia incerta persona societati destinatur, quis enim sociis heres futurus sit, incertum est. Et societas in electione certæ, non incertæ personæ consistit, *§. solvitur, Inst. eod. tit.* At tacite, ut heres societati succedat, id agitur rectissime. Sunt in jure innumera exempla, quibus tacite acta valent, quæ expressim acta non valerent. Et idem omnino, quod in hac specie dicitur, hoc loco agi videtur. Dicam agi societate contracta ad conducendam publicam vectigalia, vel qua alia publica: nempe ut communæ sit inter publicanos superstites, & heredem defuncti unius ex publicanis, quidquid etiam post mortem ejus lucri, vel damni ex ea conductione contigerit, l. 63. §. in hered. sup. hoc tit. Hic §. si in rem est de societate contracta ad certam rem conducendam: ille §. in heredem est de societate contracta ad vectigalia conducenda. Et idem in utraque specie juris est. Nec obest quod idem §. in heredem ait, non similiter observari in societate voluntaria, ut scilicet quidquid post mortem socii dam-

ni, vel lucri contigerit, id sit commune superstibus cum herede defuncti: nihil, inquam, id obest, quia illo loco non confertur, vel committitur societas voluntaria cum societate vectigalium conducendorum, cum & ipsa sit voluntaria, sed committitur cum societate, quam habet heres defuncti cum publicanis superstibus, quæ communio est damni, & lucri hereditaria, atque adeo necessaria, quia ipse heres non contraxit societatem. Denique heres non est socius voluntarius, sed necessarius jure hereditatis: heres voluntarius socius esset, si superstites publicani volentem cum sibi adscivissent, & adsumpissent socium in locum defuncti, ut idem §. in heredem indicat illo loco, nisi fuerit adscitus. Adscitus heres socius est voluntarius. Et hoc modo superstites publicani addere possunt novas leges societati, quæ ferventur inter eos, & heredem defuncti, diversas ab iis, quas cum defuncto pactas, & conventas habebant, quo facto sane non similiter observabitur in societate voluntaria cum herede scilicet defuncti contracta, quod in communione necessaria damni, & emolumenti, quæ per omnia par esse debet ei, quæ cum defuncto fuit. Et ita ille §. explicandus est. Ac præterea, quod ait Paulus in hoc §. si in rem, in specie proposita, etiam post mortem socii, quidquid lucri factum sit ex redditu empti fundi, vel conductioni, superstiti socio commune id esse cum herede defuncti; cum eo, inquam, nihil pugnat *l. Titium, §. altero, de adm. tutor.* quam Accursius objicit, quia, ut breve faciam, res est parvi negotii. Ille §. altero non negat, neque loquitur quicquam de ea re: non negat, inquam, inter heredem socii defuncti, & socium superstitem esse commune compendium, quod postea factum est, quum fuit coita societas ad emendas certas res. Sed hæc est sententia legis longe diversa ab ea, quæ est in manu. Ait ille §. compendium, quod fecit tutor heredis defuncti socii venditis mercibus communibus, & aliis mercibus suo nomine reparatis, compendium, inquam, illud, quod sibi fecit suo nomine, pupillo non esse præstandum, sed præstandas esse ei usuras pupillares pecuniæ communis, aut redactæ ex communibus rebus, non compendium, quod fecit tutor ei esse præstandum, sed usuras pupillares, ut fieri solet in iudicio tutelæ, ut *l. negotiationem, eod. tit.* In qua tamen *l. qui negotiationem* aliter respondetur, nimirum propter voluntatem testatoris, qui iusserat tutorem eandem negotiationem post mortem suam exercere, quam se vivo exercebat. Et ideo rationem reddere debet pupillo, non ad computationem usurarum pupillarium, sed ad incrementum negotiationis. Cæterum hæc sententia illius §. nihil habet commune cum sententia §. propositi.

Ad §. Diximus. Dixerat ante Paulus, cum enumeraret varios modos dirimendæ societatis, dissensu societatem dirimi, Ulpianus in l. 63. voluntate, live renuntiatione dirimi. Quod quidem naturali rationi conveniens est. Nihil enim est tam naturale, quam eodem genere quodque dissolvi, quo colligatum est. Societas nudo consensu contrahitur. Dissensu ergo contrario dissolvitur. Hoc vero ita procedere ait hoc loco, si omnes socii in hoc consentiant, ut dirimatur, & finem accipiat societas. Quid ergo, si unus tantum ex sociis renuntiaverit societati, si unus ex sociis velit à societate recedere an dissolvitur societas? an unius renuntiatione, sicut unius morte? Et hac in re Paulus docet, utendum esse distinctione, quandoquidem, si tempestive, & bona fide societati renuntiavit, nec deinceps cæteri ei, quod compendii fecerint, communicare tenentur, nec ipse cæteris. Detrimenda etiam ab eis facta non erunt communia: & omnino utrinque ab obligatione societatis contingit liberatio. Sed si dolo malo (hæc est altera pars distinctionis) & fraudis consilio unus renuntiavit societati, socios à se, non se à sociis liberat, & quod ei postea lucri obvenit, communicare cogitur: detrimentum vero solius ejus est. Et ex diverso, quod cæteri socii adquisierint, ad eos solos pertinet. Quod autem damnum fecerint, commune est inter eos, & illum, qui

qui societati dolo malo renuntiavit. Et hoc Paulus declarat propositis exemplis quatuor. Ac primum si cum inita esset societas omnium bonorum, quo genere etiam futurorum bonorum societas inita videtur, licet id dictum non sit nominatim, ut hic §. indicat, & l. 3. §. 1. & l. 37. hoc tit. ut & contracto pignore omnium bonorum, futura quoque bona obligatione comprehenduntur, l. ult. C. quæ res pign. oblig. poss. nihilque refert, bonorum dixerint simpliciter, an omnium bonorum, ut l. Titium, §. altero, de administr. tut. sicut nihil refert usufructus bonorum legetur, an omnium bonorum, l. 24. & 37. de usufruct. leg. Si igitur, cum coita esset societas bonorum, vel quod idem est, omnium bonorum, unus ex sociis obvenerit sibi luculenta hereditate quadam (Obvenire dicitur, quæ defertur lege, vel testamento nondum acquisita, l. 130. de verb. signific.) Si inquam, obvenerit sibi hereditate quadam ideo renuntiaverit societati, ut eam solus acquireret, quia id fecit dolo malo, & in fraudem sociorum, actione pro socio eam hereditatem in commune redigere cogitur, quod & Institutiones docent in §. manet, eod. tit. Vel si forte præter opinionem, præter expectationem, ea hereditas damnum attulerit, ob magnitudinem æris alieni: id damnum eum tantum respicit, qui dolo malo renuntiavit societati, non cæteros: dolo proprius ei soli nocet, qui dolo malo renuntiavit societati, non cæteris: sed si post renuntiationem societatis ei ex improvise, ex insperato obvenerit hereditas, proculdubio eam communicare non cogitur, quia dolo caret.

Ad §. Item si. Sequitur aliud exemplum in §. Item si societatem: si cum inter me, & te coita esset societas in rem certam emendam, postea tu renuntiaveris societati dolo malo, puta, ut eam rem tibi solus emeris tuo nomine, non communi nomine, teneberis mihi actione pro socio in id, quod interest, vel ut eam rem mihi communices: Sed si ideo renuntiaveris societati, quod postea emptio ejus rei tibi displicere cæperit, nihil dolo malo facis, & ideo nec mihi teneberis actione pro socio, etiamsi postea ego eam rem emero meis nummis. Et hæc duo quidem exempla satis aperta sunt.

Ad §. Labeo. Tertium est exemplum importunæ, & intempellivæ renuntiationis, quod proponitur in §. Labeo, his verbis. Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaveris societati unus ex sociis eo tempore quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actionem: nam si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit: hoc casu quia deteriores causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. Hæc omnia verba, quæ recitavi, sunt valde obscura, adeo ut nemo interpretum ausus sit ea attingere, eorumve interpretationem addere: conticescunt hoc loco omnes, ac plane se ejus loci difficultatem videre, quamvis videant, tamen dissimulant. Mihi videtur Labeo loqui de venaliariis, qui & mangones dicuntur, qui societatem cocunt ad mancipia coemenda, & vendenda, ut l. iustissime, §. 1. de adl. edict. Ex quibus si quis renuntiaverit societati eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, quia cæterorum, inquit, Labeo, sociorum deteriores causam facit, cæteris tenetur actione pro socio in id, quod interest. Cur ita? Ratio est explicatu difficilis simul atque species, specieive explanatio. Qui renuntiat societati mancipiorum venalium, socios provocat ad divisionem. Ita est: quæ quia commode explicari non potest, ut est in Institutione nominatim scriptum de hominibus, qui in divisionem veniant, in titulo de offic. judic. quia, inquam, hominum sive mancipiorum divisio commode explicari non potest, propterea quod homines numero non dividuntur, ut puta si sint 10. inter duos socios, non ita dividuntur, ut unus habeat quinque, alter totidem homines, ita non dividuntur, sed singuli pro partibus indivisis, l. in stipulationibus, de verb. obligat. l. cum Stichus, de solut. Ideo res necessario, quoties de dividendis mancipiis communibus agitur, deducenda est ad licitationem, ad quam etiam extranei emptores ad-

Tom. II. Post.

mittuntur, oedum focii, l. 3. in fine, C. comm. divid. penes quos extraneos si licitatio remanserit, mancipia eis adducuntur, adjudicantur, quæ adjudicatio est venditio necessaria, non voluntaria, l. si pignore, famul. ercisc. Et hac ratione modove, si coacti fuerint focii mancipia vendere, eo tempore quo ea vendere non expediebat, forte quod tunc præ ingenti copia venalium, quos alii in urbem mangones invexerant, viliora essent mancipia, vili venderentur, eo nomine is, qui renuntiavit tam intempellive societati, cæteris, quorum causam deteriores fecit, tenetur actione pro socio in id, quod interest. Et hoc est, quod Labeo scripsit, committere, id est, incidere in actionem pro socio socium, qui renuntiavit societati eo tempore, quo sociorum, vel focii interest non dirimi societatem. Nam si emimus, inquit, &c. Et hanc quoque scripturam Labeonis Proculus probat, ut subjicit, cum hac exceptione tamen: Si societatis non interfuit: sic Florentinæ recte, si societatis non interfuit dirimi societatem, quod pro eo est, ac si dixisset, nisi societatis interfuit dirimi societatem, diltrahi mancipia quocunque pretio, forte quod sint nequissima, aut inutilissima. Non est culpandus, qui renuntiavit societati, quia id expedit societati, etiamsi forte, & in hoc est vis, etiamsi forte cujusdam ex sociis privatim interfuit societatem non dirimi: forte quod in casum non diremptæ societatis ab extraneo stipulatus sit, & speret magnum aliquod emolumentum. Sed magis spectandum, & servandum est, quod societati expedit, id est, quod in commune pluribus utile est, ut in l. in re communi in fine, de servit. urb. præd. quam quod expedit uni tantum. Et eleganter (quæ verba signanda sunt) semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit, quod universalitati expedit, non quod singularitati. Joannes hoc loco legit male, aut intelligit male hunc locum, perinde ac si in eo scriptum esset, si societatis interfuit non dirimi societatem, trajectis verbis. Quandoquidem recte Florentini, si societatis non interfuit dirimi societatem. Sic legendum, si societatis non interfuit, non, si societatis interfuit non dirimi societatem. Et mirum in modum mihi placet glossa ad hæc verba, ex tempore, dempto ultimo commate, quod est ex Joanne. Verum huic exceptioni Proculi mox additur alia exceptio, exceptio exceptionis his verbis, hæc ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit, id est, si de hoc, quo de agitur, aliud in coeunda societate conventum non sit, puta, ut etsi vel unius focii interesset societatem non dirimi, etiamsi societatis non interesset ne dirimeretur, si id convenit, si vel unius interesset non dirimi: hoc enim casu, is, qui renuntiat societati, & cujus interest, ex pacto convento, tenetur actione pro socio. Et ita Græci rectissime hunc locum interpretantur: *Εἰ μὴ ἄρα ἰδικῶς τὰς συνθηκὰς ἔχει, ὅστε καὶ μὴ βλαπτομένης τῆς κοινῆς, εἰ ἐμὲ μόνον συμβῆναι ζημιώσας ἐκ τῆς ἀπαγορεύσεως ἔχων μετὶ πρὸς σὸν ζῶν, id est, si non specialiter convenierit, ut & si non lederetur societas, si vel mihi noceret renuntiatione societatis, ego haberem actionem pro socio.* Est rectissima interpretatio. Latini perperam omnes. Et ita accipienda sunt hæc verba. Si non convenierit, ut & intempellive à societate recedere liceat, quæ scilicet tunc liceat etiam intempellive societate abire. Verum hoc pactum arbitror supervacuum atque injustum esse, quod & hic glossa tentavit, non pertentavit, quia etsi non convenierit, ut liceret quandoque abire societate, tempellive, & opportune licet abire, atque etiam intempellive, licet id non convenierit ex justa causa, cujusmodi multæ justæ causæ recensentur in l. 14. §. ult. & 15. & 16. sup. hoc tit. Inter quas in l. 16. necessaria peregrinatio, puta si socius reipublicæ causa diu, & invitatus abfuturus sit, hoc casu etiam intempellivo tempore renuntiare societatem potest, quam etiam esse justam causam renuntiandi mandati Paulus scribit 2. Sentent. tit. de mandatis, & aperte lex 9. de procurat. ubi tamen peregrinationem necessariam, quæ est ea, quæ suscipitur reipub. causa, ut demonstrat l. 8. in fine, eod. tit. de procur. & l. 16. hoc tit. Accursius male modo accipit perperam pro peregrinitate, quæ per deportationem contingit (Aliud enim est peregrinatio, longe aliud per-

Hh 2

gri-

grinitas. Perigrinantur etiam cives, ac redacti in peregrinitatem non sunt cives) modo, & id quoque perpetram, peregrinationem accipit pro ea, quæ instituitur religionis causa, veluti ad sanctum Jacobum, inquit, de qua evidens est nihil cogitasse auctores nostros, & de qua extat elegans oratio Gregorii Niceni *περι τῶν ἀπὸ τῶν αἰσῶν ἰεροσολίμων*: & in ea elegans sententia: *θεῶν προσεγγυσιμὸν τοῖσι μετὰ θεοῦ ἔκαρτεργάζεσθαι*. Verum ad rem: præter ea, quæ paulo ante dixi, etiamsi ita convenerit, ut intemptive societate abire liceat, sine justa causa, dico pactum non valere, quod sit contrarium bonæ fidei, quæ maxime in contractu societatis, per quam jus quoddam fraternitatis exuberare debet: exuberare, ut ait l. 3. C. eod. tit. Et sane sicut si convenerit ne abeatut societate intra certum tempus, ne discedatur societate intra certum tempus, nihilominus spreta conventionione discedere licet ex justa causa, *diē. l. 14.* par est & æquabile, ut & ex diverso, si convenerit, ut abeatut societate quodocunque libuerit, ne liceat tamen id facere intemptive, & absque justa causa. Et eodem modo d. l. 14. ostendit supervacuum esse pactum, ne abeatut societate, quia & illo pacto omisso abire non licet intemptive sine fraude, sine damno suo; intemptiva renuntiatio ipso jure societatis in æstimationem venit, l. 17. §. ult. hoc tit. Et rursus illo pacto interposito, ne abeatut societate, nihilominus tempestive abire licet, nemo enim invitus in communione detinetur, l. ult. C. com. divid. Et ita explicanda sunt quæ pertinent ad tertium exemplum. Quartum exemplum est etiam intemptiva renuntiationis in §. item, qui societatem. Si societas contracta sit ad tempus, ut ad decennium, & unus societati renuntiaverit ante tempus, ante decennium: nam & hoc casu, qui renuntiavit ante tempus, socios quidem à se liberat, verum ipse se à sociis non liberat, & claudicat renuntiatio, sive distractio societatis. Itaque lucrum, quod postea alii socii fecerint, id ei, qui ante tempus renuntiavit societati, communicare non tenentur, damnum tamen communicant si quod incurrerit. Excipitur semper, quod & hic §. adjicit, justa, & necessaria causa renuntiandæ societatis ante tempus, quales, ut dixi, multæ enumerantur in l. 14. 15. 16. sup. Et convenienter Græci etiam hic apponunt exemplum necessariæ peregrinationis susceptæ Reipublicæ causa, *διὰ δημοσίαν ἀποδημίαν*: Finito tamen tempore liberum est unicuique abire societate, quia id fit sine dolo malo. Hæc sunt quatuor exempla dolo malo factæ renuntiationis, quibus addi etiam potest quintum exemplum ex l. 71. §. 1. sup. Si absenti renuntietur societas, neque enim recte renuntiat, nisi quæ præsentem renuntiat: ut procuratori ejus, ut dicemus in §. renuntiare, si absenti renuntietur societas, lucrum quod absens fecerit, non communicabitur, damnum communicabitur; & contra damnum, quod præsens fecerit, non communicabitur, lucrum communicabitur. Ut autem mandato renuntiare, & mandatori renuntiare dicitur promiscue in titulo superiore, ita in hoc titulo, societati, vel societatem renuntiare, & socios, vel sociis renuntiare, ut in §. Labeo, sup. illo loco, deinde renunties mihi.

Ad §. Renuntiare. Nondum explicata sunt omnia, quæ pertinent ad renuntiationem societatis. Restat enim adhuc §. renuntiare, & §. item rescriptum, quo §. renuntiare ostenditur, socium societati renuntiare posse, non per se tantum, sed etiam per procuratorem, qui specialiter mandaverit, ut socio, vel sociis renuntiet, se à societate discedere. Itemque per procuratorem omnium bonorum, qui generale mandatum habet: nec enim hac in causa exigitur speciale mandatum, sufficit generale, quo & inter alia multa & hoc videtur procuratori mandare dominus, ut cum ei id esse fuerit visum ex sua utilitate, renuntiet societati. Itaque procurator, qui generale mandatum habet, quive liberam administrationem, quod idem est, si renuntiat societati, cum id ei utile domino expedire videatur, id facere videtur ex voluntate domini, qui ei permittit omne arbitrium rerum utilitatumque suarum: nec aliter irrita est renuntiatio facta à procuratore, qui generale

mandatum habet, quam si dominus specialiter eum prohibuerit renuntiare societati: specialis prohibitio est necessaria, speciale mandatum non est necessarium: paucissimæ sunt causæ, in quibus speciale mandatum requiri solet, quæ notari solent ad l. Pomponius, de procurat. Idem vero observatur in curatore furiosi: nam & hic societati renuntiat recte, quam furiosus cum alio contractam habet, l. ult. C. eod. tit. ubi tamen Justinianus, qui est auctor illius legis, ea de re maxime olim dubitatum fuisse ait. Cur ita? quia curator furiosi, non videtur renuntiare societati voluntate domini, propterea quod furiosi nulla est voluntas. Procurator autem univerforum, bonorum videtur habere voluntatem domini sana mente præditi. Sed tamen idem Justinianus utilitatis causa admisit in curatore furiosi. Contra in §. seq. ostenditur, non tantum præsentem socio renuntiare posse, sed etiam procuratori absentis. Verumtamen, ut Servium notasse Alphenus refert, liberatur quidem statim is, cujus procuratori renuntiat: liberatur, inquam, ab eo, qui renuntiavit, sed non etiam vicissim ille, qui renuntiavit liberatur ab eo, cujus procuratori renuntiatum est, antequam dominus ratam renuntiationem habuerit, quæ procuratori suo facta est: si enim ratam eam non habuerit is, cui renuntiavit, ab eo non liberatur, sed & commodum, quod post renuntiationem acquisivit, ei communicare debet: detrimentum autem ipse solus sufferre, & contra ex compendio, quod post renuntiationem fecit is, cujus procuratori renuntiavit, ex eo compendio partem non feret, detrimenti autem, quod fecerit partem præstabit. Itaque hoc casu, id est, si procuratori socii absentis factam renuntiationem dominus ratam non habuerit, idem servabitur, quod in superioribus quinque casibus, quos supra exposuimus: Si socio (hic est primus) socius omnium bonorum renuntiaverit dolo malo, ut obvientem sibi hereditatem solus acquireret: Si (hic est secundus) societate coita ad rem emendam societati renuntiaverit quis, ut eam rem solus emeret suo nomine: Si (hic est tertius) contracta societate mancipiorum emendorum, & vendendorum eo tempore renuntiaverit quis, quo mancipia sunt vilia, & bene vendi non possunt: Si (hic est quartus) ad tempus contracta societate, ante tempus renuntiaverit, sine justa causa: Si (hic est quintus casus) in l. 17. §. 1. inf. hoc tit. Si absenti socio renuntiaverit, qui procuratorem nullum reliquerat, ut puta si adhibitis testibus protestatus fuerit se à societate recedere. His quinque casibus addatur sextus ex hoc §. si procuratori absentis renuntiaverit, & absens ratam renuntiationem non fecerit. Verum ex diverso, si dominus ratam renuntiationem fecerit factam procuratori suo, is, qui renuntiavit, statim ab eo tempore, quo renuntiavit, obligatione societatis liberatus esse intelligitur, perinde atque is, cujus procuratori renuntiavit, quia rati habitio retrotrahitur, retro recurrit, ut ait *lex si fundus, §. 1. de pignor.* Et ideo, quod interim compendii fecerit is, qui procuratori renuntiavit, absenti communicare non cogitur: nec retro absens, quod interim damni fecerit, ejus partem ab eo desiderare potest. Et hoc distat maxime hic sextus casus à superioribus quinque: quoniam in superioribus nulla apparet ratio ex post facto confirmandæ liberationis in persona ejus, qui fraudulenter, vel intemptive societatem renuntiavit. Et in casu §. qui est d. l. 17. §. 1. quamvis dicat, absenti facta renuntiatione quoad is scierit, sic ait, *quoad absens scierit*, cum, qui renuntiavit, absentem à se liberare, non se ab absente claudere liberationem: non hoc vult, scientiam illius, si postea sciverit sibi renuntiatum, non vult, inquam, scientiam illius retrotrahi, sed ab eo tantum tempore, quo scierit societatem renuntiatam, liberationem contingere ex parte ejus, qui renuntiavit. Et hæc sunt, quæ pertinent ad §. renuntiare, & §. item rescriptum. Sequitur §. morte.

Ad §. Morte. Hactenus dixit de ratione distrahendæ societatis per renuntiationem omnium, vel unius: nunc dicere incipit de morte, qua constat dirimi societatem, etiam morte unius, adeo ut inter superflites societas non perseveret, quam-

quamvis numero plures sint, nisi, ut ait, aliud in coeunda societate convenerit, puta ut mortuo uno, ceteri in societate permanerent: alioquin, vel unius morte omnium societas dissolvitur, quod etsi plures sint, qui compromiserint in arbitrum, eodem modo observatur: nam morte unius, etiamsi superstitibus sint plures, in persona omnium solvitur compromissum, nisi, est eadem exceptio, nisi, ut ait *lex diem, §. 1. de recept.* ceterorum facta sit mentio, id est, nisi convenerit, ut uno mortuo in ceterorum persona compromissum perferretur. Et eadem exceptio, citra quam vel unius morte dissolvitur omnium societas. Heres autem socii, etiamsi convenerit, ut uno mortuo in superstitibus societas perseveraret, in societatem non succedit, neque vero, ut succedat, conventionem effici potest, *l. 59. sup.* quæ tamen conventio in compromisso recipitur: puta si convenerit, ut compromissum etiam obliget heredem, si quis forte compromittentium moriatur re nondum iudicata, *d. l. diem, §. 1. & l. non distinguemus, §. sed & si heredes, & §. pro pen. eod. tit.* Et in herede socii placet valde ratio *§. solvitur, Institut. de societ. quia*, inquit, *qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit*, certæ personæ industriam, vel ingenium, nec ejusdem est animi erga heredem ejus, quem sibi socium elegit, aut possit esse, cum sit incertus, nec forte, ubi certus extiterit aliquis heres, mortuo socio, is ejusdem naturæ, & ingenii erit: inter artifices longa est differentia, *l. inter, de solut.* & ut est in proverbio, *ἄριστὸν τὰ ὀφθαλμοῦ καὶ χειρὸς ἐστὶν ἐλεῖσθαι*, & ex eod. *§. solvitur*, rectius lege in hoc *§. morte*: *Morte unius societas omnium dissolvitur*, Basilica, *ἡ ὅσα ἢ κοινῶς* *Omnis societas*, quod nihil est aliud, quam societas omnium dissolvitur, etsi consensu plurium coita sit, plures vero super sint. Et ita est in Institutionibus. Placet etiam ratio, quæ pene eadem est, *§. societas, infr.* societatem ideo non sequi heredem, ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult, puta heredi, quod ei non placet, cujus industria, vel ingenium ei non placet, quod in societate maxime spectatur. Plus enim quandoque præstat ingenium socii, quam pecunia. Verum sequitur in hoc *§. morte*, quamvis verum sit societatem non transire in heredem defuncti socii, heredem socii non esse socium, tamen ex re communi, veluti communiter empti vivo socio, post mortem ejus quæsitum lucrum heredi, quem res sequitur pro parte esse communicandum. Eademque est ratio damni postea facti, quod & supra antevertit dicere in *§. si in rem*, qui congruentius huic loco admotus fuisset. Ergo heres, licet societatis successor non sit, est tamen emolumentum quæsitum ex re communi, sicut & rei, pro rata successor. Itemque damni in ea re postea facti. Præterea heres socii explicare debet ea, quæ per defunctum inchoata, & imperfecta sunt, *l. 40. sup. h. t.* Sicut heres tutoris, quamvis non sit tutor, ea, quæ per tutorem defunctum, *l. 1. D. de fidejuss. tur.* quæ cum illa 40. conjungenda est: utraque est eodem Pomponii libro, & ad idem etiam pertinet *lex pen. de admin. tut.* Et in his vero explicandis, quæ, ut hic loquitur Paul. ex antegesto pendunt, id est, ex iis, quæ ante vivum socium gerere cœpit, si quid heres dolo, vel culpa sua admiserit, id jure societatis præstabit, id ipso jure societatis in æstimationem venit, & vicissim in eo herede eodem judicio superstitibus socii dolum, & culpam præstabit, ut *l. 52. §. 1. sup.* Fac alicujus negotii sive negotiationis coitam societatem, veluti quarundam mercium emendarum, & vendendarum, & unum ex sociis hoc negotium explicasse, confecisse: certum quidem est, hoc casu finitam esse societatem, finito negotio, cujus inita erat societas, nec superesse aliud, quam ut compendii communisve pecuniæ divisio fiat, ut *§. si post, inf.* At si negotium illud ab uno ex sociis inchoatum fuerit, qui morte præventus id perficere non potuerit, ad heredem ejus, ut diximus, negotii consummatio pertinet. Et ita hæc conjungenda sunt cum hoc *§. quod si*. Et hoc deinde subjicit, & ita est conjungendum, ut dixi, cum superioribus. Quod si illud negotium, ne inchoatum quidem fuerit, id est, si re integra, non quidem is, qui gerendum negotium in commune suscepit, sed alter socius vita decesserit, quo genere solvitur societas: deinde vero socius superstitis, qui se id negotii

confecturum communi nomine perat, id confecerit: post finitam igitur societatem morte alterius socii, recte Paul. hoc loco eadem distinctione utitur, qua & supra usus est in mandato, *l. inter causas, sup. h. t.* ut si ignorans socium vita decessisse, negotium illud confecerit, valeat societas, inquit, id est, ut heres defuncto id, quod pro socio, & communiter gessit, tueatur, & ratum habeat, & sit ex ea causa inter eum, & socium superstitem actio pro socio, quia hoc casu, ut & de mandato dictum est, quamvis morte solvatur societas, non solvitur tamen obligatio, vel actio pro socio: sed si sciens mortem socii, ad negotium illud gerendum accesserit, quasi commune tunc, ut non valeat societas, id est, ut non sit ex ea causa inter eum & heredem actio pro socio, sed ut perinde res habeatur, atque si sibi illud negotium gessisset: denique ut hoc casu, & societas, & obligatio societatis alterius morte solvatur, aut soluta intelligatur. Et interim observa, societatem hoc loco accipi pro obligatione societatis: ut emptionem sæpe pro obligatione empti: societatem, inquam, accipi pro obligatione societatis: quæ priore casu, id est, si ignoravit mortem socii durat, non etiam posteriore casu. His etiam addendus est omnino *§. societas*.

AD *§. Societas, & §. publicatione*. In quo *§.* ostenditur, quod dixi, in heredem societatem non transire. Idem eadem ratione obtinere in adrogatore, ut in adrogatorem socii societas non transeat, ne alioquin alter socius invitus efficiatur socius adrogatori, qui forte non vult esse socius: cæterum adrogatus socius permanet: nam & filiusfamilias potest societatem coitam habere cum alio: societas est contractus: atqui filiusfamilias ex omnibus contractibus obligari possunt, & obligare: Adrogatione igitur socii societas non dirimitur, quia non dirimitur etiam mancipatione, si filiusfam. qui est socius extranei, emancipetur à patre. Denique capitis deminutione socii minima non solvitur, ut *l. 58. §. si filiusfam.* maxima & media capitis deminutione socii proculdubio dissolvitur, *l. 63. §. ult.* non minima, id est, si socius fiat servus, vel peregrinus, definit esse socius, non etiam si fiat sui juris, vel alieni juris: minima capitis deminutio morti non comparatur, *l. intercidit, de condit. & demonstr.* media quoque capitis deminutio, quæ irrogat peregrinitatem, quæ plebs, mulctat civitate, plerumque morti comparatur, veluti deportatio in insulam, quæ est media capitis deminutio, morti, inquam, plerumque comparatur, quatenus deportationem semper sequitur publicatio omnium bonorum, *l. 3. ad leg. Jul. pecul. l. ult. §. ult. C. de sens. pass.* quia enim fiscus in locum ejus succedit, deportatus pro mortuo habetur, ut ait *§. publicatione*, qui sequitur. Vivus successorem habet fiscum: ergo jam non vivus esse videtur. Viventis nulla est successio, aut si cujus sit viventis successio, veluti deportati, is proculdubio pro mortuo consequenter habebitur, ut etiam est proditum in *l. 1. §. ult. de bon. poss. cont. tab. & in l. 4. §. pen. de bon. libert.* Expositæ sunt causæ dirimendæ societatis. Restant alia quædam in hac lege, quæ proxima recitatione explicabuntur.

AD *§. Si post distractam*. Expositis variis modis dissolvendæ societatis, actionis mutatione, cessione bonorum, unius socii, renuntiatione, morte, capitis deminutione maxima, vel media, atque adeo publicatione bonorum omnium, aut ad certum negotium inita societate, illius negotii absolute effectu, eo quoque demonstrato dissoluta societate, non continuo etiam dissolvi actionem pro socio, ut puta, si socius mortuo altero socio, cum hoc ignoraret, ad commune negotium aliquod accesserit, qui utique & gessit hujusce negotii nomine adversus heredem socii, quamvis dirempta sit societas, habet actionem pro socio: sed si sciens morte socii diremptam esse societatem, commune negotium aggreffus fuerit, & gesserit, non esse actionem pro socio. Idem nunc docet in *§. si post distractam*: si quis sciens morte socii, vel alio modo distractam esse societatem, aliquid in communem rem impenderit, non esse actionem pro socio, ut id quod impendit ejus actionis beneficio conse-

qua-

quatur, quia ut ait in hoc §. pro socio hic communiter non gessit, quæ verba sunt ex formula ipsa edicti, & actionis pro socio, *Quod pro socio, communiterve gestum sit*. Et ideo sub hoc titulo diligenter explicabitur quid sit societas, quid communiter gestum, l. 31. & trib. seq. sup. hoc tit. Et observandum in ea formula, sicut & in multis aliis formulis juris, disjunctionem illam *communiterve* pro conjunctione accipi, quia de communiter gesto specialis nulla prodita est actio, sed pro socio simul, & de communiter gesto agitur contracta societate. Hac autem ratione, quamvis illo casu non sit actio pro socio, si quis sciens post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit, est tamen actio communi dividendo, inquam, quia distracta societate nihilominus divisio rerum superest, & divisio rerum communium (venit quod in rem communem impensum est, ut id sociorum quisque agnoscat pro sua parte, l. 4. §. sicut, comm. divid. Si quid manente societate socius impenderit in rem communem, proculdubio id venit in actionem pro socio: sed si post distractam societatem impenderit, id non potest deduci in actionem pro socio, communiterve gestum non videtur post distractam societatem, sed venit in actionem communi dividendo: quia actio communi dividendo mixta est actio, tam in rem, quam in personam. Actio autem pro socio, ut in universum doceam, quid distet ab actione communi dividendo, actio pro socio est in personam, l. 1. comm. divid. In actione pro socio, ut hic §. ostendit, id tantum venit, quod pro socio communiterve gestum est. In actione communi dividendo etiam id venit, quod non pro socio communiterve gestum est. Item actio pro socio est ex contractu societatis: actio communi dividendo competit etiam si contracta societas non sit: nam res sine societate voluntaria potest esse communis, ut si duobus conjunctim, & communiter eadem res donata, vel legata sit, d. l. 31. & seq. sup. l. 2. comm. divid. Item actio pro socio, quod est certissimum, famosa est, quæ omni ex parte est directa, non actio communi dividendo. Item actione pro socio non fit cuiquam adjudicatio rei communis: quia in ea actione ea de re non agitur, sed de dolo, de culpa sociorum, de rationibus reddendis, quæ tamen adjudicatio fit in actione communi dividendo, l. 43. sup. hoc tit. Præterea in actione pro socio veniunt nomina debitorum, ut & eorum ratio habeatur communiter inter socios. Nomina tamen debitorum non veniunt in actionem communi dividendo, d. l. 43. Quia ipso jure (hæc est ratio) nomina inter socios divisa sunt pro partibus, quas in societate habent, exemplo nominum hereditariorum ex 12. tabul. Et ad hoc maxime pertinet quod sequitur in §. si communis.

Ad §. Si communis. Hic §. est de actione pro socio, qua socii agunt cum socio, penes quem pecunia, & arca communis est, id est, cum magistro societatis, quotiens quaestus, vel alicujus negotii coita societas est, de quo lex 14. de pact. pactum magistri societatis cæteris, & prodesse, & obesse. In actione autem pro socio, qua socii experiuntur cum magistro societatis, ut in hoc §. si communis, ostenditur (qui in hanc rem est singularis) primum deducitur, detrahitur ex communi pecunia, quod alicui sociorum abest propter societatem, ut si in societatem, ea manente, aliquid de suo impenderit, vel si quod propter societatem damnum senserit in rebus suis, & eo deducto, deinde spectatur quantum cuique debeatur ex quaestibus, & pecunia communi pro partibus, quas in societate habent: res corporales veniunt in actionem communi dividendo, l. 4. in princ. comm. divid. pecunia, quæ debetur cuique ab eo, qui positus est supra pecuniam, & arcam communem, quique rationes societatis administrabat, qui erat magister societatis, venit in actionem pro socio, ut quod cuique debetur de pecunia communi pro rata, ἀναλογως, id ei prætetur, ubi scilicet primore loco ex pecunia communi satisfactum erit ei, cui de suo aliquid ob societatem abest: ea enim tantum pecunia intelligitur esse communis, quæ eo deducto superest, quasi ære alieno societatis, ut vulgo dicitur, *Bona intelligi, quæ deducto ære alieno supersunt*, l. subsignatum, §. bona, de.

A verb. signif. Sic dicitur: Bona communia intelligi, quæ supersunt deducto eo, quod alicui sociorum de suo ob societatem abest. Id enim est æs alienum societatis præcipuum, quod ante omnia deduci oportet, antequam socii pecuniam inter se partiantur: denique prior est causa ejus, qui de suo proprio, quam qui de communi debito agit, quæ est sententia hujus §. si communis. Ex quo etiam intelligimus actionem pro socio, generalem scilicet, quæ est de superputandis, & reddendis rationibus, de restituenda societate: actionem, inquam, pro socio generalem inter socios partiri, quo verbo in hanc rem utitur l. 67. §. si unus, inf. actionem, inquam, pro socio generalem inter socios partiri pecuniam communem, quam magister societatis singulis debet, quod & lex 63. §. si cum tres, sup. ostendit. Actio pro socio partitur: actio communi dividendo dividit. Non est idem partitio, & divisio. Partitio fit numero, & venit in actionem pro socio: divisio fit specie, veluti regionibus certis unius fundi cuique sociorum adjudicatis, vel singulis sociis, singulis rebus adjudicatis: vel uni adjudicata re in solidum, eidemque injuncta præstatione æstimationis pro parte, quam perfolvat alteri, quæ res omnis desiderat arbitrium, nec sine arbitro expediri potest, qui faciat adjudicationes æquas. Partitio autem, quæ fit numero, ipso jure societatis inter socios, sine arbitro peragitur. Hæc est nostra differentia inter partitionem, & divisionem: suam aliam habent rhetores, & Dialectici, partitionem esse totius, divisionem generis, partitionem infinitam, divisionem finitam. De actione pro socio notandum etiam hoc est, quod proponitur in §. pen. hujus legis.

Ad §. pen. Hac actione plerumque agi distracta societate de reddendis rationibus, & partienda pecunia communi, de reddenda ratione doli, & culpæ generali judicio, ut l. 5. C. eod. tit. Si jam tibi, inquit, pro socio nata est actio, id est, si distracta, & finita societas est, vel etiam eodem judicio generali agi, ut distrahatur societas, sicut dixit initio hujus legis, si ideo, inquit, agatur pro socio, ut distrahatur societas; pro socio igitur generali judicio agitur distracta societate, vel ut distrahatur societas. Nonnunquam vero hic ostenditur pro socio agi etiam manente, & mansura societate, ut si societas vectigalium coita sit inter publicanos, quam societatem, quod sit ampla, & negotiosa valde, & variis sæpenumero implicita contractibus, non utique semper, neque temere eam distrahere expedit, atque ideo nec agere pro socio generali judicio, ut distrahatur, sed agi potest speciali judicio, puta ut quod vectigalium unus ex sociis exegit, & sibi retinet, id in commune conferat. Idem de qualibet societate privata dici potest, ut l. 74. inf. hoc tit. Socius omnium bonorum rem, quam sibi emit, actione pro socio communicare cogitur. Et in l. 52. §. idem Papi-nianus, sup. fratres, qui fecerunt societatem omnium bonorum judicio pro socio agunt, manente, & mansura societate, ut & castrensia, & quasi castrensia, veluti stipendia, congiaria, donativa, salaria, in commune redigantur, non veniant in collationem bonorum in successione ab intestato, veniant tamen in societatem omnium bonorum.

Ad §. ult. In §. ult. hujus legis, ostenditur, in societatem omnium bonorum venire dotes uxorum, quia & ea in bonis maritorum sunt, l. quamvis, de jure dot. quoniam Paul. ait in illo §. ult. si unus ex sociis omnium bonorum maritus sit, & distracta societate constante matrimonio agatur communi dividendo: si unus, inquam, ex sociis universorum bonorum sit maritus, & distracta societate constante matrimonio agatur communi divid. ait, maritum, quia sustinet onera matrimonii, in judicio communi dividendo debere dotem præcipere κατ' ἐξαρτησιν, quoniam dos est pensatio onerum matrimonii, quod adhuc manet. Itaque in judicio communi dividendo officio judicis præcipuo jure sibi præcipiet dotem, ut l. si maritus, & l. fundus, qui dotis, famil. ercisc. l. 2. C. eod. tit. Vel si jam soluto matrimonio, atque adeo finitis oneribus matrimonii, distracta sit societas, & agatur communi dividendo, eadem die dotem præcipere maritus debet, quæ & reddere uxori, veluti præ-

presenti die, si dos consistat in corporibus, vel annua, bi-
ma, trima die, vel hodie annua die, si consistat in iis, quæ
pondera, vel numero, vel mensura constant, sicut genera-
liter dicitur in l. 27. & 28. *sup.* Omne æs alienum, quod
manente societate omnium bonorum in rem communem
contractum est, sua die de communi solvendum; puta si
debeatur in diem, vel sub conditione, non ante de com-
muni esse solvendum, quam dies venerit, quo creditori
solvitur debet. Et interim si agatur communi dividenda
societate, socio, qui æs alienum contraxit, cæteros cavere
debere de indemnitate, cavere debere defensum iri eum
adversus creditores, quum dies venerit exigendi æris alie-
ni, vel cum conditio extiterit, ut *l. cum socii, sup. comm. divid.*
Verum ut subjicitur in *l. seq.* si soluto matrimonio dos re-
stituenda non sit, id est, si dos cedat lucro mariti, puta
ex conventionem: tunc dotis præceptioni nullus est locus,
quoniam tunc dos venit in iudicium communi dividendo,
ut dividatur inter socios, non etiam, ut præcipua remaneat
apud virum.

Ad L. LXVII. eod. Si unus ex sociis rem communem vendiderit
consensu sociorum: pretium dividi debet ita, ut ei caveatur
indemnem eum futurum: quod si jam damnum passus est, hoc
ei præstabitur. Sed si pretium communicatum sit sine cau-
tione, & aliquid præstiterit is, qui vendidit: an, si non om-
nes socii solvendo sint, quod à quibusdam servari non potest,
à cæteris debeat ferre? Sed Proculus putat, hoc ad cæterorum
onus pertinere, quod ab aliquibus servari non potest. Ratio-
neque defendi posse: quoniam societas cum contrahitur, tam
lucri, quam damni communio initur.

Ad §. Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant,
communem pecuniam fœneraverit, usurasque perceperit: ita
demum usuras pariri debet, si societatis nomine fœneraverit.
Nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum perti-
nerit, usuras ipsum retinere oportet.

Ad §. Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in com-
muni negotio, iudicio societatis servabit, & usuras: si forte
mutuatus sub usuris dedit. Sed & si suam pecuniam dedit: non
sine causa dicitur, quod usuras quoque percipere debeat, quas
possit habere, si alii mutuum dedisset.

Ad §. Non alias socius in id, quod facere potest, condemnatur,
quam si confitetur, se socium fuisse.

Sunt adhuc ex libro 32. leges tres, quæ pertinent ad
actionem pro socio, l. 67. hoc tit. & l. 16. de reb. cred. &
l. 6. de compensat. In principio legis 67. ponit, unum ex
sociis rem communem vendidisse consensu sociorum. Re-
cte consensu sociorum. Nam citra eorum consensum plus
sua parte alienare non potuit, etiam si totorum bonorum
socii fuerint, ut in l. 68. in princ. hoc tit. videlicet ante di-
ctatum iudicium communi dividendo plus sua parte alie-
nare non potuit sine consensu cæterorum: nam post di-
ctatum iudicium communi dividendo ne partem quidem
suam alienare potest, nisi cæteri consenserint, l. 1. C. comm.
divid. l. 3. C. de comun. rer. alien. ne alioquin quid invitis
sociis iam coopto iudicio divisionis subtrahatur, subdu-
catur, quia fieri potest, ut eo iudicio tota ea res uni adju-
dicetur. Et idem hoc ipso libro Paulus scripsit de pecunia
communi in l. 16. de reb. cred. quam prius explicare occu-
pabo.

Ad L. XVI. de Reb. cred. Si socius propriam pecuniam mutuam
dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet cæteri dissen-
serint. Quod si communem numeraverit, non alias creditam
efficit, nisi cæteri quoque consentiant: quia suæ partis tan-
tum alienationem habuit.

Sent. leg. 16. hæc est, ut nisi cæteri socii consentiant, non
possit socius communem pecuniam mutuam dare, nisi
pro parte sua. Ex quo sequitur, eum, si communem pecu-
niam ex arca communi mutuam dederit, non consentien-
tibus cæteris, quia totam eam non fecit accipientis, non
habere totius pecuniæ conditionem, nisi tota bona fide
consumpta sit ab eo, qui mutuam eam accepit, cum eam

existimaret esse dantis propriam in solidum. Quo casu, id
est, si bona fide consumpta sit, etiam non esse condi-
tionem ex numeratione, sive conditione de rebus creditis,
sed esse conditionem ei, qui pecuniam mutuam dedit, ex
consumptione bona fide facta, quæ conciliat mutuum, quæ
conditio dicebatur etiam à veteribus *conditio de bene de-
pensis*, id est, bona fide consumptis: interim ante consum-
ptionem partem suam duntaxat condicere posse conditio-
ne de rebus creditis. Ut si sint tres socii certæ negotiatio-
nis, vel etiam omnium bonorum ex æquis partibus, & ex
communi pecunia, & unus crediderit 30. non consentien-
tibus cæteris, 10. tantum condicere potest ex numeratione,
sive ex mutui causa, si pecunia extet, si bona fide consum-
pta sint triginta, l. 13. *§. ult. eod. tit. l. si is, cui nummos, de
solut.* Propriam autem pecuniam, ut ait eadem l. 16. so-
cius mutuando etiam non consentientibus sociis, omnimo-
do creditam eam facit (†) Hæc est sententia legis 16. quæ
locum etiam habet in re propria, ut scilicet res propria
unius socii invitis cæteris, omnimodo alienari possit, si
nondum societatis iudicio eam communicare coactus fue-
rit, quum totorum bonorum societas coita erat, l. 72. *pro
soc.* Nam antequam eam communicaverit, possit socius
omnium bonorum videri proprium aliquid habere.

Regressus ad L. LXVII. Pro socio.

At ut jam nunc exponam l. 67. Si unus ex sociis com-
sensu cæterorum, ut oportet, rem communem ven-
diderit, pretium ejus veniet in actionem pro socio distracta
societate: ita tamen, ut ei caveant cæteri de indemnitate, si
forte cum eo emptor experiatur evictionis nomine, re forte
evicta emptori, vel si emptor agat cum eo, qui vendidit,
cæteri caveant de indemnitate, vel quod idem est, de de-
fensione, id est, defensuiri eum adversus emptorem, ser-
vaturi eum indemnem omni damno, & quod ob eam
causam emptori præstari oportebit, de communi præstui-
ri, sicut si aliud quodcumque æs alienum socius societatis
nomine contraxerit, eadem cautio indemnitis, sive de-
fensionis interponitur, l. 27. & 28. hoc tit. *l. cum socii, comm.
divid.* Sed ut subjicitur in hac l. Si prætermissa cautione
hujusmodi, socius, qui vendidit rem communem consen-
su cæterorum, pretium communicaverit, id est, pretium in
commune contulerit, ut divideretur sine cautione, ut dixi,
qua tamen sibi prospicere debuit, & postea aliquid emptori
præstiterit, nihilominus, etiam si cautione sibi non pro-
spexerit, à singulis sociis ejus, quod præstiterit emptori,
partes feret, si modo omnes socii solvendo sint. At quid si
quis ex sociis solvendo non sit? an inopia hujus onerat cæ-
teros, qui idonei sunt, qui pares solvendo sunt? Quod Cas-
sius negasse videtur. Sed Proculi sententia verior est, ad onus
cæterorum pertinere, quod ab aliquibus servari non potest:
inopiam aliquorum onus esse cæterorum, qui locupletes
sunt. Quod maxime notandum est in causa societatis. Et
hujus sententiæ Proculi ratio hæc est, quia societas contra-
hitur non tantum ut lucrum, sed etiam ut damnum, & pe-
riculum omne sit commune, l. 52. *§. quidam in fi. b. t.* id ergo
periculum etiam venditor agnoscit pro sua parte: exempli
gratia si tres sint socii, primus, secundus, tertius, & primo,
qui rem communem vendidit consensu sociorum absint
300. quæ præstitit emptori: secundus autem nihil facere
possit redactus ad incitas, ut loquebantur, ad inopiam ex-
tremam, primus, & tertius locupletes sint, primus à tertio
consequitur 150. tantum: nam ipse primus inopiam secundi
onus pro parte sua sustinere debet. Sequitur §. 1.

Ad §. Si unus. Supra dixit Paul. de pecunia communi credita
ab uno ex sociis in l. 16. de reb. cred. hoc loco agit de
usuris, cum socius pecuniam communem fœnerari occupavit, &
querit, an usuræ illæ veniant in actionem pro socio, atque
ita distinguit: aut societatis nomine, & periculo igitur, pe-
cuniam communem fœneravit ex consensu sociorum: aut
nomine, & periculo suo. Si societatis nomine fœneravit,
usu-

(†) Vide Merill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 16.

usuras, quas percepit, venire in actionem pro socio, & esse particendas, sive dividendas (nam dividere pro partiri nunquam accipitur) inter socios. Sed si suo nomine, & periculo pecuniam communem sceneraverit, si hoc fecerit, ut ad se nominis periculum pertineret, non ad socios, veluti pro pretio, sive pensatione periculi, æquum est, ut usuræ, quas percepit, ad eum solum pertineant pro pensatione periculi suscepti. Quod comprobatur aperte *l. postulantæ, §. ult.* in illo loco: *Quia suo periculo sceneravit, ad SC. Treb.* Idemque leges hic notatæ ab Accurs. *lex si navis, de rei vindic. l. idemque, §. si mandavero procuratori, sup. tit. prox. l. Titium, §. præfectus, de adm. tut.* Quæ omnes leges valde faciunt ad hunc locum, & ostendunt, cujus est periculum nominis, sive contracti debiti, ejus etiam solius esse debere compendium usurarum. Huic autem distinctioni hujus §. eleganter Paulus notat locum esse, si socii non fuerint socii omnium bonorum. Nam si fuerint socii omnium bonorum indistincte, sive suo, sive societatis nomine socius pecuniam communem sceneravit, periculum sortis commune est, ergo & usurarum emolumentum commune esse debet. Et hinc notant Græci rectissime, pecuniam communem scenerare non esse eam convertere in suos usus, *τὸ δαψινοῦσαι ἢ εἶναι κοινὴν χρῆσιν*: nam si esset *κοινὴ χρῆσις*, sic vocant pecuniæ communis conversionem in proprios usus sine distinctione: socius, qui sceneravit, si illa sceneratio esset conversio in suos usus, usuras sociis præstare deberet, quasi ex mora facta *ρεῖψα, l. 1. §. 1. de usur. l. 60. hoc tit. sup.* pecuniam, inquam, communem scenerari collocare non esse eam in usus suos convertere, non certe, si societatis nomine eam collocaverit, non item si suo nomine, quia rem sui periculi fecit. Et idcirco hoc casu nullas pensat ipse usuras sociis, sed quas percipit, sibi habet pro pretio suscepti periculi. Hæc omnia summe notanda sunt.

Ad §. penult. In §. penult. hujus leg. ostenditur, in actionem pro socio venire quod necessario de suo socius impendit in rem communem, ut *l. 65. §. si communis, supr.* Quod necessario, inquam, de suo socius impendit in rem communem, manente scilicet societate; nam quod impendit post distractam societatem, venit in actionem communi dividendo, non in actionem pro socio, *d. l. 65. §. si post.* At si manente societate, necessario de suo impendit in commune negotium, proculdubio id venit: impendium illud venit in actionem pro socio. Imo veniunt & usuræ ejus impendii, ejusve pecuniæ, quas scilicet percipere potuisset, si alii suam pecuniam mutuam dedisset, quam impendit in commune negotium, vel etiam usuræ, quas ipse dedit, pecuniam mutuatus sub usuris, quam in commune negotium impenderet, *l. 19. §. pen. de neg. gest.*

Ad §. ult. Restat hujus leg. §. ultim. in quo ostenditur, beneficium, quod habet socius omnium bonorum, non socius unius rei, ut ait *l. 16. de re judic.* ne socio condemnatur supra quam facere possit, supra vires facultatum suarum, quod quidem beneficium jus fraternitatis, quod societati inest, suavitati socio dari omnium bonorum, quo cum socius agit, ut ait *lex 63. in princ. hoc tit.* Hoc, inquam, beneficium ei tantum dari, qui se socium esse confitetur, non qui, ut effugiat actionem pro socio, inficiatur se esse socium, ut *l. 22. §. ult. C. de re jud.* Inficiatori hoc beneficium non datur. Sicut ei, ex pluribus fidejussoribus, qui dolo malo inficiatur, se esse fidejussorem, non datur beneficium divisionis, sed condemnatur in solidum: qui negat se esse fidejussorem, amittit beneficium divisionis, quod pluribus fidejussoribus contulit epistola Divi Adriani, *l. 51. §. ita demum, de fidejuss.* Sicut & qui falso negat, se esse feudatarium, ne pareat domino, amittit feudum, ut constat ex libris Feudorum. Ex ratione autem dandi sociis hujus beneficii, quæ proponitur in *d. l. 63.* ut dixi, quia societas, inquit, quodammodo fraternitatem in se habet, societas scilicet omnium bonorum: Ex ea, inquam, ratione intelligimus, eandem moderationem juris servari debere inter fratres. Quod tamen Accursius diffinitur: Verum si socium non possis damnare in solidum, cur possis fratrem? nam

A nec amicus, nec socius pluris, imo nec tanti debet esse, quam frater ex præcepto Hesiodi:
Μηδὲ κασιγνήτω ἴσον ποιεῖσθαι ἑταίρον.
aut sane tanti frater, quanti socius. Homerus in fine Odyss.

... ἢ μὲν τι κασιγνήτου χρεῖον
Γίνεσθαι, ὅς κεν ἑταίρῳ ἐὼν πεπνυμένα εἴδῃ.
nulla fraternalis conjunctio sanctior est, nulla necessitudo præponenda sanguinis conjunctio. Cicer. ad Attic. *Posteaquam à fratre discessi, neminem pluris, quam te facio: Ad actionem pro socio pertinet etiam l. 9. de compensat.* quæ est ex hoc libro.

Ad L. IX. de Compensat. Si cum filiofamilias, aut servo contracta sit societas, & agat dominus, vel pater, solidum per compensationem servamus. Quamvis si ageremus, duntaxat de peculio præstaretur.

Ad §. Sed si cum filiofamilias agatur: an quæ patri debeantur, filius compensare possit? Et magis est admittendum, quia unus contractus est: sed cum conditione, ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum quod is compensaverit.

Cum filiofamilias, vel servo contracta societate, si pater, vel dominus agat pro socio, quoniam omnia jura, omnes actiones filius acquirit patri, si, inquam, pater, vel dominus ex contractu societatis habito cum filio, vel servo, agat cum socio, per compensationem, quod vicissim ei, cum quo pater agit, vel dominus, debet filiusfamil. vel servus, servabit in solidum, quia dominus, vel pater agendo, ratam societatem facere videtur. Et tamen si non ageret pater, vel dominus, sed ageret socius filiofamil. vel servi, in patrem, vel dominum actione pro socio non ageret in solidum, sed de peculio tantum. Solidum quod non potest servari per actionem, servatur per compensationem, quoniam æquum est, ut pater, vel dominus, qui agit pro socio in solidum, & ex eadem causa patitur compensationem in solidum. Quid autem fiet si agatur cum filiofamilias, (non ponitur cum servo, quia cum servo non potest esse actio) quid, inquam, si socius agat cum filiofamil. actio: ne pro socio: an potest compensare filius, quod patri societas debet? Et respondet, posse: quia unus contractus est, id est, una societas, ex cujus causa patri quæsitæ obligatio est. Sed debet filius, si velit compensare quod patri societas debet cavere de rato, id est, patrem compensationem ratam, & gratam habiturum, nec exacturum quod is compensaverit. Et ita etiam quum pater egit pro socio in socium filiofamil. cavere debet opposita compensatione de judicato solvendo, *l. 3. §. ult. rer. amot.*

Restant adhuc leges tres, quæ huic libro 32. adscribuntur, sed falso. Una est *l. 7. loc.* quæ reddenda est 34. Aliæ duæ sunt *l. 1. de rer. permut. & l. 71. ad leg. Falcid.* quas libro proximo explicabimus. Explicit liber 32.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXIII. PAULI AD EDICTUM.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. de Contrahend. emp. Origo emendi, vendendique à permutationibus cepit. Olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium, vocabatur: sed unusquisque secundum necessitatem temporum, ac rerum, utilibus inutilia permutabat: quando plerumque evenit, ut quod alteri superest, alteri defuit. Sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles: electa materia est, cujus publica, ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatibus, subveniret, eaque materia forma publica percussa usum, dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex

ex quantitate: nec ultra merx utrumque: sed alterum pre- A
tium vocatur.

Ad §. Sed an sine nummis venditio dici bodieque possit, dubi-
tatur. Veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem: Sabinus,
& Cassius esse emptionem, & venditionem putant. Nerva,
& Proculus, permutationem, non emptionem hoc esse: Sabinus
Homero teste utitur, qui exercitum Græcorum ære, ferro,
hominibusque vinum emere refert, illis versibus.

Εὐθὺν ἄρ' οἴνῳ ζῶντο καὶ ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δὲ αἴθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ βίβοις, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βίβοισι,
ἄλλοι δὲ ἀνδραποδείοσιν. Id est.

Hinc quidem vinum emebant comati Achivi:
Alii quidem ære, alii autem splendido ferro.
Alii vero pellibus, alii autem ipsis vaccis,
Alii autem mancipiis.

Sed hi versus permutationem significare videntur, non emptio-
nem: sicut illi.

Εὐθὺν αὐτὲ Γλαυκῷ Κρονίου φρένας ἐξέλετο Ζεὺς.
Ὅς πρὸς Τυδείδῃ Διομήδεα τεύχεα, ἀμείβετο: Id est,
Hic rursus Glauc Saturnius mentes exemit Jupiter,
Qui cum Tydide, Diomede arma mutavit.

Magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod alii idem
Poeta dicit.

περίωτο κτεάτισσιν ἐοῖσιν. id est,
Emis possessionibus suis.

Sed verior est Nerva, & Proculi sententia: nam ut aliud est
vendere, aliud emere: alius emptor, alius venditor: sic aliud
est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non
potest, uter emptor, uter venditor sit.

Ad §. Est autem emptio juris gentium, & ideo consensu pera-
gitur, & inter absentes contrahi potest, & per nuntium, &
per litteras.

CUM egisset Paulus libro superiori de mandato
& societate, hoc libro agere instituit de emptione,
& venditione, & libro sequenti de loca-
tione, & conductione. Qua ratione, & quæ
superiori libro falso adscribuntur l. 71. ad leg. Falcid. &
l. 1. de rer. permutat. quæ sunt de emptione, & venditione,
non de mandato, vel societate, huic libro reddendæ sunt,
quod & dicitur leg. 1. de rer. permut. conjuncta lex 1. de cont.
empt. à qua mox incipiam, manifestum faciet. Eademque
ratione lex 7. locati, quæ est de locatione, & conductione,
& falso etiam adscribitur libro superiori, reddenda est li-
bro sequenti. Tractaturus autem hoc libro 33. Paulus de
contractu emptionis, & venditionis, primum docet, em-
ptionem, & venditionem originem, & causam coepisse à
permutatione, qui contractus longe vetustior est emptione,
& venditione. Nec enim fuit olim ulla emptio venditio,
ulla locatio, conductio, ullusve nummorum usus, sine qui-
bus emptio venditio, locatio conductio non consistit. Ul-
pianus in l. 2. hoc tit. sine pretio, inquit, nulla venditio est, id
est, sine conventionione certi pretii, quod in pecunia nume-
rata consistat. Idemque de locatione dicendum est, quæ
dicitur proxima esse emptioni, & venditioni, & iisdem re-
gulis juris constare, l. 2. loc. Et inde Papinianus in l. pacta,
inf. hoc tit. emptionis substantiam ex pretio consistere. Et
Ulpianus in l. 19. §. pen. de æd. edific. emptorem esse eum,
qui pretio emit, id est, qui pro re, sive merce, quam à ven-
ditore sumpsit, certos nummos adnumeravit. Nummis
emuntur res, non rebus: aut quum res rebus emuntur,
permutatio id potius est, vel quod idem est contractus do,
ut des, l. naturalis, §. 1. de præscript. verb. ut si togam do, ut
tunicam accipiam: si bovem do, ut servum accipiam: ne-
que enim in permutatione ullum pretium, ullive interve-
niunt nummi, sed est in ea utraque merx, non ut in em-
ptione venditione aliud merx, aliud, pretium. Cajus Soli-
nus de Silurum gente: Custodiunt, inquit, morem vetustum,
nundinas, & nummum refutant: dant res, & accipiunt, mu-
tationibus necessaria potius, quam pretiis parant. Et in hoc
quidem genere negotii, quod permutatio dicitur necessi-
tas, atque indigentia rerum, est modus rerum, mensura re-
rum, συμμετρίω, quod ut arbitror ex Aristotele, qui hoc
Tom. II. Post.

scripsit libro 5. & hic Paulus significat in hac l. i. dum ait:
Pro necessitate temporum, & rerum (duplicem speciem ne-
cessitatis notat) utilia inuilibus permutare: quando ple-
runque evenit, ut quod alteri superest, alteri desit. In nego-
tio autem emptionis, & venditionis nummus est mensura
rerum, & ea quidem longe certior, & verior. Quia enim
vix una res alii unquam ex æquo per omnia responderet, ea
res plurimum inæqualem facit rerum permutationem. At
nummus semper facit æqualem. Denique, ut idem Philo-
sophus ait, in indigentia locum tandem, quia nec semper
ea concurrebat ex utraque parte contrahentium, aut si
concurrebat, non semper ex utraque parte erat æqualis, ita
ut semper faciendæ permutationis rerum copia esset, aut
æqua potestas, successit nummus ex instituto, & quasi com-
pacto Reipublicæ, qui res omnes metiretur, quique apud
cum, qui in præsentem forte nulla re indiget, esset veluti
sponfor, quo fretus id, quo postea quandoque indigere
coepisset, sibi compararet. Electa, inquit, est materia, cujus
publica, ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum
æqualitate quantitatis subveniret. Electa est materia ἐξ ὅσων
δέσσει, ut ille ait, vel κατ' οὐδέτηκην, quasi ex communi con-
ventu, ex communi Reipub. sponso. Ejus publica, inquit,
& perpetua æstimatio. Publica æstimatio est, cujus forma
publica, sive character publicus est, index æstimationis, &
potestatis cujusque nummi. Eademque æstimatio, ut aiti
perpetua est, quia etsi contrario consensu populi mutar,
æstimatio possit, vel tolli penitus reprobatu nummis, ta-
men certa plerumque est, aut simpliciter certa est, non ar-
bitraria, publica, non privata. Quod publicum est, id au-
guramur fore perpetuum. Certa nummorum æstimatio, ut
ait l. 3. de in lit. jur. Et ideo quum nummi in iudicio pe-
tuntur, nunquam defertur iuramentum in litem, quia de-
fertur ejus rei, qua de agitur, æstimationis. Atqui nummo-
rum æstimatio certa est, d. l. 3. Qua quidem æstimatione,
ut dixi, metimur res omnes, quæ merce numero habentur,
neque enim merce nummi æstimantur, sed merx num-
mis, l. si ita fidejussor, de fidejussor. & Teoph. noster in §. con-
stitutitur, de usufr. Sequitur in hac l. Ea que materia forma
publica percussa usum, dominiumque non tam ex substantia
præbet, quam ex quantitate. Sensus est formam illam pu-
blicam, quæ nummis imprimitur, esse indicem, esse no-
tam, sive monetam quantitatis, & æstimationis cujusque
nummi. Quod Aristotel. sic explicat 1. Polit. ὁ χαρακτήρ ἐστὶν
τῆ πρὸς σημεῖον. Χαρακτήρ vocat, quod Paul. formam.
Ac præterea nummos usum, dominiumque sui præbere,
non tam ex substantia, id est, ex qualitate, & temperatura
materiæ suæ, quam ex quantitate, id est, ex potestate, &
æstimatione, quam typus ille publicus indicat. Et ut ait
l. si is, cui nummos 94. de solut. eleganter, non corpora nummo-
rum spectari, sed quantitatem, notamve publicam. Substan-
tiam vocat Paulus, quod M. Tullius naturam auri, vel ar-
genti, vel æris: quantitatem, quod idem facultatem 12. ad
Atticum, noscenda est natura auri scilicet, vel argenti, vel
æris, quod ab argentario accepturus es, non facultas modo. Ad
hæc quærebatur olim, an & sine nummis in cæteris rebus
pretium emptionis venditionis esse posset, quod & in lo-
catione conductione quæri solebat, §. præterea, Institui. de
locat. & conduct. Veluti si ego togam darem tibi, & tu vi-
cissim veluti pro pretio togæ mihi tunicam dares, an emptio
venditio esset; vel si ego tibi rem aliquam utendam, sive
fruentiam darem, & invicem aliam utendam, sive fruen-
dam aliam rem acciperem, an locatio, & conductio esset?
Et Sabiniani quidem, ut hoc loco Paulus docet, existima-
bant emptionem venditionem esse, aut locationem con-
ductionem: rem rei pretium esse posse, si hoc ageretur inter
contrahentes. Denique permutationem rerum emptio-
nem venditionem esse, non separatim contractum ab em-
ptione venditione. Et ut hoc loco Paulus refert, Homero
teste utebantur, qui Trojanis temporibus, scribit Græcos
vinum sibi emisse ære, ferro, coriis boum, bobus, ca-
ptivisque 7. Iliad. his versibus, qui hoc loco proponun-
tur. In quibus verbum illud οἴνῳ ζῶντο, Sabiniani sic interpre-
tabantur, vinum emebant bobus, aut servis, ut subijcit, ut Di-
dymus quoque οἴνον ἀνέωτο, ὅτι οὐ ἡ γοργέρον. Theoph. Verum
hoc

B

C

D

E

hoc argumentum ; quod Sabiniani ex illo Homeri loco A ducunt, parum idoneum esse Paulus ait, quoniam quidem his verbis, eoque ipso verbo *οὐκ ἴσθητο*, permutatio potius, quam emptio significari videtur, ut *οὐκ ἴσθητο* sit, non *vinum emebant, sed vinum parabant, aut sibi comparabant*. Certe Plinius 33. *mutandi* verbo utitur in eorum versuum interpretatione, si credimus libris manu exaratis, in quibus ita est: *Cum res ipsæ permutarentur inter se, sicut & Trojanis temporibus fœditatum Homero credi convenit: ita enim, ut opinor, commercia victus gratia invec̄ta, alios coriis boum, alios ferro, captivisque mutasse tradit, non ut vulgo, emptitasse*. Et Servius quoque 3. Georg. ex Cajo nostro hunc Homeri locum notans; *Apud majores, inquit, omne mercimonium in permutatione constabat: Quod & Cajo Homero confirmat exemplo*. Hæc servius. Et illum quoque Homeri Eulstathius interpres plane accipit de permutatione, dum B ait, *αμοιβῆς οἱ παλαιοὶ ἔχοντο, ἢ νομισμασί, permutationibus veteres utebantur, non nummis*. Et subjicit eleganter, *ἢ πῶ γὰρ λῶ παρρησίᾳ νομισματος δολοποιῆ ἐν ἀνθρώποις: Nondum enim inter homines ulla erat doli nummi fiducia*. Itemque Homerus, quod & hoc loco Paulus notat, quum agit de permutatione armorum Glauci, & Diomedis, utitur ipso verbo *permutationis* proprio, non *emptionis* verbo, *ἀμείβειν*. Verum, ut & idem Paulus notat, idem Homerus 1. Odyssea, quod ait, *πελάτο κτεάτεσσιν ἐόντιν, emis rebus suis, possessionibus suis*, ancillam scilicet, id magis facit pro Sabinianis. Nam *πελάσθαι* proprium est emptionis verbum, non permutationis. Sed hoc quoque argumentum imbecillum est. Nam & iis verbis *ἀμείβειν*, vel *ἀλλάττειν*, & *πρὸς αὐτῶν*, & *ἀντὶ αὐτῶν* Græci promiscue utebantur, sicut Latini verbis *emere*, & *mutare*, vel *permutare*. Quod ut C pluribus planum faciam, non est opus. Verior autem est Proculianorum sententia, quæ etiam irrobora vit, jamque inveteraverit, & quam etiam confirmat ille locus de permutatione armorum Glauci, & Diomedis, permutationem scilicet emptionem non esse, *l. naturalis, §. 1. de præscrip. verb.* quia placet, inquit, hodie, sedata veteri controversia Jurisconsultorum, permutationem non esse emptionem: aliud esse permutationem, aliud emptionem: item aliud genus negotii esse dare, & accipere vicissim rem utendam, vel fruendam: aliud locare, & conducere rem certam certo pretio, ut in specie *l. si gratuitam, §. si cum unum, de præscrip. verb.* si cum unum bovem quis haberet, & vicinus quoque ejus unum tantum, convenit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus rurestre facerent: quod genus negotii contrahitur plerumque. Et D congruit in hanc rem optime ille locus Heliodi.

*Ἡλιδίου γὰρ ἔπος ἐστὶν βόε δός, ἢ ἀμείβων
Ἡλιδίου δ' ἀπανλωσθῶν.*

Qui locus est etiam de mutuo boum commodato. Hoc, inquam, proprium esse genus contractus, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, veluti ex articulo facio, ut facias, commodatum non est, quia non est gratuitum: & commodatum omne est gratuitum: locationem conductionem non esse, quoniam non interveniunt nummi pro mutuo usu boum. Et eodem modo verius est, aliud esse permutationem, sive do, ut des, ex quo negotio nascitur actio præscriptis verbis, sive in factum: aliud emptionem, & venditionem, ex quo negotio nascitur actio ex empto vendito: permutatis rebus emptionem non contrahi: sed proprium genus contractus, quod permutatio dicitur, sine nummis emptionem non contrahi. Et ad ultimum emptionem nummis contrahi, non rebus, ut ait *l. pen. C. de rer. permut.* emptionem nummis fieri, non rebus: nummis fieri (Hoc enim sic intelligendum est) quos dari convenit ab initio gerendi negotii pro mercis pretio. Initium contractus semper spectandum est, origo & causa contractus, *l. 8. in princip. mand. l. 12. ad Senatusc. Macedon.* Si ab initio convenit de pretio certo, de nummis certis numerandis pro merce, emptio venditio est, licet ex post facto volenti pretii vice res data sit, puta servus, vel bos, licet, inquam, res data in solutum, non pecunia numerata, *l. pretii, C. de rescind. vend.* Sicut si pecunia certa credita sit ea lege, ut non eadem ipsa pecunia, sed alia ejusdem

generis, & quantitatis quandoque solvatur, mutuum est, quamvis postea vice pecuniæ creditæ volenti res detur in solutum, *l. manifesti, C. de solut.* Quia initium contractus spectandum est: initium contractus format contractum, non quod ex post facto supervenit, & retro quoque emptio venditio est, si de certa merce ab initio, quæ certo pretio veniret, convenerit, licet postea ea merx ad emptorem non perveniat, ut si *βῶλον*, sive retis jactum, vel si pantheram emerit, & piscator, vel auceps, qui vendidit, nihil ceperit, nihil pertinet ad emptorem, & tamen pretium præstare debet venditori actione ex vendito, *l. emptorem 12. §. ult. de act. emp.* Permutationem etiam rerum, emptionem venditionem non esse, ex eo etiam apparet, quod in permutatione discerni non potest quid sit merx, quid pretium, quis sit venditor, quis emptor, nec natura paritur, ut uterque contrahentium sit venditor, & emptor, vel utraque res merx & pretium. Et hoc fieri in extremo hujus legis Paulus scribit, & repetitur iisdem verbis in *l. 1. de rer. permut.* quæ alias explicabitur. Quo argumento evincimus illam *leg. 1. de rer. permut.* esse vindicandam huic libro, qui totus etiam est de emptione venditione, non libro superiori, qui est tantum de mandato, & societate, non de emptione venditione. Ac præterea pleræque aliæ differentiæ inter permutationem, & emptionem explicantur in illa lege 1. Secundum hæc, quæ dixi hæctenus, recte quidem statues, permutationem esse vicinam, proximam, similem emptioni venditioni, ut *l. 2. de rer. permut. l. 2. C. eod. tit. & Novell. Valentiniiani de confirmandis iis, quæ offic. publ. gerentibus distrahta sunt*. Non etiam recte dices, permutationem esse emptionem: aliud est esse simpliciter, longe aliud esse simile. Vel ex diverso etiam, recte dices emptionem venditionem permutationem referre, permutationi esse similem. Similitudo enim, & adfinitas omnis est reciproca. Qua de causa, id est, quia emptio vicina similis est permutationi, tametsi nummi sint ex instituto civili, sine quibus emptio non consistit, tamen dicitur emptio esse jurisgentium, sive naturalis in *§. ult. h. l. & lex hoc jure, de justit. & jur.* quia scilicet permutationem imitatur, quia ex permutatione originem ducit, quæ absque dubio jurisgentium est, ut subjicit in fine hujus legis, emptionem venditionem, quia scilicet est jurisgentium, consensu nudo peragi, re nondum tradita, pretio nondum adnumerato, quia, inquit, est jurisgentium, consensu nudo peragitur inter absentes, vel inter præsentem: & quia jurisgentium est, non desiderat verborum solemniam, aut ullius scripturæ proprietatem, ut stipulatio, ut obligatio contracta nominibus ad mensam argentarii, quæ obligationes sunt juris civilis. Et ita *lex 1. inf. loc.* ait locationem conductionem esse naturalem, & omnium gentium, locationem conductionem esse jurisgentium, quia non verbis, inquit, contrahitur, alioquin esset juris civilis, si, vel verbis, vel scriptura solemniter contraheretur, sed contrahitur consensu nudo, sicut emptio venditio.

Ad *l. 1. de Rer. permut.* Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor, vel uter venditor sit, multumque differunt præstationes: emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito. Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari dolo malo. Itaque si evicta res non sit, nihil debet. In permutatione vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet: si merx neutrius. Sed cum debeat, & res, & pretium esse: non potest inveniri, quid eorum merx, & quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res, & veneat, & pretium sit emptionis.

Ad *§. Unde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur: in factum dandam actionem, respondetur.*

Ad *§. Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet: alioquin si res nondum tradita sit nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent: ut in emptione, venditione, conductione, mandato. (†) Ad*

(†) Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 28.

Ad §. Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem, nullam con-
trahere permutationem.

Ad §. Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem no-
liu tradere: non hoc agemus, ut interest nostra illam rem ac-
cepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur,
condictioni locus est, quasi re non secuta.

LEgi primæ de contrahenda emptione, quam heri inter-
pretati sumus, conjungenda est l. i. de rer. permut. cu-
jus initium ex illa repetitur, eoque demonstratur, quæ est
summa, & prima differentia inter emptionem, & permuta-
tionem, non eandem esse substantiam emptionis, vendi-
tionis, & permutationis, nec idem utrumque contractus
genus. In emptione venditione discretam esse mercem à
pretio, discretum venditorem ab emptore; in permuta-
tione discerni non posse, uter sit venditor, uter emptor, B
utrum sit merx, utrumve pretium, quod omne jam satis
exposuimus. Sequuntur alix duæ differentix in hac lege i.
Ac primum quidem tenetur in hoc, & obligatus est actio-
ne ex vendito, ut nummos suos, non tantum puros, pro-
bos, prophanos, sed etiam suos nummos numeret vendi-
tori, id est, ut nummos faciat venditoris: alioquin iudicio
venditi non liberatur, l. cum servus, mand. lex emptio, §. i.
de act. empt. Venditor autem necesse non habet mercem fa-
cere emptoris: necesse non habet suam mercem dare: nam
& alienæ mercis venditio est: denique sufficere venditori,
si tradat possessionem vacuum, nec interpellatam; mercis
sive rei emptorem nummos dare oportere, quod est, do-
minium eorum in venditorem transferre: venditori suffi-
cere, si vacuum possessionem rei venditæ tradat emptori,
& se obliget, ut ait in hac lege, id est, caveat quoquo-
modo evictionis nomine: ac præterea purget se dolo ma-
lo, id est, præstet caveatque, se nihil in ea re dolo malo
fecisse: sciente se, sciente animo suo rem alienam, vel rem
alii obligatam non vendidisse, bona fide accessisse ad ven-
ditionem rei, quam suam esse arbitrabatur. Itaque si do-
lus malus absit, si possessionem rei venditæ tradiderit, si
ea res jure iudicio emptori evicta non sit, proculdu-
bus nihil venditor emptori debet: si dolus interveniat, aut
scientia rei alienæ, vel scientia pignoris contracti in ea re,
quæ venit, etiam re tradita nec dum evicta, venditor te-
netur emptori actione ex empto: si dolus non interveniat,
aut scientia, & res tradita sit emptori, non nisi re evicta
tenetur emptori de evictione, non tenetur ante evictionem,
quæ omnia confirmantur etiam d. lex emptio, §. i. & l. Ju-
lianus, §. si Titius, & l. servus, quem, §. ult. eod. tit. l. si duo,
§. si quis juraverit, de jurejur. l. 25. §. i. de contr. emp. &
l. 3. C. de evict. In cautione autem illa, quam venditor em-
ptori præstare debet evictionis nomine, hæc erant verba
solemnia: Habere recte licere eam rem, ut exprimat plenam
formulam, quæ à me tibi vendita, & tradita est, per me
tibi, successoresque meos, & per alium quemcumque habere re-
cte licere, d. l. Julianus, §. venditorem, & §. pen. de act. empt.
l. 38. de verb. oblig. Ad quam formulam respiciens Paulus
hoc ipso libro in l. 188. de verb. signif. in l. habere, docet ex
his verbis, habere recte licere, non hoc debere præstare ven-
ditorem emptori, ut jure domini rem habeat emptor, quo-
niam obligatur ad tradendum, non ad dandum, sed ut
ejus rei, quæ vendita, & tradita est, possessionem emptor
obtineat sine interpellatione. Ac præterea eadem lex ha-
bere, quæ est ex hoc ipso libro, docet de ea re caveri, id
est, evictionis nomine caveri à venditore emptori, non
tantum nuda promissione, ut sit vulgo, nuda cautione, sed
etiam, quum hoc nominatim agitur, caveri ea de re per-
sonis, vel rebus: personis, puta datis fidejussoribus, qui
secundi auctores dicuntur, & Βεβαιωται, & προσηγορες,
l. 4. de evictionibus, si convenerit, ut darentur prædes, ut
auctoritatis, id est, evictionis darentur fidejussores emptori,
d. l. 4. d. l. Julianus, §. item si convenerit. Si convenerit cum
res veniret, ut locuples ab emptore reus (id est, expromis-
sor Accursio) detur, ex vendito agi posse, ut id fiat: vel ca-
veri rebus, veluti datis pignoribus, vel hypothecæ op-
positis eo nomine prædiis. Itaque illa etiam lex habere
pertinet ad ea, quæ hoc loco docet Paulus, venditorem

Tom. II. Post.

emptori præstare debere. Et dixi ad formulam illam cau-
tionis, quæ de evictione interponitur. Verum ad hæc quæ-
ri adhuc potest, quæ sit ratio varietatis inter emptorem,
& venditorem, cur hic non cogatur facere rem accipien-
tis, ille cogatur nummos facere accipientis? Et ratio, ut
breve faciam, hæc videtur esse, quia dissimilis est debitio
pecuniæ, & debitio corporis certi. Emptor pecuniam, si-
ve quantitatem debet, venditor speciem certam. Et faci-
lior utique pecuniæ, quæ sua sit, conquisitio, confectio,
præstatio est, quam corporis certi. Et ad ultimum dicam
etiam cum d. l. ex emp. §. i. & cum l. si in vendit. de evict.
& cum l. ult. C. de advert. toll. hanc esse naturam contractus
emtionis, & venditionis, ut emptor suos nummos sol-
vat, venditor æque suam rem, si sua sit ea res, quam
vendidit, vel si sua non sit, quam forte imprudens, & er-
rans vendiderit prorsus, ut obligetur evictionis nomine,
vel ex cautione, quam interposuerit, vel hujus iudicii po-
testate, hujus negotii natura, iudicii que, quod ex eo na-
scitur potestate. Hæc autem varietas præstationum in per-
mutatione non existit, non cernitur. Et in hoc est diffe-
rentia, quia inveniri non potest contracta permutatione,
quis sit venditor, quis emptor, quid merx, quid pretium,
& utrumque potius merx esse videtur, ut & Paulus signi-
ficat in l. i. de contrah. emptio. illo loco, nec ultra merx utrum-
que, sed alterum pretium vocatur. Et consequenter quia
utrumque merx esse videtur, uterque contrahentium te-
netur evictionis nomine duntaxat, non etiam omnino, ut
rem faciat accipientis. Quamobrem, ut subjicit in hac lege,
si res evicta sit, quam quis dedit, vel accepit permutationis
gratia, in factum, id est, præscriptis verbis actionem
dandam, videlicet in id, quod interest, respondetur, ut in l. si
permutationis, C. de evict. Et respondetur, inquit, id est, re-
spondent omnes Jurisconsulti concordibus sententiis, nec
ullus refragatur. Et in hoc est labor, quoniam omnino re-
fragari videtur, quod paulo post ex sententia Pedii Juris-
consulti refert Paulus: Alienam rem dantem nullam contra-
here permutationem. Igitur ex altera parte traditione facta,
si & alter vicissim nolit tradere, non competere actionem
præscriptis verbis ei, qui occupavit pro sua parte rem tra-
dere, quæ actio ex permutatione nascitur, quia nulla per-
mutatio est, quum rem alteri tradidit, sed esse tantum con-
ditionem traditæ rei, conditionem ob causam, quasi cau-
sa non secuta, si & alter vicissim ex sua parte rem tradere
nolit. An igitur secundum hanc sententiam Pedii dicemus,
perinde atque si in permutatione utrumque pretium esse
intelligeretur, neutrum liberari, aliter, quam si rem, quam
dedit, fecerit accipientis? Minime: quoniam in interpre-
tanda illa Pedii sententia, ita liquido distinguendum est, ut
qui alienam rem dedit permutationis gratia, ut aliam invi-
cem acciperet, si alter nolit tradere, non agat adversus eum
actione præscriptis verbis, quod est in fine hujus legis, quæ
ex permutatione nascitur, videlicet ut sibi vicissim aliam
rem det, vel ut præstet quanti interest eam rem accipere,
ut inquit, in hoc non agat actione quasi ex permutatione,
id est, præscriptis verbis, quia ex parte sua conventionem
non videtur implese, qui alteri rem alienam dedit, quia
avocari ei à domino, & auferri poterit: sed tamen ut ha-
beat rei datæ conditionem, sive repetitionem, ut scilicet
ea res, quam dedit sibi contra reddatur: sic rectissime Flo-
rentinæ scriptum est in fine hujus legis, quasi re non secuta,
id est, quasi eo quoque, cui eam rem dedit ex sua parte
non implente contractum. At vero, ut is, qui ab illo rem
alienam accepit, si ex sua parte impleverit contractum, id
est, si suam rem ei dederit, evicta re, quam accepit, cum illo
agere possit præscriptis verbis, sive in factum, ut dixit su-
pra, quasi ex contractu permutationis: denique ut ex par-
te ejus, qui rem alienam tradidit, non sit actio præscriptis
verbis, quæ ex permutatione nascitur, ergo nec permuta-
tio: sed sit conditio tantum ob rem dati re non secuta: ex
parte autem ejus, qui rem alienam accepit, & vice mutua
suam rem dedit, sit actio, quæ ex permutatione nascitur, id
est, præscriptis verbis evictionis nomine: & permutatio
igitur: ut sit ex illius parte, vel si malit agere conditione
rei suæ, quam dedit, quam ex permutatione præscriptis ver-
bis,

I i 2

bis,

bis, ut sit ei parata conditio, ut vel hac, vel illa actione liberum illi sit agere, l. 1. *Ceod. t.* Proinde sic statuamus, re aliena ab alterutro data, claudere permutationem: ex parte ejus, qui dedit rem alienam, non esse permutationem: ex parte ejus, qui accepit, esse permutationem, sive obligationem ex permutatione, & actionem. Id vero sæpe evenit & in contrahendis aliis negotiis, ut claudant, nempe ut *μωροῦ πλεῖρος*, & ab una duntaxat parte consistant, non ex utraque, l. *potest, mand.* Ut si mandatarius egressus sit mandatum, mandatum consistit ex parte mandatoris, non etiam ex parte mandatarii, l. *Julianus, §. si quis à pupillo, de act. empt.* At quum unus rem suam recte dedit permutationis causa, & fecit accipientis, si alter ei quoque vicissim rem suam, de qua convenit, nolit dare, tum ei, qui dare occupavit, sane liberum est, aut agere præscriptis verbis, quasi ex permutatione, quanti interest, rem, de qua convenit, accipere, vel si rem suam recipere malit, quam dare occupavit, conditione ob rem dati re non secuta, quia tum ex sua parte, ex utraque parte permutatio consistit. Et hoc ostenditur in l. *naturalis §. §. 1. præscript. verb. l. 4. C. de rer. perm.* Et ita hic articulus explicandus est. Et cum hac interpretatione congruunt etiam hæc Accursii verba, quæ notat ad illa Pedii: *Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Sed hæc sola Accursii verba, quod ad hoc, inquit, ut alius non teneatur implere contractum, perinde ac si res sua facta esset, nimirum, qui ei, qui rem alienam dedit, non competit actio præscriptis verbis, qua cogat illum implere contractum ex sua parte, sed competit tantum dati repetitio. Et in hanc quoque rem Accursius simile exemplum affumit (†) ex l. *ult. de condit. cau. dat.* Ubi proponitur, ita gestum fuisse negotium: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, id est, ut Stichum meum faceres: dedi igitur tibi pecuniam, ut tu quoque Stichum meum faceres: hoc negotium nulla emptio est, nulla etiam permutatio est: nulla igitur emptio, nulla permutatio negotio ita gesto, ut propositi, contracta intelligitur. Et ideo nec mihi actio præscriptis verbis datur, sed datur tantum mihi conditio ob rem dati re non secuta, sive mortuus fuerit Stichus, antequam eum mihi traderes, neque enim Stichum à te petere possum actione præscriptis verbis, quia mihi periit, sed pecunia, quam prorogavi, certe mihi non periit. Et ideo ejus mihi repetitio competit, ut d. l. *naturalis, §. 1.* Idemque erit, si alienus fuerit Stichus, quem mihi tradidisti, cum convenisset ut eum mihi dares, ut eum faceres meum, non est actio præscriptis verbis, quia eum non fecisti meum, sed est conditio tantum pecuniæ datæ. Idemque erit, si tuus fuerit Stichus, quem mihi dedisti, & pro evictione ejus cavere nolis, quia & hoc casu, quamdiu non vis cavere pro ejus evictione, competit mihi conditio datæ pecuniæ. At male idem Accursius, & ad illa verba, quæ notavit ad Pedium: hæc extrema verba hujus legis: *igitur ex altera parte traditione facta, si alter nolit rem tradere, non in hoc agemus.* Hæc verba, non in hoc agemus, quod interest nostra, illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur: hæc, inquam, verba male accipit *ἑλλειπτικός*, ut non accipiatur, pro non solum: non in hoc, id est, non solum in hoc. Et, sed ut res: pro sed etiam ut res, ita ut hæc postrema verba, *re aliena tradita ei, qui tradidit*, utramque deserant actionem, & præscriptis verbis, & conditionem dati. Sed hanc interpretationem, sive *ἑλλειψή*, neque abscisus, & quasi teres hujus orationis habitus, neque res fert. Quæ restant sunt facillima. Restat altera differentia inter emptionem, & permutationem, quæ proponitur in §. *item emptio*: emptio venditio nudo consensu contrahitur, hoc est certissimum. Permutatio autem re contrahitur, non consensu nudo: Permutatio, inquit, ex re tradita initium obligationi præbet. Alioquin si convenerit duntaxat inter nos de permutandis rebus: nec quisquam nostrum quidquam adhuc tradiderit, id est, ex nudo placito permutationis, obligatio non nascitur, l. 3. *C. eod. tit.* Hoc enim, inquit, ut ex nudo pacto, nudo placito, nudo consensu, nuda consentientium voluntate nascatur obligatio, in iis

(†) Vide Merrill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 19.

duntaxat contractibus receptum est, qui nomen proprium habent, ut in emptione, venditione, locatione, condictione, societate, mandato, l. 2. *de oblig. & action.* Hi contractus, qui nomine proprio, & legitimo præditi sunt, perficiuntur nudo placito, nudo consensu. Contractus autem, qui vacant proprio nomine, non perficiuntur nudo consensu, id est, non pariunt obligationem ex consensu nudo, ex consensu solo. Et hujusmodi est permutatio. Hoc enim nomen *permutatio*, perinde atque hoc nomen *ἑλλάγμα*, commune est nomen, non proprium nomen. Specialiter autem attribuitur articulo, sive negotio *do, ut des*. Qua ratione & Aristoteles medium inter adrogantiam, & dissimulationem, itemque medium inter adfentationem, & morositatem, quod *ἁδύμων* esse scribit 4. *Ethic. ad Nicom.* non pugnat secum, quum alibi veritatem facit esse medium inter adrogantiam, & dissimulationem. Ac rursus amicitiam esse medium inter adfentationem, & morositatem, quia veritatis, & amicitia: nomina latius patent, quam ut hujusce medii propria nomina dici possint. Itaque permutatio eodem modo non est proprium nomen contractus *do, ut des*, quia latius patet. Ex eo autem, quod dixit, permutationem non ex consensu nudo, sed ex re tradita initium obligationi præbere, Paulus infert quod sequitur, *ideoque Pedius ait, alienam rem dantem, &c.* *Ideoque*, quia scilicet ex re tradita permutatio initium obligationi præbet, quod jam anteverti explicare, subintulit quale id esset, quæve distinctione adhibita id excipi oporteret.

Ad L. XVII. de Contrah. emp. *Officio tamen judicis pretium minuetur.*

Legem primam *de contr. emp.* cum qua conjungendam esse indicavi l. 1. *de rer. perm. & l. 188. de verb. signif.* ordine ipso sequitur l. 17. *de contrah. emp.* quæ hoc vult: fundum recte emere eum, qui ejus fundi usufructum habet. Dominum fundum suum recte non emere: fructuarium recte fundum emere, in quo usufr. habet: neque enim rem suam emere, quod faceret inutiliter, sed rem alienam. Nam rem quisque suam dicit esse eam tantum, cujus dominus, id est, proprietarius, non fructuarium est, l. *recte, de verb. signif.* Sed si ignorans fundum emerit is, ad quem hujus fundi usufructus pertinet, & emerit tanti quanti plena proprietate est, officio judicis, ut ait Paulus in l. 17. *Basil. διακρίσει τὸ δικαστῶν, cognitione judicis, potestate hujus judicii, quod bonæ fidei est, venditore agente de pretio, pretium minuetur, quasi usufructu, & in hoc casu habente instar partis domini, ut in plerisque aliis causis, l. 4. *de usufr.* Atque ita scilicet pretio, ut ait lex sequens, pro parte emptio valebit, pro parte non valebit. Et nihil est amplius.*

Ad L. XXXIV. eod. *Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit: nibilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum debere, quem venditor intellexerit, nec refert quanti sit accessio, sive plus in ea sit, quam in ipsa re, cui accessio datur, an minus: plerisque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicut cum domus propter marmora, & statuas, & tabulas pictas emitur. (†)*

Ad §. Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditor recte fit, quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

Ad §. Liberum hominem scientes emere non possumus: sed nec talis emptio, aut stipulatio admittenda est, cum servus erit: quamvis dixerimus, futurus res emi posse: nec enim fas est, ejusmodi casus expectare.

Ad §. Item si & emptor, & venditor scit, furtivum esse, quod venit, à neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam consequitur: nisi ultro, quod convenerit, præstet: quod si venditor scit, emptor ignoravit: utriusque obligatio contrahitur: & ita Pomponius quoque scribit.

Ad

(†) Vide Merrill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 11.

Ad §. Rei suæ emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit: & in iudicio possessionis potior esset.

Ad §. Alia causa est degustandi, alia metiendi. Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat: mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat quantum ematur.

Ad §. Si emptio ita facta fuerit, esto mihi emptus Stichus, aut Pampbilus, in potestate est venditoris quem velis dare, sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest dandus est. Et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed est pariter decesserunt, pretium debetur. Unus enim utique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est, etiamsi emptoris sui arbitrium quem vellet habere: si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut quem voluisset, emptum haberet, non & illud, an emptum haberet.

Ad §. Tutorem pupilli emere non potest. Idemque porrigendum est ad familia, id est, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt.

IN emptione venditione fundi dictum est, Stichum accessurum: si plures Stichos venditor habeat, nec appareat quis Stichus accesserit, emptore, & venditore dissentientibus in corpore Stichi, ambigua oratio est, ut in l. 22. de rebus dubiis, dicitur, ambiguum esse sermonem, si quis Stichum stipuletur, & plures sint Stichi: non tamen propter hanc ambiguitatem ideo minus fundi venditio valet, in quem uterque consensus: nec item ideo minus debetur Stichus aliquis emptori: verum quaeritur quis debeatur? Et ex Labeone Paulus refert hoc loco, eum Stichum deberi, quem debitor intellexerit. Quod pugnat omnino cum eo, quod ex veteribus, quibus adnumeratur Labeo, Papinianus tradit in l. veteribus, sup. de pactis, in emptione venditione ambiguum orationem, ambiguum pactionem venditori nocere, in cuius fuit potestate legem apertius conscribere, vel concipere potius, quam emptori: quod & Labeoni tribuitur nominatim in l. 21. hoc tit. Atquin, ut in hac specie Labeonem scripsisse Paulus refert, ambigua oratio non nocet venditori, si is Stichus debetur, quem venditor intellexit. Quamobrem semper exultavi hoc loco esse legendum, quem emptor intellexerit. Primum quia Labeonem, ex quo hoc Paulus refert, ita sensisse conitat ex d. l. 22. ad quem iuvat exemplum, quod apponunt Graeci interpretes 19. Bati licon explicare. Si in vendendo caverim, ut mihi prima die pretium solveretur, non mihi solvetur tribus pensionibus, id est, annua, bima, trima die, non mihi, inquam, solvetur tribus pensionibus, quia id palam non dixi, sed post triennium demum, quia ambigua illa oratio, ut inquit, contra me interpretanda est, qui eam apertius non extuli. Sic illi. Et tamen in testamentis, si quis certam summam trima die dari iusserit, sic ea verba accipimus, quasi testator de annua, bima, trima die senserit, l. 3. §. pen. de ann. leg. quia in testamentariis, aut dubiis causis, heredem quantum potest relevari, & exonerari legato, benignius, & voluntat' testatoris convenientius est, l. Sempronius, de leg. 2. l. 11. §. si quis decem, de leg. 3. l. 1. §. pen. de dote preleg. Et plures pensiones heredem exonerant, l. 20. quando dies leg. cedat. Plures item pensiones emptorem exonerant. Ergo contra quam illi sentiant, si pro emptore facienda est interpretatio, illa cautio venditionis ambigua, ita potius accipienda est, ut tribus pensionibus emptor pretium solvat. Hæc igitur sit prima ratio pro nomine venditoris, hoc loco reponendi nomen emptoris, ita ut Labeo dixerit, eum Stichum deberi, non quem venditor, sed quem emptor intellexerit, quia ita Labeonem sensisse constat ex d. l. 21. Deinde etiam ut in l. 5. de evict. proponitur, in emptione venditione servi venditorem dixisse peculium accessurum, & in l. 14. qui pot. in pignor. hab. in venditione domus alii locatæ venditorem dixisse pensiones accessuras emptori, & in l. si quis cum, & l. seq. de act. emp. & l. 66. hoc tit. venditorem dixisse dolia accessura, & in l. 78. hoc tit. venditorem dixisse fistulas, per quas aqua ducitur, accessuras. Ita in hac specie omnino ponere debemus, non emptorem, ut Gloſa comminiscitur,

A sed venditorem dixisse fundo Stichum accessurum. Æquum igitur esse, ut ei potius, quam emptori, quum non apparet quis Stichus accesserit, ambiguitas illa, sive obscuritas noceat, quia potuit re integra apertius dicere: Et consequenter, ut non is Stichus debeatur, quem ipse senserit, qui utique semper se de deteriori sensisse dicturus est: sed is, quem emptor intellexerit. In emptionibus venditionibus leges, sive pactiones semper dicuntur à venditoribus. Plautus in Captivis: quasi fundum vendens merce, ne addicar legibus. Et in Epidico: emptor rogat, estne mihi emptæ hæc? & venditor respondet, istis legibus habeas licet. Et Horat. 2. Epist. Prudens emissi vitiosum, dicta tibi est lex. Denique, ut qui dotem dat promulcare, initio dandæ dotis legem dicit, quam vult, l. 7. de pact. dot. ita & venditor initio contrahendæ venditionis.

B Ac præterea hoc ipsum, quod assero, vicinitas legis proximæ superioris suadet, quæ à venditore ædium dicta lege ambigua hoc modo, flumina, stillicidia, ut nunc sunt, ut ita sint, nec expresso quæ flumina, vel stillicidia, ait, id accipi, quod venditori nocet: quam speciem Harmenopolus latius interpretatur 1. Epitomarum titulo 9. cui & aliam similem speciem in hac lege statim fuisse subjectam credibile est, si legamus eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. Ad ultimum perquam manifestum est, hoc loco esse legendum, quem emptor intellexerit, cum mox subjiciat, non referre quanti sit accessio rei venditæ, sive minoris, sive majoris pretii, quam res cui accedit. Pleraque enim res, inquit, aliquando emimus propter accessionem: perinde est, ac si diceret, cui debetur is, quem emptor intellexit, quia emimus, inquit, pleraque res propter accessionem; veluti fundum propter servum, forte industrium villicum, vel servum propter peculium, l. justissime, de edil. ed. vel ut ait hoc loco, domum propter marmora, & statuas, & tabulas pictas, quæ non sunt ædium, sive domus, nec sequuntur emptorem, nisi dictum sit eas res accessuras. Et ideo statuæ adfixæ basibus struclilibus, aut tabulæ religatæ catenis, aut erga parietem adfixæ, aut si similiter coherent lychni, non sunt ædium. Ornatus enim ædium causa parantur, non quo ædes perficiantur, l. pen. de verb. signif. Alium, inquam, non sunt tabulæ pictæ, vel crustæ marmoreæ quæ religatæ sunt catenis, vel adfixæ ad parietem: quæ pro testorio inclusæ sunt, proculdubio ædium sunt, nec necesse est, ut dicatur eas accessuras, l. fundi, §. quæ tabulæ pictæ, de act. empti. Et ita initium hujus legis explicandum est.

AD §. Omnium. Sequitur in §. 1. omnium rerum, quas habere jure domini, vel possidere alio jure, vel iudicio persequi possumus, venditionem recte fieri, quia commercium earum est, cum haberi, possideri, persequi à nobis possint. At venditionem recte non fieri earum rerum, quas commercio exuit natura, inquit, vel jus gentium, vel jus civile: naturam, & jus gentium pro eodem accipio ex M. Tullio de Aruspicum responsis, qui ait, Lege naturæ, communi gentium jure, ut subjicit statim, sancitum esse, ne res sacra, aut sanctæ usucapi; & consequenter ne emi vendi possint. Quod tamen ita accipiendum est, ut quod sacrum, vel sanctum, vel religiosum est, quodve jure civili, usui, dominioque nostro subjici non potest, veluti forum, aut theatrum, villa ve publica, frustra sciens emat. Ignorans autem si emerit à sciente, habeat adversus venditorem actionem ex empto evictionis nomine, ut ab eo consequatur, quanti interfuit ejus ne deciperetur, l. 62. §. 1. h. s. l. pen. quib. ad libert. procl. nos sic. Et eatenus quidem ignorans earum rerum emptionem contraxisse intelligitur, l. 4. h. s. Habet etiam pretii, quod forte solvit, conditionem, habet pretii soluti conditionem, quia nec id solvere compelli potuit, l. 23. h. s. Et quod de his rebus, idem de libero homine dicendum est, videlicet scientem frustra emere liberum hominem, l. 6. hoc sit. nisi ipsemet prodita sua libertate, se in servitutem venire patiat, vendatque pretii participandi gratia. Ignoranti autem emptori, qui liberum hominem emit pro servo, competere in venditorem scientem actionem ex empto, l. 70. h. s. Et tunc igitur duntaxat plane nullam, & inutilem esse

elle emptionem liberi hominis, quum quis emit sciens liberum esse. Plaut. in Epidico: *neque me quidem emere quisquam ulla pecunia potuit, quæ plus jam sum libera à quinquennio.* Et subjicit hoc loco Paulus, etiam non valere emptionem, aut stipulationem liberi hominis ita factam, *quum servus erit*, quia etsi aliæ res, quæ futuræ sunt, recte emanant, ut prædiorum fructus futuri, ut ancillarum partus futuri, infas tamen, vel nefas est in libero homine futurum servitutis casum expectare, *l. inter, §. adeo, de verb. obl.* in illo loco: *Et casum, adversamque fortunam expectare liberi hominis, neque civile, neque naturale est:* nefas igitur est, quod nullo jure licet, quod omni jure vetitum est, & civili, & naturali. Idem vero pene traditur de re furtiva in *§. item si, de empt.* Rei furtivæ ex 12. tab. æterna auctoritas est, adeo ut nec ufucapi, nec emi possit, ut hic *§. ostendit.* Et sciens quidem frustra rem furtivam emit, frustra item venditor, etiam si ignoraverit rem esse furtivam, agit de pretio, nisi rem præstet, forte redemptam à domino. Ignorante autem emptore rem esse furtivam, empti venditi obligatio utriusque contrahitur, ut ait in hoc *§. utriusque* contrahitur, ex utraque parte, ultro citroque. Prioribus casibus puta re sacra, vel publica, vel libero homine empto bona fide à malæ fidei venditore, claudet obligatio, quia ex parte tantum emptoris consistit, non ex utraque parte: propterea quod commercium earum rerum non est: hoc autem casu, qui est de re furtiva, si ignorans emerit rem furtivam, ex utraque parte obligatio contrahitur, quia rei furtivæ vitium facile purgari, atque ita commercium ejus esse poterit. Emptio etiam rei suæ, de qua Paul. agit in *§. rei suæ*, maxime differt à superioribus emptionibus, quia superiores emptiones quodammodo valent: si ignorans emerit, suæ rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emerit, *l. sua rei, h. t.* videlicet si hoc agatur in emptione rei suæ, & dominium transeat in emptorem, quod in omni venditione semper agitur, *l. pen. §. ult. h. t.* Quamvis obligationis substantia non consistat in ea, ut dominium transeat in emptorem, nec huic rei venditor obstringatur, ut diximus *sup. in l. 1. de ver. perm.* In emptione autem rei suæ id agitur frustra, ut res sua fiat, quæ jam sua est, nec sua esse amplius, suave fieri potest. Sed si de possessione tantum agatur in emenda re sua, ut scilicet possessio ejus rei transeat ad dominum ejusdem rei, emptio venditio respectu possessionis, & stipulatio valet, respectu domini non valet. Respectu possessionis, quam habet venditor, emptor non habet, valet, *l. si aliquam, de acquir. possess.* Emptio igitur rei suæ si fiat, respectu possessionis valet, quia non rei, sed possessionis emptio est, in qua possessione venditor forte, quam emptor, potior erat, ut plerumque evenit, ut qui potior est in rei vindicatione, id est, in quæstione domini, non sit potior in interdicto de possessione, *l. ad probationem, C. de loc.* nihil habet commune proprietatis cum possessione. Alterius potest esse proprietatis, alterius possessio, *l. Mævius, §. pen. de leg. 2.* Perdixi hanc *l. 34.* usque ad *§. alia causa.*

Ad *§. Alia causa.* Restat adhuc ex *l. 34. de contrab. emp.* *§. alia causa est.* Certum est, quod etiam hoc ipso lib. Paulus scriptis in *l. 8. de peric. & comm. rei vend.* post perfectam emptionem periculum, sive incommodum, & commodum omne rei venditæ, ad emptorem pertinere, id est, post perfectam venditionem rem venditam, necdum traditam, si forte perierit, emptori perire, & nihilominus pretium ab eo peti posse. Perfici autem emptionem solo consensu statim, atque de certa re, certoque pretio convenerit, videlicet si pura emptio fuerit, vel quum conditio extiterit, si conditionalis fuerit, non ante conditionem impletam. Ex qua definitione, quæ est certissima, sequitur, vino ita vendito, ut degustaretur, quasi sub conditione facta venditione si degustaretur, ante degustationem perfectam, vini venditionem non esse. Et ideo interim quoad vinum degustaverit emptor, etiam si vasa signaverit, aut dolia, periculum omne ad venditorem pertinere, non ad emptorem: neque igitur ex vendito quidquam pretii nomine venditorem consequi posse, si interim ante degustationem pertusis vasibus vinum effusum sit: aut minus consequi, si interim vinum contraxerit acorem, aut mucorem:

quod ostenditur in *l. 1. & l. 4. §. si averfione, de pericul. & comm. rei vend.* Idemque dicendum est ex Sabinianorum sententia, quæ obtinuit, si vinum venierit ad mensuram forte, quod erat in cella, constituto pretio in singulas amphoras. Et similiter, si oleum, aut frumentum venierit ad mensuram, vel si æs, aut argentum ad pondus, vel si oves; aut nummi peregrini, qui solent haberi mercis loco, ut Volusius Metianus notat libro de partibus assis: Si, inquit, venierit ad numerum, neque enim, antequam ea ad mensa, adensa, adnumerata sint, emptio venditio perfecta esse intelligitur. Quia quasi sub hac conditione facta videtur, si adensa, adensa, adnumerata essent. Et ideo periculum omne pertinet ad venditorem, non ad emptorem, *l. seq. §. in his, & §. pen.* videlicet si mensuræ, vel ponderationi, vel numerationi faciendæ emptor moram non fecerit. Nam post moram emptoris, res illæ pereunt emptori. Idque ostenditur in *l. 5. de peric. & comm. rei vend. l. 2. C. eod. tit.* Itemque, si vis quædam divina vinum consumpserit: nam periculum, quod vis divina attulit, venditor non agnoscit, *l. 2. in fin. eod. tit.* Secundum hæc ita concludamus: sive vinum venierit, ita ut degustaretur, venditionem non esse perfectam, quia nondum rem, quæ veniit, probavit emptor: sive vinum, quod est in horreo vinario, venierit ad mensuram, quia nondum est certum quantum venierit, nondum est certa quantitas rei venditæ. Et ut idem Paulus ait in *l. 8. de peric. & comm. rei vend.* ita demum perfecta est emptio, si id quod venierit, appareat quid, quale, quantumve sit. Verum addamus ex hoc *§.* hoc interesse inter causam degustationis, & mensuræ: quia ab illa recedere emptori licet in totum, vel ex parte, degustato, & improbato vino: arbitrato boni viri scilicet, ut est in legibus M. Catonis, ne sit in emptoris libero, & profuso arbitrio an vinum emptum habeat: ab ea vero, quæ fit ad mensuram recedere non licet, neque in totum, neque ex parte: mensura enim fit, non ut plus, minusve veneat: sed ut appareat quantum emptum venditum sit. Quæ est sententia hujus *§.* sequitur *§. pen.*

Ad *§. pen.* Si emptio venditio facta sit sub disjunctione, nempe hoc modo, *Esse mihi emptus Stichus, aut Pamphilus:* In arbitrio est venditoris quem velit dare, nisi emptor sibi electionem nominatim exceperit: Et hoc quoad ambo vivunt Stichus, & Pamphilus. Nam altero mortuo extinguitur electio, quæ venditori regulariter competit, nisi eam sibi constituerit emptor, & reservavit. Extinguitur, inquam, electio venditoris, ne sit in venditoris arbitrio, an obligetur, cum non vult eum, qui superest, dare, quem solum debet, quod non potest in ejus esse arbitrio: potest quidem esse, & vere est in ejus arbitrio quid debeat, quum venditio facta est sub disjunctione, sed non, an debeat, in *l. 7. h. t. in l. 2. §. Scævola, de eo, quod certo loco.* Ideoque prioris hominis periculum pertinet ad venditorem, quia non liberatur propterea, sed superstitem debet. Posterioris autem, id est, superstitis periculum pertinet ad emptorem, quum jure perfecta conditio fuit. Sed etsi ambo eodem momento perierint ruina, vel naufragio, quia vel unius periculum pertinet ad emptorem: necesse habebit emptor, pretium, de quo convenit, venditori adnumerare, quia vel unus ei perit. Idemque servatur, si electionem sibi emptor exceperit. Ut rursus idem servatur, ut hic ait, in stipulationibus, si quis stipulanti promiserit Stichum, aut Pamphilum: nam, promissoris est electio utrum præstet, *l. plerumque in fine, de jure dot.* nisi stipulator electionem sibi reservaverit. Et sive stipulatoris, sive promissoris sit electio, altero mortuo, qui superest, debetur omnimodo, *l. cum is, qui in princip. de condit. indeb. l. Stichum, aut Pamphilum in princ. & §. 1. de solution.* Et nihil est præterea in *§. pen.* Sequitur *§. ult.*

Ad *§. ult.* In quo ostenditur, tutorem rem pupilli, quæ vendi potest, puta rem mobilem emere non posse. Quod ita est intelligendum, ut si ipse rem pupilli vendat nomine pupilli, vel pupillo vendendi auctor sit, sibi emere recte non possit eam rem: quia ratio non patitur, ut idem emptoris, & venditoris officio fungatur, *l. 5. §. item, de auctor. tut.* At

con-

contutore vendente, vel auctoritatem præbente, recte tutor rem pupilli emit, modo emat bona fide, d. y. item. Itemque rem pupilli recte emit ex auctione publica rerum pupillarium, l. 2. §. tutor, pro empt. Sicut comes patrimonii, vel rerum privatarum principis, vel palatinus, vel patronus fisci, qui rem fiscalem emere non potest, eam tamen ex auctione fiscali, quasi extraneus quilibet emit recte. Et ita est proditum nominatim in l. ult. quæ est constitutio Græca, C. de jure hæstæ fisc. lib. 10. Plus dico etiam citra auctionem palam, & bona fide posse tutorem rem pupilli venalem, aut quam vendi expedit pupillo, sibi habere, & retinere pretio illato rationibus pupilli, l. tutor rerum, de admin. tut. l. 15. §. pen. de auct. tut. l. 5. C. de contrab. emp. Quum & pecuniam pupilli, quæ collocanda est fœnori, tutor sibi mutuatam proscribere possit, ut ait l. quotiens, §. non solum, de admin. tut. ubi expendendum est illud verbum proscribere, B quid significat palam? irrita enim sunt hæc omnia, nisi fiant à tutore palam. Quod fit palam, bona fide fieri videtur: quod fit clanculum in malæ fidei suspicionem venit, l. pen. de ritu nupt. l. non existimo, de admin. tut. palam licet ambire magistratum, non clam: Et ut Seneca ait 15. Epist. ex SC. plebisque sciitis sæva exercentur, veluti in arena, & publice jubentur vetita: privatim quædam commissa capite luere, inquit, tunc, quia palam fecere laudamus. Quintil. 5. Instit. 1. Dicam bona mente factum, ideoque palam: mala, ideoque ex insidiis, noctu in solitudine. Et hæc quidem omnia, quæ diximus de tutore, & pupillo, ut & in hoc §. ult. Paulus adnotat, producenda etiam sunt ad similia, similesve personas, veluti ad curatorem adolescentis, & ad procuratorem, vel negotiorum gestorem, ut & ii nec temere, nec latenter sibi possint emere rem adolescentis, aut domini negotiorum. C. Nunc transeamus ad l. 8. de in diem addit.

Ad L. VIII. de in diem addit. *Necesse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emptorem certiores facere, ut, si quid aliud adjicit, ipse quoque adjicere possit.*

Aliquando venditio, & in auctionibus maxime publicis additio rei venditæ fit, ce que nous disons l'etrouse, hac lege, ut si quis alius intra 30. dies, vel 60. nihil refert, meliorem conditionem attulerit, res à priore emptore abeat, id est, ut prior emptio rescindatur, quæ appellatur additio in diem, qualis omnis additio fiscalis semper esse intelligitur, l. Lucius, §. ult. ad municip. l. si tempora, C. de fide, & jure hæstæ fisc. lib. 10. Et vis hujusce additionis in diem hæc est, ut si quis alius intra diem præscriptum, intra diem vulgarem, qui plerunque est 30. dierum, supra adjiciat pretio, res auferatur priori emptori, nisi & prior emptor tantundem adjicere paratus sit, ut l. prox. sup. & l. ult. in princ. de jure fisci. Nam si prior emptor tantundem supra adjiciat, non est æquum ei rem auferri: æquius est eum præferri novo licitatori. Qua de causa Paulus ait in hac l. 8. alio intra diem pretio adjiciente plurisque licente rem venditam, venditorem denunciare debere priori emptori, nec statim rem addicere posteriori, non denunciato priore emptore. Priorem, inquit, emptorem necesse habet certiores facere, videlicet, ut si velit, quod alius adjicit, ipse quoque adjicere, atque ita rem obtinere possit. Et in hunc locum delenda est glossa, quæ distinguit, utrum in additione fuerit dictum, si melior conditio fuerit allata: an vero si alius meliorem conditionem attulerit, ut hoc casu non possit prior emptor adjicere, illo possit: quia hæc distinctio non est jure subnixa, & merito etiam hoc loco à Fulgoso reprehenditur, & ubique æquitas suadet, ut præferatur semper prior emptor, cui res addicta est, tantundem offerendo, idem auctarium adjiciendo: nec l. qui insulam, §. ult. loc. quam adducit Accursius quidquam in hanc rem facit.

Ad L. V. de Hered. vend. *Et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. Sed si certæ summæ debitor ditus sit, in eam summam tenetur venditor. Si incertæ, & nihil debeat, quanti intersit emptoris.*

Ad L. IX. eod. *Et si quid emptoris intersit:*

Ad L. XIV. eod. *Qui filii familias nomina vendidit, actiones quoque, quas cum patre habet, præstare debet.*

Ad §. Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet. *Quanta autem hereditas, nihil intersit.*

Ad L. XVI. eod. *Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex Senatusconsulto Trebelliano restituta esset hereditas, quanti emptoris intersit, teneberis.*

EX libro 33. qui est in manu, sequitur ut exponamus leges quatuor, quæ sunt sub titulo de hereditate, vel actione vendita, l. 5. 9. 14. 16. quæ partim sunt de actione sive nomine vendito, partim de hereditate vendita. Et ut de nomine vendito primum dicamus, actione vendita, cautione vendita, & quod idem est, nomine debitoris vendito, venditor præstare non debet idoneum, & locupletem esse debitorem, nisi ita actum sit nominatim, præstare, inquam, non debet idoneum, & locupletem debitorem, sed esse debitorem tantum, l. 4. h. t. l. si plus, §. ult. de evict. Et debitorem nulla tutum exceptione peremptoria, & perpetua, ut Paul. ostendit in l. 5. quia, qui tutus est exceptione, non videtur esse debitor, l. 16. de reg. jur. Sed debitoris tantum dicitur, à quo invito, quum est locuples sc. pecunia exigere potest, l. debitor, de verb. sign. Ergo, qui vendidit nomen debitoris, præstare debet debitorem esse, nulla tutum exceptione. Quod ita verum est, nisi, inquit, in contrarium actum sit, puta si quid deberetur sibi à Titio id venire, nec amplius quidquam præstitum iri, quoniam incertum tantum nominis vendidisse intelligitur, ut in l. 10. & 11. h. t. alioquin si venditor certæ summæ debitorem esse dixerit, & tutus sit ille debitor, aut quasi debitor exceptione peremptoria, nihil debeat, in eam summam, quam dixit, venditor tenetur emptori actione ex empto: sin vero simpliciter debitorem esse dixerit, nec adjecerit summam, & debitor non sit, venditor tenetur emptori in id, quod intersit, ut ait l. 5. in id quod intersit, puta ut restituat emptori pretium, & usuras, & quod emptor emptionis causa erogavit, forte uxori venditoris, ut sit, vel parario, sive proxenetæ, vel fisco: nam & quoddam erat vectigal fisci ob res venales, quod sequebatur emptorem, & ἐκδοσιον Græce dicebatur. Et apud Corn. Tac. fit mentio quinquagesimæ rerum venalium, quo de vectigali est etiam l. debet, de ædil. ed. Et ideo emptor in persecutione ejus, quod sua intersit, deducit non tantum pretium, & usuras, sed & quod ob eam rem impendit, quod erogavit parario, ut dixi, quod intulit fisco, in l. 8. hoc tit. Ubi ostenditur idem servari in venditione hereditatis: nempe, ut si hereditas sit certa, quam venditor dixit, & demonstravit, quæ tamen ad eum non pertineat, in æstimationem ejus teneatur emptori. Sin autem incerta sit hereditas, aut nulla, tunc ut teneatur in pretium, quod ei solvit emptor, & si quod in eam rem impendit. Et ut adjicitur in l. 9. ex hoc ipso libro Pauli, in id omne quod emptoris intersit, si quid amplius intersit ultra pretium, vel impendium, quod fecit emptionis causa. De venditione nominis, & de venditione hereditatis est etiam ex hoc lib. in h. t. lex 14.

AD L. XIV. eod. Cujus verba supra adscripta. Is, qui vendidit nomen debitoris, cedere debet actiones omnes emptori, quas habet adversus debitorem, vel adversus successores debitoris, veluti adversus fidejussores, aut mandatores, l. 23. hoc tit. vel si debitor fuerit filiusfamilias, ut Paulus ait in hac l. 14. adversus patrem ejus, quas jure prætorio actiones habet de peculio, vel de in rem verso, vel quod jussu: nam & has cedere debet emptori nomine filii familias, id est, emptori ejus, quod filiusfamilias debet: aut sane, etiam si eas omnes actiones non cedat emptori, emptori dabuntur utiles, l. 5. & 7. C. cod. tit. Et generaliter in jure nostro, ubi hæc cedendæ sunt actiones: ceduntur autem directæ, quæ cedenti competunt, etiam sine cessione competunt utiles: hoc est perpetuum in jure. Et ad eundem modum subjicit Paulus in hac l. 14. venditorem hereditatis tradere debere emptori res hereditarias, quas possidet, & actiones, scilicet petitiones, perfectiones cedere, quas jure hereditario habet. Qua de re etiam cavere solet emptori solemnni stipulatione emptæ, &

ven.

venditæ hereditatis, de qua est tota *lex 2. hujus tit.* Et in extremo hujus l. ait Paulus, quanta sit hereditas: quæ venit, nihil referre: neque enim venditor præstare debet magnam, & luculentam hereditatem esse: sufficit enim venditori hereditatis, si hereditatem quantam quantam esse præstet, quæ ad se pertineat, videlicet si hereditatem simpliciter dixerit, nec ejus quantitatem expresserit, ut de nomine dictum est *l. 5. sup.* Quod si, ut Paulus statim subjungit in *l. 16.* hereditatem se vendere dixerit, quo nomine significatur as, & directa hereditas, *l. 2. §. ult. de jure codicill.* & fideicommissaria hereditas sit, non directa: fideicommissariam inquam, quæ ei sit restituta ex Senatusconsulto Trebelliano, interveniente Falcidia, ut puta si restitutus tantum ei sit dodrans hereditatis, non as: eo nomine, qui dixit hereditatem, non fideicommissariam hereditatem, sive Trebellianam, emptori tenetur actione ex empto, quanti ejus interest assem habere: & merito. His quatuor legibus velim statim addi *legem 71. ad leg. Falc.* quæ vulgo male adscribitur libro superiori. Reddatur huic libro, conjungaturque hisce quatuor legibus, quoniam & illa *l. 71.* est de hereditate vendita.

Ad L. LXXI. ad Leg. Falcid. *Potest heres in vendenda hereditate cavere, ut & lege Falcidia interveniente, solida legata præstentur: quia ea lex heredis causa lata est. Nec fraus ei fit, si jus suum deminuat heres.*

Quæ docet, heredem in vendenda hereditate posse cavere, ut interveniente Falcidia emptor vice sua solida legata præstet, atque eo minus hereditatem vendere: quia, ut eleganter ait illa *lex 71. lex Falcidia lata est heredis causa*, ne nullum, aut modicum commodum ferat ex bonis adita hereditate, ne legata exhauriant omnem hereditatem, ita ut nihil apud heredem remaneat. Denique: *lex Falcidia lata est heredis causa.* Nec fraus fit legi Falcidiæ, si heres, cujus causa *lex illa lata est*, jus suum deminuat, id est, si Falcidia non utatur, vel etiam si spondeat legatariis, aut fideicommissariis, se Falcidia non usurum, ut *l. 46. ad l. Falcid. l. ult. C. eod. tit. l. si patronus, §. 1. de donat.* unicuique licet contemnere ea, quæ pro se introducta sunt, *l. si judex, de minor. & Nov. 136.* Fraus fit legi Falcidiæ, si antequam interveniat, competatve heredi, puta si vivo, & urgente testatore heres scriptus spondeat sub pœna, se Falcidia non usurum, ut in *l. 15. §. 1. eodem tit.* quia tunc non minuit jus suum heres, quod nullum, dum ei competit vivo testatore, sed plane minuit jus publicum, fraudemve facit legi Falcidiæ, quæ pars est juris publici. At cum post mortem testatoris jam sibi acquisita hereditate spondet, se non usurum Falcidia, sibi, non legi fraudem facit, id est, Falcidiam, quæ ei competit, remittit, & contemnit, quod licet unicuique, nempe detrahere juri suo. Præterea observa, & in specie hujus *l. 71.* venditorem legem dicere, ut scilicet emptor hereditatis lege Falcidia interveniente, integra & immixta, illibata legata præstet. Semper venditor leges venditionis dicit quasi dominus, nunquam emptor. Quum enim emptor dicit, esto mihi res illa emptæ, vel esto mihi jus illud emptum tot nummis, legem venditioni non dicit, sed emptum rogat, & nihil agit, nisi venditor subjiciat, *habeas licet*, ut in Plauti Epidico, vel *empta tibi esto*, vel ut apud Varronem II. de re rustica, quum emptor rogat, *tanti sunt mihi emptæ*, venditor respondeat, *sunt*. Denique hoc, quod ita gerendo negotium emptor facit, est emptum rogare, non dicere legem emptioni, quod pertinet ad solum dominum rei, cujus dominus manet etiam post perfectam emptionem ante traditionem. Transcramus ad *l. 3. tit. seq. de rescind. vend.*

Ad L. III. de Rescind. vendit. *Emptio, & venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. Ideoque questum est, si emptor fidejussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio? Julianus scripsit, ex empto quidem agi non posse, quia bonæ fidei*

judicio exceptiones pacti insunt. An autem fidejussori utilis sit exceptio, videndum. Et puto, liberato reo, fidejussorem liberari. Item venditorem ex stipulatu agentem, exceptione submoventi oportet. Idemque juris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.

RE integra, id est, nondum neque tradita re vendita, neque pretio numerato, aut parte pretii, emptio, venditio, obligatiove, quæ ex ea ultro citroque nascitur, resolvitur contrario consensu, nudo consensu, nudo pacto, distrahitur nudo consensu, quia & nudo consensu contrahitur, & prout quisque contractus est, ita & resolvi, & rescindi debet, *l. prout, de solut.* Si res non sit integra, ut puta, si jam venditor rem tradiderit emptori, emptio venditio non potest resolvi nudo consensu, nudo, id est, solo consensu, nisi & ea res, quam tradidit venditori contra reddatur, *l. juris gent. §. adeo, l. ab emptione, de pact.* ubi similiter legi *1. de rer. permut. in fine*, ubi ait, *contra reddatur*, etiam illa *lex, ab emptione*, in fine, ait, *non resolvi emptionem, si res tradita sit emptori, nisi ea res contra præstetur.* Re autem non secuta ulla ex parte, etiam si quid datum sit arræ nomine, quæ datio est tantum argumentum emptionis, nudo consensu emptio resolvitur, ac deinde arra repetitur conditione sine causa, *l. 2. C. quando licet ab empt. disc.* Idemque obtinet, ut in hac *l. 3.* Paulus ostendit, etiam si emptor à venditore fidejussorem venditionis acceperit, vel etiam si stipulatio ex utraque parte intervenerit, rei tradendæ scilicet, & retro solvendi pretii: nec enim ideo minus pacto, & consensu nudo emptio venditio, actione empti venditi dissolvitur. Itemque dissolvitur stipulatio, & fidejussoris obligatio: sed hoc solum interest, ut eleganter hæc *lex ostendit*, quæ in hac rem valde notanda est, quod obligatio empti venditi, quæ est bonæ fidei consensu nudo re integra, ut dixi, ipso jure dissolvitur, pacto nudo ipso jure dissolvitur, quia exceptiones pacti etiam non oppositæ bonæ fidei judiciis insunt, sicut & quælibet aliæ exceptiones, *l. hujusmodi, §. qui servum, de legat. 1. l. prædia, de actionib. emp. l. 1. §. si onerandæ, quar. rer. actio non det.* Obligatio autem fidejussoris, vel obligatio ex stipulatione interposita inter emptorem, & venditorem, quia est stricta, non bonæ fidei, pacto nudo non dissolvitur ipso jure: sed opposita exceptione tantum pacti, quia pactum venditoris, aut emptoris, etiam fidejussori prodest, *l. & heredi, l. ult. de pact.* Et ita accipiendum est, quod ait *lex Stichum, §. ult. de solut.* soluto contractu emptionis venditionis nuda voluntate, re nondum secuta, fidejussorem emptionis liberari, per exceptionem scilicet, non ipso jure, quia stricto judicio tenetur, & strictis judiciis pacti exceptiones non insunt, nec quicquam profunt iis, qui pacti sunt, nisi opponantur, & allegentur, id est, non suppleantur officio judicis addicto judicio stricto. Sic enim hoc distinguendum, & explicandum est. His etiam addamus, quod est in principio legis *8. tit. seq. de per. & comm. rei vend.*

Ad L. VIII. de Peric. & comm. rei vend. *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cujus periculum sit. Nam perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet. Et si id, quod venerit, appareat quid, quale, quantum sit, sit & pretium, & pure venit: perfecta est emptio. Quod si sub conditione res venerit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio: sicut nec stipulatio. Quod si extiterit, Proculus, & Octavianus, emptoris esse periculum ajunt. Idem Pomponius lib. 9. probat. Quod si pendente conditione emptor, vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in præteritum: Quod si pendente conditione res tradita sit: emptor non poterit eam usucapere pro emptore, & quod pretii solutum est, repetetur: & fructus medii temporis venditoris sunt, sicut stipulationes, & legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione, res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta: potest dici, esse damnum emptoris.*

Ad §. Si ita venerit, est ille servus emptus, sive navis ex Alia venerit, sive non venerit, Julianus putat statim perfectam

fectam esse venditionem: quoniam certum sit, eam contractam. Ad §. Cum usufructum mihi vendis: interest, utrum jus utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usufructum mihi vendas. Nam priorre casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debet, heredi autem meo debebitur, si tu vivis. Posteriorre casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debet.

Initio hujus legis proponitur regula juris notissima, perfecta emptione, periculum rei emptæ ad emptorem respicere, & commodum similiter, etiamsi nondum res ei tradita fuerit, modo si nec per venditorem iteriter, quominus traderetur, quia scilicet perempta re vendita, perinde venditio habetur, ac si res emptori tradita fuisset, utpote, quum venditor liberetur, sine cujus mora, aut culpa res perit, & emptor maneat obligatus pretii nomine, si nondum exsolverit, l. 5. §. ult. sup. i. prox. Unde tractat Paulus hoc loco, quando emptio perfecta sit, ut ex eo sciamus, cujus sit periculum. Et ita distinguit Paulus: aut emptio est pura, aut conditionalis: si pura, statim atque convenerit de re certa, & de certo pretio, nudo consensu perfecta est emptio venditio, & periculum respicit emptorem: si conditionalis fuerit, cum extiterit conditio, perfecta est emptio, non ante, ut l. 7. de contrab. empt. Et post conditionem demum impletam periculum rei pertinet ad emptorem: si defecerit conditio, nulla est emptio, sicut nulla stipulatio, l. si quis fundum, de contrab. empt. Et huc transferenda sunt quæ hac de re diximus in l. 34. §. alia causa, de contr. empt. Emptione autem facta sub conditione, ac postea existente conditione, conditio retrotrahitur, conditio retro recurrit, ut subjicit in hac lege, ut idem docet l. 1. §. 1. qui pot. in pign. hab. Videamus quomodo id intelligendum sit, si emptio facta sit sub conditione, & extiterit conditio, conditio retrotrahitur: in hoc scilicet, ut si interim pendente conditione mortuus sit venditor, vel emptor, postea existente conditione heres ejus obligetur ex empto vendito, perinde atque si ab initio pure emptio contracta fuisset. Conditionalis emptio transit in heredem, si post mortem emptoris, vel venditoris existat conditio, quæ retrotrahitur, Itemque in hoc dicimus conditionem retrotrahi, ut si interim res, quæ venit, fiat deterior, non dico, si pereat, sed si fiat deterior, damnum illud respiciat emptorem, perinde atque si ab initio pure contracta emptio fuisset: sed non etiam in hoc, quod perpetua mente tenendum, quod si pendente conditione res omnino perierit, periisse intelligatur emptori: perit enim venditori potius, quia & ipsa emptio venditio omnino perimitur, quasi contracta sine re, sine merce, sicut stipulationes, & legata conditionalia perimuntur re perempta pendente conditione, l. plerumque, §. si ante, de jure dot. In Florentinis Pandectis hoc loco hæc verba desiderantur, quæ supersunt recte in aliis libris: *Sane si pendente conditione res perierit, perimitur emptio, sicut stipulationes, &c.* Quod autem dixi deteriorre facta re vendita, damnum illud respicere ad emptorem, si conditio extiterit; id semper intelligendum est, vino vendito non procedere omnino, si ita venditum sit, ut degustaretur: nam etsi hæc venditio conditionalis esse intelligatur, puta si vinum degustaretur; tamen si ante degustationem vinum acidum, vel mucidum factum sit, hoc damnum non pertinet ad emptorem: aliud leve damnum, quod sine culpa venditoris contigerit salva re, possit ad emptorem pertinere, sed non etiam acor, aut mucor, ut diximus in §. alia causa, quia id actum intelligitur, ne hæc damna, quæ sunt graviora, si vino acciderint ante degustationem, sequerentur emptorem. Notandum est etiam ex hoc loco, re tradita pendente conditione intempestive, ante perfectam venditionem, nimirum pendente conditione, sub qua emptio facta est, non posse emptorem eam rem, si forte aliena, non venditoris fuerit, usufructu titulo pro emptore, quia nondum est vera venditio, l. 4. de in diem addit. l. 2. §. si sub condit. pro empt. Ac præterea, quod pendente conditione solverit emptor pretii nomine, id eadem ratione, quasi indebitum condicere posse, ut l. sub conditione, de cond. ind. Item, quod etiam Paulus ait, & hic aliquantulum hærendum, fructus medii temporis ad venditorem pertinere, id est, fructus perceptos pendente conditione ad venditorem pertinere. Quod non est utiqueque verum: sed ita demum, si res perierit pendente conditione, quem casum subjicit statim. Hoc enim casu, quia emptio omnino perimitur, omne periculum, & omne commodum igitur pertinet ad venditorem, si res interim perierit, ut dixi: nam si interim, id est, pendente conditione res deterior, aut minor facta fuerit, dicam, æquum esse, ut sicut damnum illud pertinet ad emptorem, ita & commodum fructuum medii temporis ad eum pertinere debere, ut l. fructus, C. de act. emp.

A lum hærendum, fructus medii temporis ad venditorem pertinere, id est, fructus perceptos pendente conditione ad venditorem pertinere. Quod non est utiqueque verum: sed ita demum, si res perierit pendente conditione, quem casum subjicit statim. Hoc enim casu, quia emptio omnino perimitur, omne periculum, & omne commodum igitur pertinet ad venditorem, si res interim perierit, ut dixi: nam si interim, id est, pendente conditione res deterior, aut minor facta fuerit, dicam, æquum esse, ut sicut damnum illud pertinet ad emptorem, ita & commodum fructuum medii temporis ad eum pertinere debere, ut l. fructus, C. de act. emp.

AD §. Si ita. In lege 8. §. si ita res, de peric. & comm. rei vend. proponitur unus casus, quo venditio conditionalis, quam jam ante definivit, tunc perfici, quum conditio impleta fuerit, perfecta esse intelligitur, etiamsi conditio nondum impleta fuerit: ut si ita servus venierit, esto servus ille emptus, si naves ex Asia venerit, si non venerit, conditionalis venditio est, sicut stipulatio ita facta, sicut legatum ita relictum, si naves ex Asia venerit, si non venerit: si illud factum fuerit, si factum non fuerit, l. hujusmodi, quando dies leg. ced. eodem modo, ut dixi, conditionalis est venditio, quæ ita fit, si naves ex Asia venerit, si non venerit: quia etsi certum est, alterutrum casum futurum, non ante debetur, quam alteruter casus extiterit, & tamen perfecta venditio esse intelligitur: ac proinde periculum rei venditæ statim pertinere ad emptorem: quia hunc, vel illum casum omnimodo extitutum etiam certum est. Quamobrem, & quod pretii interim solverit emptor, condicere non potest, l. Julianus, de cond. indeb. Ex quo Juliano, etiam in hac specie ait, perfectam esse venditionem, quoniam certum sit, eam contractam. Idem est contractam esse venditionem, & perfectam esse venditionem, ut in §. cum autem, Instit. de empt. & vend. cum emptio venditio contracta sit, id est, cum perfecta sit. Sequitur §. ult.

AD §. ult. In hoc §. ult. ostenditur, usufructuarius si vendat usufructum, quem habet in re aliena, alio jure rem esse, quam si dominus in re sua usufructum constituat, & vendat: proinde multum interesse, utrum usufructuarius usufructum vendat, quem habet in corpore, in re aliena: an dominus in re sua nunc primum usufructum constituat, & vendat. Fructuarius potest vendere usufructum, quo genere facultas percipiendorum fructuum, facultas utendi transit in emptorem, heredemque ejus, quamdiu usufructuarius vivit, non etiam in emptorem transit servitus ipsa usufructus. Hæc enim cohæret personæ venditoris, nec ab ea divelli potest, nisi cedatur domino proprietatis, eamque servitutem ipse, quamdiu vivit, uti & retinere videtur, quia pretio fruitur, l. arboribus, §. usufructuarius, l. non vitur, & l. seq. de usus. Morte autem venditoris, in cujus persona etiam post venditionem hæsit servitus usufructus, morte, inquam, venditoris finitur usufructus, nec fructuum emolumentum jam amplius pertinet ad emptorem, heredemve ejus. Dominus etiam potest rei suæ usufructum alii vendere, & cedere, nudamque proprietatem sibi retinere. Verum hoc genere servitus ipsa utendi fruendi transit in emptorem: emptor fit usufructuarius, & quamdiu vivit, ei competit hæc servitus, etiamsi mortuus venditor fuerit. Ab emptore autem non transit in heredem ejus, sed cum anima emptoris usufructus expirat. Denique si usufructuarius usufructum mihi vendiderit, etiam heredi meo ipse usufructum debet, id est commodum fructuum præstare debet. Heres tamen ipsius, neque mihi, neque heredi meo usufructum debet. Sin vero dominus usufructum mihi vendiderit, heredi meo ipse usufructum non debet, quia finitur morte mea: heres tamen ipsius mihi usufructum debet, quamdiu vivo. Itaque multum interesse, utrum fructuarius, an dominus usufructum vendiderit. Morte fructuarii finitur usufructus non morte emptoris, qui emit fructuum emolumentum: non item morte venditoris, quia à se usufructum abduxit, & abalienavit se junctum à proprietate. Neque ab his (quæ sunt

sunt certissima) quicquam discrepat l. 4. de novat. quam A
objicit Accursius. Quæ lex, si eum, qui mihi debet, non-
dum cessit usumfructum fundi certi, delegavero creditori
meo, ut ei ejus fundi usumfructum promitteret, & pro-
miserit, accesserit, ait, morte mea non finiri usumfructum:
morte creditoris mei finiri: nimirum, quia creditor meus
fuit fructuarius, ego nunquam fui fructuarius: neque
enim is, cui debetur ususfructus. continuo fructuarius est,
sed is tantum, cui cessus, cujusque in persona constitutus
ususfructus est. Quod & Accursius intellexit, & notavit
recte hoc loco. Et nihil est præterea in b.l.8.

Ad L. XXI. de action. empt. Si sterilis ancilla sit, cujus par-
tus venit, vel major annis quinquaginta, cum id emptor
ignoraverit, ex empto tenetur venditor.

Ad §. Si prædii venditor non dicat de tributo sciens, tenetur B
ex empto. Quod si ignorans non prædixerit, quod forte he-
reditarium prædium erat, non tenetur.

Ad §. Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus,
de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse: Tamen
venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum:
& si venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas
emat, quæ non sunt.

Ad §. Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat:
omnis utilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo cir-
ca ipsam rem consistit: Neque enim, si potius ex vino (puta)
negotiarum, & lucrum facere, id æstimandum est: non magis,
quam si triticum emerit, & ob eam rem, quod non sit tradi-
tum: familia ejus fame laboraverit. Nam pretium tritici, non
servorum fame necatorum consequitur. Nec major sit obligatio,
quod tardius agitur: quamvis crescat si vinum hodie pluris C
sit: merito: quia sive datum est, haberet emptor: sive non: quo-
niam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.

Ad §. Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa
summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est: quasi
in partem pretii ea res sit.

Ad §. Sed & si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum,
quam mihi venderes: actio eo nomine ex vendito est, si alii
vendideris.

Ad §. Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec
viveret: aut in singulos annos decem. Emptor primo anno
maluit decem præstare, secundo anno habitationem præsta-
re. Trebatius ait: mutanda voluntatis potestatem eum habe-
re, singulisque annis alterutrum præstare posse: & quamdiu
paratus sit alterutrum præstare: petitionem non esse.

SI quis ignorans emerit partum, qui ex ancilla, non dico
prægnante, sed qui quandoque ex ancilla ederetur, si
partum quandoque futurum ignorans emerit à venditore,
qui sciebat eam ancillam esse sterilem, aut majorem quin-
quagenaria, quæ etiam existimatur esse sterilis, ἀνεπίδω-
τος ἄνδρῳ. Et lege Papia Popæa etiam major quinquagenaria
nuptias contrahere prohibetur, quasi generare non possit,
in l. pen. C. de nupt. In qua tamen caput illud legis Papie
Justinianus abrogat, vetulæ cuicumque, cujuscunque ætatis
permittens nuptias. Verum lege Papia major quinquage-
naria non potuit nuptias contrahere, quæ tamen potuit
esse in concubinato, l. 1. §. ult. de concub. Plinius 7. naturalis
historiæ, mulierem post quinquagesimum annum non gignere.
Itemque Aristoteles 5. de hist. animal. cap. 14. plerumque
scilicet, sive plurimum non gignere, perraro id evenire, ut
pariat. Isto, inquam, casu, quem proposui, venditor, qui
scivit mulierem esse sterilem, aut extra spem pariendi, te-
netur emptori actione ex empto, sive in id, quod interest,
vel, ut ait l. Julianus, sup. h. s. in detrimenta omnia, quæ ex ea
emptione emptor traxit. Ignorans autem venditor dunta-
taxat tenetur emptori, ut restituat pretium, quod numeravit,
arg. d. l. Julianus. Et ita, ut Paulus subicit in §. 1. b. l. facta simi-
liter differentia inter scientem, & ignorantem venditorem;
si sciens venditor prædii, prædium debere tributum an-
nuum, aut vectigal, nihil dixerit emptori ignoranti de tri-
buto, quo prædium onustum erat, emptori tenetur actione
ex vendito in id, quod interest, quod scierit, & celaverit em-
ptori dolo malo. Ignorans autem venditor, qui justam ha-

buit ignorantie causam, utpote cum hereditarium esset
prædium, cujus qualitas ei incognita erat, tunc non tene-
tur emptori ex empto in id, quod interest, sed tenetur tan-
tum, quanto minoris emptor empturus esset, si scisset.
Quod huic §. addendum est ex l. si minor, C. eod. tit. In qua
fatis nove, quod notandum, tributum prædii, capitatio
prædii dicitur, ut etiam in l. ult. C. Theodos. sine censu, vel re-
liquis fundum comparari non posse. Salvianus item 5. de pro-
vid. Dei. Cum possessio, inquit, ab his recesserit, capitatio non
recedit: capitatio scilicet possessionis sive prædii. Porro
actione quanto minoris ex empto, quæ uno verbo interdum
æstimatoria dicitur, indistincte tenetur sciens, & ignorans,
sed ignorans hac sola, vel in hoc solum. Sciens autem hoc
amplius conveniri potest, si hoc emptor elegerit, in omne,
quod emptoris interest, non etiam ignorans. Iis addenda
est, quæ mox proponitur in §. seq. quamvis, alia differen-
tia inter scientem, & ignorantem venditorem.

AD §. Quamvis. Si sciens venditor cupresseas mensas (uti-
tur hoc exemplo) vendiderit pro citreis, quæ longe
sunt pretiosissimæ, tenetur emptori ignoranti, quanti ejus
interest non esse deceptum. Et ut subjicit, ignorans etiam
venditor tenetur, sed in quantum teneatur non dicit. Sane
æquum non est, ut teneatur quanti emptoris interest. Igitur
recte dicam ex l. 45. de contr. empt. ignorantem venditorem
ipsius tantum rei venditæ nomine teneri, puta ut mensas ci-
treas, quas vendidit, præster: nam & hoc in ea l. 45. ostenditur
esse servandum, quum aurichalcum, id est, æs, quod auri
speciem habet, & colorem, pro auro quis vendidit igno-
rans: nam & hic rei tantum nomine tenetur, puta ut au-
rum quod vendidit, præster. In hoc vero exemplo aurichal-
ci venditi pro auro, & in exemplo proposito mensæ cu-
presseæ venditæ pro citrea, consentiunt quidem contrahen-
tes in ipso corpore, quod venit, sed dissentiunt in qualitate
corporis, sive rei venditæ in materia, in substantia,
qui dissensus efficit, ut nulla sit venditio, ut est proditum
in l. 9. & 14. de contrah. empt. Quamobrem rectius vulgo in
hoc §. legitur: Cum in corpore consentiamus, de qualitate dis-
sentiamus, emptionem non esse: sic vulgo. Rectius, ut dixi,
quam in Florentinis: emptionem esse, ut quemadmodum
Modestinus ait in l. qui officii, §. 1. de contrah. empt. Quamvis
emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem posse
emptorem experiri, ut consequatur quod interfuit ejus, ne deceperetur.
Ita hoc loco aptissime dicit Paulus in hoc §. Quamvis
supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate au-
tem dissentiamus, emptionem non esse: tamen venditor actione
ex empto teneri debet quanti interest non esse deceptum. Quam-
vis non sit societas, aut esse delierit, tamen licet experiri
actione pro socio quibusdam casibus: Ita etiam hoc casu,
quamvis non sit emptio, licet experiri actione ex empto
ob id solum, quod quasi emptio contracta sit. Sequitur §.
cum per venditorem, cujus §. est frequens usus in materia
de eo quod interest, & in materia de mora, & ideo à no-
bis perspicue explicabitur.

AD §. Cum per venditorem. Loquitur hic §. de mora ven-
ditoris, qui scilicet fecit moram, qui traxit moram in
tradenda re vendita: per quem, inquit, stetit quo minus rem tra-
deret, quibus verbis semper significatur mora, & frustratoria
dilatio tradendæ rei venditæ, soluto jam, vel oblato pretio.
Post moram factam in re tradenda, ait, venire omnem utilitatem,
ait, omnem utilitatem emptori in æstimationem venire: quæ modo
circa ipsam rem consistit: omnem utilitatem, id est, omne id
quod interest: id quod interest emptoris est utilitas, quæ ei
abest propter moram venditoris. Tenetur ergo venditor em-
ptori eo nomine actione ex empto in id omne, quo emptor
interest: non quidem quoquomodo interest, non quod
extra rem venditam interest, sed quod circa ipsam rem,
inquit, ἐπιμαρτυρίας, circa rem ipsam, quæ venit, interest,
quodque ipsi rei cohæret, ut puta in pretium, quod pro
ea re emptor prænumeravit, & in quod emptionis gratia
voluntate venditoris, vel coactus erogavit in proxenetam,
ut dicebam nudius tertius, vel in fiscum, ut l. 8. de hered.
vend. l. debet, de adil. ed. vel si post moram venditoris crevit
pre-

pretium rei, quanto ea res hodie pluris est, id quoque in æstimationem venit, quoniam id haberet emptor, si res ei tradita fuisset, si moratus in re tradenda venditor non fuisset. Compendium autem negotiationis non æstimatur, non consideratur, quia versatur extra rem, ut puta, vino vendito, finge, potuit emptor ex eo vino negotiari, & uberrimum quæstum facere, quem non fecit, quia in eo vino tradendo venditor moram admisit, an intercepti hujusce lucri ratio habebitur in actione ex empto minime: vel etiam tritico vendito, si ob id, quod moram debitor in eo tradendo fecit, familia emptoris fame sit eneeta, hujus damni ratio non habetur, id est, pretium servorum amissorum, servorum fame peremptorum non consideratur, aut æstimatur, sed pretium tritici tantum, id est, id quod interest circa rem ipsam, quæ venit, quod quidem pretium tritici, si hodie pluris sit post moram venditoris, quam fuerit venditionis tempore, id emptori præstandum est: quoniam id haberet emptor, si moram venditor in tradendo tritico non fecisset: alioquin mora venditoris non auget obligationem, non auget supra pretium rei: *nec fit*, inquit, *major obligatio, quæ venditor tenetur obstrictus, quod tardius agitur*, ex empto scilicet. Et maxime observandum est, de mora tantum venditoris Paulum loqui; plecti eam moram actione ex empto; in qua tamen non venit omne damnum, quod sustinuit emptor, omneve lucrum, quod non fecit emptor, sed id tantum, quod consistit circa rem ipsam. Idemque servatur in mora emptoris, ut ostendit *lex ult. de per. & comm. rei vend.* si emptor fecerit moram in solvendo pretio, actione ex vendito tenetur, ut præstet usuras duntaxat, non ut præstet omne omnino quod venditor mora non facta consequi potuisset: veluti si pretio soluto negotiatus ex eo fuisset, & ex mercibus plus tulisset, quam ex usuris; hujus lucri, quoniam extra rem est, ratio non habetur. Idemque servari in mora heredis rectissime Accursius sensit, ex hoc §. ut opinor, aut argumento hujus §. quamquam illum non adducat in l. 26. de leg. 3. Pro quo etiam facit l. 2. §. ult. eod. tit. Si heres in præstando fideicommissio moram fecerit, ex die moræ fideicommissario debentur fructus. Præstandum etiam ei est omne damnum, quod passus est, præstanda omnis utilitas, quæ modo scilicet versetur circa rem, ut si post moram res, quæ fideicommissio continetur, extincta, aut deterior facta sit, non etiam, inquit, scite Accursius, id quod damnum fideicommissarius passus sit in suis rebus. Hæc omnia dicuntur de mora: nam alia est ratio scientiæ, & doli mali venditoris, ut puta si sciens ancillam esse sterilem, partum ejus ignorantem vendiderit, vel si sciens de tributo venditi prædii, ignorantem emptorem celaverit, vel si sciens dolo malo pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendiderit. His enim casibus non tantum æstimatur utilitas emptoris, quæ circa rem ipsam versatur, sed etiam omnia detrimenta, quæ sunt extra rem, quæ scilicet emptor ex ea emptione traxit, ut si vitio tigni ædes emptoris perierint, quanti ea fuerint, æstimatur, & præstatur emptori: præstatur damnum, quod in re sua passus est, ne dum id, quod passus est in re vendita, vel etiam, quum sciens ignorantem vendidit pecus morbosum, si contagione pecoris empti cætera pecora emptoris perierint, quanti ea fuerint æstimatur, & præstatur emptori, quod palam, & aperte traditum est in l. Julianus, hoc tit. Alia igitur est causa moræ venditoris, quoniam ob hanc causam non æstimatur damnum, quod extrinsecus emptor passus est in suis rebus. Alia autem est causa scientiæ, & doli mali, quoniam tunc omne damnum æstimatur, quod vel in re ipsa, vel extra rem ipsam consistit. Et ita est explicandus hic §.

Ad §. Si tibi fundum. In §. pen. l. 2. de act. empt. proponitur hæc species: vendidi tibi fundum ea lege, ut eum conductum haberem certa mercede, forte in quinquennium. Tu me ea conductione frui non pateris: contra legem venditionis à me dictam, quam tu secutus es, atque probasti, facis: Et ideo mihi teneris actione ex empto quasi in partem pretii, quia ea res, eave lex, sive pactio cessit in partem pretii, quandoquidem eo minoris res tibi à me vendita est, ut in l. fundi, de contr. empt. l. 6. in fin. de serv. export. teneris, inquam,

Tom. II. Post.

A mihi, ut sinas me conductione perfrui, aut quanti ob eam mea interest, præstes. Idemque est, si pepigero ut nulli alii, quam mihi eum fundum venderes, si quando eum vendere velles, quod pactum etiam superiori conjungitur in l. qui fundum 75. de contrab. empt. Eodemque modo, si legem dixeris, si pepigero, ut nulli alii, quam mihi eum fundum quandoque venderes, si eum alii vendideris contra fidem placiti, mihi teneris actione ex vendito in id quanti ea res est, sive quanti mea interest, cum fundum mihi revenditum esse. Pactum venditioni ex continenti adjectum in ipso contractu inest, & format ipsam actionem, id est, actionem ex empto vendito, l. juris gentium, §. 1. de pact. Pactum justum scilicet. Et hoc utique justum est, ut rem, quam tibi vendo, nulli alii, quam mihi revendas. Hoc pactum jure comprobatum est, ut vel hic locus ostendit, & d. l. qui fundum, quod tamen etiam male colligitur ex l. qui Roma, §. coheredes, de verb. oblig. In dividenda hereditate coheredes inter se pacti sunt, ne eorum quisquam partem suam aliis quam coheredi, vel ejus successori venderet, subjecta stipulatione pœnali, si quis eorum aliter faceret. Et vero si quis eorum secus fecerit, pœna committitur, stipulatio pœnalis committitur; ex quo non sequitur pactum illam valere. Nam & inutili, nullæ pœnæ actioni, conventioni subjecta stipulatio pœnalis efficax est. Quamvis conventio ipsa sit inefficax, ut si quis alteri stipuletur, vel paciscatur, inutilis stipulatio, inutilis pœnæ est, utilis tamen est stipulatio pœnalis ei subjecta, l. stipulatio ista, §. alteri, eod. tit. de verb. oblig. Eodem vero modo, si tibi domum vendidero certo pretio, & ea lege, ut aliam domum meam reficeres tuis sumptibus, quæ lex etiam videtur cedere in partem pretii, agam tecum ex vendito, ut reficias, l. tenetur 6. §. 1. hoc tit. vel agam ad quantum interest, ut loquitur l. servum, de pign. Sententia autem §. ult. hujus legis hæc est:

Ad §. ult. In vendenda domo venditor sibi exceptit habitationem donec viveret, aut quotannis aureos 10. quibus scilicet aliam sibi habitationem conducere, & pararet. Denique sub disjunctione exceptit sibi habitationem donec viveret, aut 10. aureos annuos. In disjunctivis obligationibus electio est emptoris, l. plerumque, §. ult. de pure dot. l. 3. §. Scævola, de eo, quod certo loco. Et ideo in electione est emptoris, vel præstare venditori habitationem, vel aureos decem quotannis, quæ electio ei datur singulis annis, adeo ut si primo anno præstiterit habitationem, secundo possit præstare 10. vel si contra, & ad eundem modum subinde mutare voluntatem, ut l. cum qui certarum, §. ult. de verb. oblig. quam in rem præcipue hic §. notandus est, ut qui singulis annis electionem habet præstandi alterutrum, possit variare, nec quod primo anno cepit præstare, id compellatur, si nolit, præstare sequentibus: nec tamen ideo existimandum est hanc obligationem esse multiplicem: non ideo existimandum est, plures esse obligationes, quod præstationem mutare possit singulis annis suo arbitratu. Imo una est obligatio annua, & perpetua, l. si Stichum, §. 1. eod. tit. Quod & hic Fulgositius notavit rectissime contra Bartolum. Restat tantum l. 5. de evict.

Ad L. V. de Evict. Servi venditor peculium accessurum dixit: si vicarius evictus sit, nihil præstaturum venditorem Labeo ait: Quia sive non sit in peculio, non accesserit: sive fuerit, injuriam à judice emptor passus est, aliter atque si nominatim servum accedere dixisset. Tunc enim præstare deberet, in peculio eum esse.

In qua lege ostenditur, multum interesse, utrum in venditione servi venditor dixerit nominatim, alium servum accessurum, puta Stichum quasi peculiarem, sive vicarium servum venditi servi ordinarii: quo casu evicto Sticho, quem nominatim accessurum dixit, venditor omnimodo tenetur, quatenus emptori in id, quod interest indemnitas servetur, quia quod dixit, nempe Stichum esse in peculio servi venditi, & Stichum accessurum tanquam peculiarem, id proculdubio præstare debet. Interest vero, an simpliciter dixerit peculium accessu-

KK 2

rum:

rum : hoc enim casu ; evicto servo vicario , quem non nominavit , venditor non tenetur , quia sive non fuit in peculio , non accessit venditioni : sive fuit in peculio , injuria judicis evictus est , & injuria , quam judex facit emptori , non debet venditorem contingere , non debet in venditorem competere , l. 51. *hoc tit. l. 8. C. eod. l. 1. de rer. perm. Perperam Accursius hoc loco , & aliis plerisque desiderat , ut injuriæ judicis accedat culpa emptoris , ut scilicet partim culpa sua , partim injuria judicis emptor condemnatur : perperam desiderat concursum utriusque causæ , quoniam alterutra causa sufficit , injuria judicis , vel culpa emptoris , ne venditor teneatur de evictione , ut supradictæ leges docent , l. 3. *de evict. & l. 1. C. de rer. perm. & in l. exceptione , de fidejuss. hæc adjectio , quæ est in extremo legis , scilicet , Si culpa tua injustæ damnationis causam præbueris , inepti cujusdam interpretis est , quoniam etiam culpa tua absit , injuria judicis non debet alterum contingere , l. si sine , §. cum ante , rem rat. hab. Porro ex his apparet venditorem peculii evictionem non præstare in singulis rebus peculiaribus , nisi nominatim eas designaverit : tunc enim præstare debet in peculio eas esse : Sicut nec venditor hereditatis in singulis rebus hereditariis evictionem præstat , nisi in iis , quæ forte dixerit nominatim ex hereditate esse , l. 1. *C. de evict. Ac præterea sicut vendita hereditate nihil refert quanta hereditas sit , nisi de quantitate ejus venditor affirmaverit , l. 14. in fine , & l. 15. de hered. vend. ita venditor peculio , aut vendito servo cum peculio , nihil refert quantum peculium sit : satis est si vel minima hereditas sit , si vel minimum peculium sit , l. si quid in fine , de edil. edict. ut hereditatis , ita peculii nomen , nomen est juris , non corporis nomen est , quo jus significatur , non res.***

* * * * *

JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XXXIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. Locat. Locatio , & conductio , cum naturalis sit , & omnium gentium , non verbis , sed consensu contrahitur : sicut emptio , & venditio .

HIC totus liber fuit de contractu locationis , & conductionis , & initio Paulus idem tradit in l. 1. *loc. quæ est ex hoc libro 34. quod & superiori de emptione , & venditione in l. 1. in fine , de contrab. empt. locationem , conductionem , quæ similiter adsimilatur emptioni venditioni , esse jurigentium , naturalem , inquit , & omnium gentium , id est , esse jurigentium : & ideo non verbis solemnibus contrahi , & perfici , veluti stipulatione , quæ est juris civilis : sed nudo consensu , nuda voluntate , simul atque de certa re , quæ fruenda , vel habitanda daretur ad tempus certum , & de certa mercede convenerit . Hoc tantum est summum discrimen inter hunc , & illum contractum , quod in emptione venditione id agitur , etiam si venditor non sit dominus , ut dominium rei transeat ad emptorem in perpetuum : in locatione conductione , ut conductori rei frui liceat certo pretio ad certum tempus , l. cum manu , §. ult. *de contr. empt. Reddenda autem est huic libro 34. lex 7. ejusdem tituli locati , quæ falso adscribitur 32. Sententia ejus simul atque legis sequentis , quæ satis obscura est , mihi videtur esse hujusmodi.**

Ad L. VII. eod. Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta , tuque eandem sexaginta Titio locaveris , & Titius à domino prohibitus fuerit habitare : agentem te ex conducto , sexaginta consequi debere placet , quia ipse Titio tenearis in sexaginta .

Sicut venditio rei alienæ valet , & inde nascitur obligatio inter emptorem , & venditorem mutua , l. rem alienam ,

de contrab. empt. ita & locatio rei alienæ potest fieri bona fide , cum venditio , & locatio rei alienæ bona fide fit : fac igitur , me tibi locasse domum alienam bona fide quinquaginta , & mox te eandem domum Titio ablocasse sexaginta , & Titium prohiberi à domino habitare evincente domum : ego tibi teneor actione ex conducto , ut Paulus ait in hac l. 7. ut præstem non quinquaginta , sed sexaginta , quia in sexaginta Titio teneris , quem dominus in ea domo habitare non patitur , quæ sententia Pauli statim notatur in l. seq.

Ad L. VIII. eod. Nos videamus , ne non sexaginta præstanda , nec quinquaginta sint , sed quanti interest perfrui conductione : tantumdemque consequatur medius , quantum præstare debeat ei , qui à se conduxit : quoniam emolumentum conductionis ad comparationem uberioris mercedis computatum , majorem efficit condemnationem : & tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta , quæ ab illo perciperet , si dominus insulæ habitare novissimum conductorem non vetuisset . Quo jure utimur .

Verius esse ait , usque receptum , quod æquum est , neque quinquaginta me tibi , neque sexaginta præstare debere , sed quanti tua interest conductione perfrui : tanti autem tua interest , quanti Titio damnatus es , aut futurum est , ut damneris ob id , quod conductione ei frui non liceat prohibente domino : quinquaginta , de quibus convenit inter me , & te , ut mihi quotannis præberentur mercedis loco , ea ego tibi reputabo , pro rata ejus temporis , quo tibi domo frui licuit , conductorive tuo , id est , Titio : & id tantum restituam tibi , si tu mihi mercedem prorogasti , vel id tantum remittam tibi ex mercede conventa , quod in id tempus excurrit , quo tibi , conductorive tuo frui domo non licuit per dominum . Quod autem tu plus eo nomine præstiteris conductori tuo , quod ei conductione frui non licuerit , id ego tibi ex mercede , de qua inter me , & te convenit , aut reddam , aut remittam : majorem obligationem meam facit conductione tua , cujus merces uberior est , quam fuerit meæ . Et ita est explicanda l. 8.

Regressus ad L. VIII.

QUæ dixi nudius tertius ad l. 8. *locati* , non satis eam explicant : itaque diligentiore retractatione opus est : nec enim mihi satisfaciunt . Ego tibi alienam insulam locavi quinquaginta , tuque eandem Titio locasti sexaginta , & dominus Titium à conductione expellit , Titium prohibet habitare , atque adeo etiam te prohibet conductione frui . Paulus dicebat in l. 7. te actione ex conducto à me , non quinquaginta quanti ego locassem , sed sexaginta quanti tu localles , consequi posse , quoniam in sexaginta Titio teneris : nempe Titio teneris reddere sexaginta , si ea tibi prorogaverit , ut plerumque fit , vel remittere , si non prorogaverit ; quia neque ei , neque tibi habitatione frui per dominum licet . Contra Tryphoninus in l. 8. ait , neque quinquaginta , neque sexaginta me tibi præstare debere , sed quanti interest conductione perfrui , ut in l. qui insulam , infra , hoc tit. illis verbis , quanti conductoris interest habitatores ne migrarent : quæ verba opponit illis , quanti dominus prædiorum locasset . Quod autem interest conductoris conductione perfrui in hac specie , reapse redigitur ad decem tantum , id est , quod tua interest redigitur ad decem tantum , quia si tibi conductione frui licuisset , supra mercedem , quam mihi præbes , id est , supra quinquaginta , ex posteriori conductione decem lucrificasses . In actione autem ex conducto , lucri , quod ex conductione conductor facturus erat , utique ratio habetur semper , l. 13. l. 24. §. colonus , l. 33. *hoc t. Lucri , inquam , quod hic Tryphoninus vocat , Emolumentum conductionis . In æstimationem igitur veniunt decem , quæ nunc ultra quinquaginta Titio conductori tuo reddere , aut remittere debes : nam etsi sexaginta , quæ Titio præstare debes , ad summam æquum sit , ut à me consequaris ; tamen ego tibi reputare possum te vous puis precontes , quinquaginta , quæ à te percepissem .*

pen.

penfionis nomine, quæ ideo nunc non percipio, quod tibi A in conductione frui non liceat. Ita si horum quinquaginta habita reputatione, ut non bis quinquaginta consequaris, sed femel tantum ob id, quod tibi frui non liceat: & hoc amplius decem nomine ejus, quod interest ob id, quod conductori tuo frui non liceat, cui ultra quinquaginta præstare decem debes. Ueberior, cariorve locatio tua auget obligationem meam. Et ita perspicue mihi videtur explicari posse lex 8. Nunc transeamus ad l. 20. ejusdem tituli.

Ad L. XX. eod. *Sicut emptio, ita & locatio sub conditione fieri potest.*

Ad §. Sed donationis causa contrahi non potest.

Ad §. Interdum locator non obligatur, conductor obligatur. Veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat.

Ad L. XXII. eod. *Item si pretio non soluto, inempta res facta sit: tunc ex locato erit actio.*

Ad §. Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est.

Ad §. Cum insulam ædificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat: proprietatem quidem eorum ad me transfert, & tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem.

Ad §. Quemadmodum in emendo, & vendendo, naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere: & ita in locationibus quoque, & conductionibus juris est.

Sicut emptio venditio sub conditione fieri potest, §. pen. *Instit. de empt. vendit.* Ita & locatio, quod proponitur initio legis 20. ad differentiam, ut arbitror, mancipationis, quæ fiebat per æs, & libram, nec conditionem recipiebat, C *l. actus, de reg. jur.* Item, ut subjicit: si ut emptio donationis causa fieri non potest, ita ut sit emptio, utque nascatur obligatio empti venditi, actiove ex empto vendito, l. 36. & 38. *de contrab. empt.* ut si pretium venditor faciat, ponat, quod non sit exacturus, quæ res non substantiam, sed colorem tantum, & titulum venditionis habet, qui quæritur sæpe in fraudem legum, quæ quibusdam casibus donationes inibent, ut quibus casibus non possunt donare, vendant, non exacturi pretium, id est, donationis causa, l. 5. §. circa, l. 8. §. si uxori, l. 49. *de donat. int. vir. & uxor. lult.* C. *Theodos. de Apostat. l. 58. Cod. Theod. de hæret.* Ita vero locatio donationis causa fieri non potest, ut ait in hac l. 20. & l. 49. *inf. h. tit.* Quod etiam dicitur ad differentiam emancipationis, quæ & donationis causa facta valebat, l. ult. C. *de donat.*

Ad §. Interdum. Sequitur in §. 1. aliquando claudere locationem, & conductionem, puta locatorem non obligari, conductorem solum obligari: ut si quis emerit fundum, vel servum certo pretio, & pretium caverit se soluturum intra diem certum addita lege commissoria, pacto commissorio, ut si ad diem non solveret pretium, res esset inempta; & præterea addiderit etiam hanc legem, ut interim donec pretium solveret, eam rem, eum fundum, eumve servum conductum haberet certa mercede, ut in l. seq. & in l. servi, *sup. de peric. & comm. rei vend.* Hoc casu, si pretio non soluto ad diem, res fiat inempta secundum legem commissoriam, conductor locatori tenetur actione ex locato, ut præteriti temporis mercedem solvat, l. seq. locator autem non tenetur ex conducto, ut frui liceat, quia finita simul locatio, & emptio est, ad diem pretio non soluto. Et ita finis hujus legis 20. est connectendus cum initio legis 22. si-ve continuandus, cum sit ex eodem libro Pauli: In eoque initio pro *Item*, quæ menda est frequentissima in his libris, legendum, id est, alioquin manca, & imperfecta, & nullius sensus congrui est oratio, & extremo hujus l. 20. & initio legis 22. Ideoque ita uno tenore est legendum continuata oratione. Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti quum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat, id est, si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio: suppleas: non etiam retro erit actio ex conducto. Atque ita obligatio locati conducti claudicabit. Idem vero, ut claudat obligatio locati conducti, evenit

in specie legis *qui fundum inf. hoc tit.* Si fundum colono locatum, alii legavero in testamento, heredi meo colonus non tenetur ex locato, ut fundum colat, quia nihil heredis mei interest, cum fundus alii legatus sit: heres tamen colono tenetur ex conducto, ut frui præstet legatario prohibente colonum, atque ita ex uno tantum latere locati conducti obligatio consistit. Post additur in §. 1. non tantum locationem esse, si quid fruendum detur, quo casu conductor est, qui quid faciendum accipit, & hic conductor, qui fruendum accipit, mercedem dat, locator autem, qui fruendum dat, mercedem accipit: sed etiam locationem esse, si quid faciendum detur, ut si domus ædificanda, si aliud quodcunque opus faciendum sit, velis facienda, aut polienda, si puer instituendus detur, quibus casibus conductor quidquid faciendum accipit, mercedem accipit: locator vero, quidquid faciendum dat, mercedem etiam dat. Et hoc præmissis subjicit Paulus in §. *cum insulam*, quum domus inædificanda locatur ea lege, ut conductor, id est, faber omnia sua impensa faciat, ut cæmentata, ut tigna, ut materiam omnem fabricæ necessariam de suo præbeat, etiam tum locationem esse. Quamvis quod videbatur oblatre, ejus materiæ dominium, quamvis materiæ suæ dominium transferat in locatorem, ut *l. redemptores, de rei vind.* Ratione civili, & naturali, quia superficies cedit solo: quia superficies sequitur jus soli: non solet quidem locatio dominium mutare: sicut emptio venditio dominium mutare potest, locatio conductio dominium non solet mutare, l. 42. h. t. Sed si quando lege locationis id agatur, ut dominium mutetur, non ideo initium, & causa contractus, quæ utique semper potissimum spectanda est, immutatur, ut *l. in nave, inf. hoc tit.* Idemque esse ex diverso Paulus significat hoc loco, tametsi præcise admodum suo more, si *faber, sive artifex*, ut ait, *non domum faciendam à locatore conduxerit, locatore ineunte contractum, sed utriusque locaverit operam suam ad domum ædificandam in solo alieno suis sumptibus, & conduxerit æque operam ejus dominus soli certo pretio*: nam & hoc casu non venditio, sed locatio contracta intelligitur, ut ostendit etiam l. 20. *de contr. empt.* quia faber locat suam operam ultro, inrogatus, id est, faciendæ insulæ necessitatem. Corpus autem, in quo faciat, proficiscitur à conductore, qui soli dominus est. Denique non in una eademque specie fabrum, & conductorem, & locatorem vocat, quod esset absurdissimum, & sine exemplo, sed in alia specie conductorem vocat, quum quis scilicet fabro domum ædificandam dedit, cum quis fabrum adivit, eique domum ædificandam dedit constituta certa mercede. In alia autem specie fabrum locatorem vocat, videlicet, quum faber ipse ultro operam suam detulit domino soli, si in eo ædificium poni vellet. Et breviter res sic se habet, quod & demonstrabit *lex 2. ad leg. Rhod.* quæ est etiam ex hoc libro. Res sic se habet breviter. Locator est, qui init, inchoat contractum, dans fruendum, exhibensve operas suas, vel dans rem aliquam fruendam, vel dans opus aliquod faciendum: Conductor autem est, qui subsequitur, & locatoris conditionem accipit, gratamve, & ratam habet. Hæc est certa, & perpetua definitio locatoris, & conductoris, quam nosse magni interest, propterea quod locatori datur actio ex locato: conductori actio ex conducto, nec possis scire cui quæque actio detur, nisi scias quis proprie sit locator, quis conductor. Restat §. ult.

Ad §. *Ult.* In hoc §. ostenditur, locationem conductionem in hoc etiam esse proximam, & similem emptioni venditioni, quod in utroque contractu liceat contrahentibus se circumscribere invicem, & circumvenire. Idque naturaliter inquam, id est, ex natura ipsius contractus, ex substantia, ut ait l. 8. C. *de resc. vend. l. 17. §. pen. de minor.* In emendo igitur, & vendendo, item in locando, & conducendo naturaliter, id est, ex natura contractus utriusque, vel *emptio-ritas*, ut ait *Nov. 97. comme il se fait entre marchands*, licet contrahentibus se invicem circumscribere, quod non est dolo malo se circumscribere, quæ res longe abesse debet à contractu bonæ fidei, l. seq. sed se circumscribere, est reipsa gra-

gravare se invicem, puta, quod pluris est, emendo, aut conducendo minoris, aut quod minoris est, vendendo, vel locando pluris: quod satagit etiam uterque semper in utroque negotio, & ea fraus toleratur, modo non sit fraus immodica, quæ scilicet excedat modum ita jure definitum ut ne venditor, aut locator fraudetur supra dimidiam justi pretii, justæ mercedis, id est, ne pretii, mercedisve nomine saltem minus dimidio ferat: denique si res digna sit 20. ne minus ferat quam 10. nam si 8. vel 9. duntaxat ferat ex conventionione, rescindi venditio potest, juxta l. 2. C. de rescind. vend. quod & ante eam legem obtinuisse sup. quodam loco ostendi: non tantum dolus, sed etiam fraus immodica, & intolerabilis à contractu bonæ fidei abesse debet, l. 3. in si pro soc. Si dolus absit, si fraus immodica absit, ob quamlibet aliam fraudem, in quam venditor, aut locator inciderit, indicando pretio, ponendo pretio, locatio venditione rescindi non potest: certe nec ob fraudem immodicam, quam supra defini, si quis amens, si quis stultus impenso, & immenso pretio emerit: nam hoc beneficium ob immodicam fraudem rescindendæ venditionis omnes leges, omnes constitutiones dant venditori tantum, non stulto emptori: quod plenius docet observatio 16. cap. 18. & summus senatus aliquando probavit, potestque huic rei aptari, quod est apud Plautum in Mollæria: *Si ædes male emptæ essent, inquit, nobis has haud redhibere liceret.* Male emere, est magno, & immenso pretio emere. Et inde illud Plinii in Epistolis: *Malam emptionem semper ingratham esse, eo maxime quod exprobare stultitiam domino videatur.* Iis addamus, quod ita Seneca scripsit 5. Controversiarum: *non possum domum habere, nisi hanc emero nulla alia venalis est.* Et hanc occasionem, inquit, videt venditor, & premit, non tamen hanc emptionem rescindens, alioquin, inquit, *in infinitum calumnia excedet.* Quod congruit etiam optime cum eo, quod Paulus ait in hoc §. ult. in emendo vendendo naturaliter esse concessum, quod pluris sit, minoris emere, & quod minoris sit, pluris vendere, & invicem se circumscribere, id est, gravare, ut l. 6. C. sol. matrim. sine dolo malo tamen, ut l. seq. & l. si quis adfirmavit, de dolo malo: nam si ego persuasi tibi domum esse bene materiata, vel quam aliam commoditatem in ea domo esse, quam tu magni facias, si hoc tibi persuadeam, atque inducam, ut magno emas, rescissioni plane locus est, non etiam, si dolus malus absit, etiamsi fraus adsit, modo non sit immodica ex parte venditoris. Et eodem modo lex 8. de rescind. vend. hoc animo, votoque ad emptionem venditionem emptorem accedere, ut viliori pretio emat, ut bene rem suam gerat: venditorem, ut cariore vendat, & tandem post multam cunctationem, ubi paulatim venditor detraxerit de pretio, quod fecit, emptor vero adjecerit, ut convenient in certum pretium. Cæterum id omni opera agit quisque, ut bene emat, vel ut bene vendat, idque natura contractus exigit, cum in emptione venditione, tum in locatione conductione.

Ad L. XXIV. eod. *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur: perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset: idemque servatur si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.*

Ad §. Si colonus locaverit fundum: res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

Ad §. Si domus, vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit: potest dominus, si deseruerit habitationem, vel fundi culturam colonus, vel inquilinus, cum eis statim agere.

Ad §. Sed & de his, quæ præsentis die præstare debuerunt, velut opus aliquod efficerent, propagationes facerent, agere similiter potest.

Ad §. Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte agit: etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus, eo quod secundo, vel

tertio anno patietur fundo frui: nam et qui expulsus à conductione, in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus, neque ipse pensionum nomine obligatus erit, & quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur. *Sera est enim patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus non potest: quod si paucis diebus prohibuit, deinde pœnitentiam agit, omniaque colono in integro sunt: nihil ex obligatione, paucorum dierum mora minuit. Item utiliter ex conductione agit is, cui secundum conventionem non præstantur quæ convenerant, sive prohibeatur frui à domino, vel ab extraneo, quem dominus prohibere potest.*

Ad §. Qui in plures annos fundum locaverat, testamento suo damnavit heredem, ut conductorem liberaret. Si non patietur heres eum reliquo tempore frui: est ex conductione actio. Quod si patietur, nec mercedes remittat: ex testamento tenetur.

Restat ex hoc libro 34. ut exponamus l. 24. loc. cond. cujus explicabo tres quæstiones, & primam potissimum, quæ (quod possim liquido affirmare) male accepta est ab interpretibus. Quidam locavit tibi opus faciendum, & diem præstituit intra quem faceres, adjecta lege, sive pactione, ut opus, quod fecisses, arbitrato suo approbaretur, & cum approbatum esset, tum deinum, ut tibi certa merces solveretur. Quod in locationibus publicorum operum, vel tacite semper observatur. Denique ut opus publicum Coss. vel censores, vel Aediles, vel Prætores, cum effectum inspicerent, ut probarent, opus scilicet quod faciendum locasset, ubi id perfectum esset. Et inde caput legis Juliæ repetundarum, nimirum, ut proponitur in l. 7. §. illud, ad l. Juliam repetund. *ne in acceptum feratur opus faciendum probandum, frumentum publicæ dandum, præbendum, sarta testanda, antequam perfectæ, probata, præstita lege essent.* Sic illo loco perspicue esse legendum jam pridem ostendi. Aliiter Budæus legerat, & quidem perperam: qui & illo loco quod miror, etiam perperam, probare opus, ait, esse conductoris, sive redemptoris, qui opus faciendum suscepit non locatoris. Refragatur hæc lex, & l. 5. §. ult. hoc iit. & l. 77. pro soc. quæ aperte ostendunt, lege vulgari locationis probationem operis pertinere ad locatorem, qui opus faciendum locavit. Et quod Titus Livius lib. 4. Censores, inquit, *villam publicam in campo Martio probaverunt*, quam scilicet faciendam locaverant. Et aperte M. Tull. in prætura urbana alloquens prætorem: *Probatio operis, inquit, futura est tua, qui locas.* Et antiquæ etiam inscriptiones, in quibus sæpe legitur, *censores, aut consules, aut duo viri juri dicundo faciendum curaverunt*, procuraverunt, eidemque, id est, eidemque, *probaverunt.* Hæc autem lex locationis, quæ in hac lege proponitur, ut opus probetur, ubi factum erit arbitrato domini, id est, locatoris, non est accipienda de arbitrio suo, de arbitrio pleno, & soluto ipsius locatoris, sed de arbitrio boni viri, ut Paulus ait, non est accipienda de profuso arbitrio, sed de arbitrio æquo. Sic Livius vocat arbitrium boni viri, arbitrium æquum, quod viro, bono convenit, idque bona fides exigit, quæ in hoc contractu consideratur. Eademque ratione idem obtinet, id est, hæc interpretatio arbitrii valet semper in omnibus contractibus bonæ fidei, imo & in legatis, & fideicommissis, l. 22. de reg. jur. l. 7. de contrah. empt. l. 1. de leg. 2. l. 43. de leg. 3. l. 5. de alim. leg. Et addit Paulus hoc loco, idem servari, eandemve interpretationem adhiberi, si in lege locationis non domini, sed extranei cujuslibet arbitrium comprehensum sit, puta, ut arbitrio Lucii Titii opus probaretur. Namque & hoc modo probatio operis collata videtur in arbitrium boni viri, non in quodcunque arbitrium Lucii Titii. Et de hac specie, id est, de probatione operis collata in arbitrium extranei, quæ sequuntur omnia in hac lege accipienda sunt, non de ea, quæ confertur in domini, sive locatoris arbitrium. Quod si Accursius, & alii omnes interpretes animadvertissent, statim sensum hujus legis affecti fuissent: sed, quæ sequuntur omnia, etiam repugnante ratione accommodant ad arbitrium probandi operis, collatum in dominum, sive locatorem. Possent dominus diem, quam dixit, diem præstitutum operi faciundo, ut posui initio, prorogare. Quidni? Prorogare mancipi, conductori, fa-

bro

bro operis, vel fabro ædium, ut eleganter Gellius dixit *fabros ædium*, pro *οὐκὸδομους*. Dominus igitur proculdubio diem, quam dixit operi faciundo, prorogare potest: extraneus autem, cujus arbitrio, ut opus approbaretur lege locationis dictum est, diem prorogare non potest, nisi id ipsum lege locationis nominatim comprehensum sit, ut *l. 113. de verb. oblig.* nam illa sola verba, *ut opus approbetur arbitrio L. Titii*, ad qualitatem tantum operis, veluti bonitatem, aut diuturnitatem probandam, vel improbandam pertinent, non etiam dant facultatem L. Titii prorogandi diem præstitutam operi faciundo. Et ita hæc pars tantum accommodari potest ad arbitrium operis probandi, collatum in personam extranei: Itemque pars, quæ sequitur. Domini probatio, si nihil læderet conductorem, non esset irrita, etiamsi forte opus esset vitiosum, unusquisque juri suo potest renuntiare. At extranei probatio irrita est, si eam non fecerit ex fide bona, ut virum bonum decet in re utriusque contrahentis, sed eam probationem fecerit iniquam, & pravam, forte dolo malo conductoris corruptus, & inductus, atque persuasus, ut faceret pravam. Itaque huic probationi extranei, quam fecit dolo conductoris, locator non stabit, sed salva nihilominus ei erit actio ex locato adversus conductorem, ut opus omni ex parte integrum tradat, nec cogetur, si pravum L. Titii fuerit arbitrium, opus vitiosum, quod conductor fecit in acceptum referre: nam ut ex prætura urbana Ciceronis intelligitur, ubi opera perfecta, & probata erant, in acceptum referebantur. Conductor scilicet liberabatur per acceptilationem. Et ita prima pars hujus legis accipienda est. Sequitur §. 1.

AD §. *Si Colonus*. Colonus, qui à domino fundum colendum, & fruendum conduxerat certa mercede, eundem fundum alii locavit: nemo prohibetur quod conduxit alii locare, *l. nemo, C. de loc.* quoniam conductoris frui licet: & frui videtur qui alii locat. Hoc autem casu investita, illata, importata in fundum à domino locatum, à priori, vel à posteriori conductore, domino mercedis, pensionis nomine pignori obligata non sunt, nisi id expressum sit nominatim. At fructus, id est, fundi locati tacito jure pignoris, pro pensionibus domino tenentur. Et hoc est quod ait, *Res posterioris conductoris domino non obligari*, res posterioris conductoris, quas scilicet intulit in fundum domino non obligari, sicut nec, ut in extremo ait, res prioris: sed fructus in causam pignoris manent, quod confirmatur etiam *l. 53. hoc tit. & l. in prædiis, inf. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. cont. & l. 3. §. 1. de admin. rer. ad civit. pert.* Et observandum, hoc tantum dici de colono, qui conduxit prædium rusticum: Nam in inquilino, qui conduxit prædium urbanum, aliud servatur, quandoquidem, quæ inquilinus intulit, invexit in domum conductam, tacite sunt obligata pro mercede domus, quia hujus prædii nulli sunt fructus, quia prædium urbanum nullos fert fructus, qui possint esse pignori. Itaque necesse est, ut investita, illata pignori sint, etiamsi id non convenerit nominatim. In prædio rustico satis abundeque est locatori, si in eo prædio nata, si fructus ibi nati pro mercedibus tacito jure pignori ei obligata censeantur, ut *l. 4. in princ. de pact. l. solutum, §. solutam, de pignor. act. §. item Serviana, Instit. de actionib.* Et hæc differentia inter colonum, & inquilinum, quod ad variam causam taciti pignoris est certissima, & notissima omnibus.

AD §. *Si domus*. Locata domo in quinquennium, vel fundo locato similiter in quinquennium, si inquilinus deserat habitationem, vel si colonus culturam deserat, *Coloniam*, ut loquuntur, deserat ante quinquennium, dominus cum eo statim agere potest ex locato de pensionibus totius quinquennii, de pensionibus omnium annorum, ut eæ sibi præstentur, non expectato fine quinquennii. Et hoc, si sine justa, & probabili causa, vel inquilinus habitationem, vel colonus coloniam deseruerit, *l. 55. §. ult. inf. h. t.* Et è contrario quoque, si colono frui non liceat, si inquilino habitare non liceat per locatorem, totius quinquennii nomine statim colonus, vel inquilinus cum locatore agere potest, ut in §. seq.

A ostenditur, nisi (eadem est est addenda exceptio) locator habuerit justam causam eum expellendi à conductione, quales recensentur quædam in *l. 3. C. de loc.* Verum huic sententiæ Accursius objicit legem *1. §. si pensio, de migr.* ubi ostenditur, colonum, aut inquilinum, si migrare velit, id est, deserere habitationem, & alio se conferre, interdicto de migrando hoc consequi, ut sibi auferre liceat, quæ in domum conductam intulit, invexit, importavit, oblata locatori mercede, quam debet, an mercede totius temporis, in quod conduxit domum? Non, inquit: non est necesse, ut sua habeat, vel auferat, quæ intulit in domum conductam, ut offerat pensionem totius temporis, sed ejus tantum temporis, quo habitatione fructus est, nisi, inquit, specialis conventio facta fuerit inter locatorem, & conductorem, ne ante tempus recederet, quoniam hoc casu totius temporis mercedes debet, si emigrat ante tempus: ergo mercedem totius temporis nomine investita, & illata pignori jure à locatore retineri possunt. Hic §. non exigit specialem conventionem. Et sane videtur tantum specialis conventio necessaria esse; ne interdicto de migrando auferat quæ intulit, si migrare velit ante tempus, sed non etiam, ut liberetur pro rata temporis, quo non habitat in domo conducta. Denique, ut nisi specialis conventio interveniat, ut pignus tacitum solvatur commigrante ante tempus, sed fortis obligatio, ut non solvatur. Proinde, ut etiamsi specialiter non convenerit, ne recederet ante tempus, ut mercedem debeat totius temporis, & præteriti, & futuri. Præterea additur in hoc §. colono, vel inquilino migrante ante tempus conductionis, dominum etiam posse agere de iis, quæ præstare debuit colonus, aut inquilinus præsentis die, non futura die; futuri temporis pensionem debet, sed quæ præstare tantum debuit præsentis die, ea tantum præstare debet: veluti si lege locationis cautum fuerit, ut aliquid reficeret, si id reficere debuerit eo die, quo migravit, agi cum eo potest ex locato ut reficiat, vel etiam si lege locationis cautum fuerit, ut propagationes faceret vitium, vel arborum, quod nemo non intelligit, Accursius non intellexit, propagationes, id est, plantationes, inquit. Si igitur lege locationis cautum fuerit, ut colonus propagationes faceret vitium, vel arborum, vel ut rumpos traduceret, sic vocantur traduces vitium, vel arborum, qui à summo pendent. Rumpi traducuntur à summo: propagationes fiunt in imo: hoc quoque si facere debuit eo die, quo migrat, vel ante eum diem, de eo locator cum eo experiri potest actione ex locato.

AD §. *Colonus*. Sequitur ut exponamus §. colonus. Jam didicimus ex superiore §. quod & nunc repetere necesse habemus, ut id connectamus cum hoc §. Si colonus locato fundo, vel locatis ædibus in quinquennium, ut fieri solebat, deseruerit, dereliquerit coloniam, vel habitationem, sine justa, & probabili causa, cum eo statim de mercedibus totius quinquennii ex locato agi potest: statim, inquit, ergo non expectato fine quinquennii, si justa colono, vel inquilino fuerit recedendi causa, præteriti tantum temporis, quo inhabitaverit, mercedem debet, non reliqui temporis. Et justa utique inquilino est recedendi, sive migrandi causa, justus metus ruinæ, forte quod post locationem ædes in vitium inciderint. Justa etiam est causa, si vicino ædificante, lumina ædium conductarum obscurentur, vel si ostia, fenestrasve nimium corruptas locator non restituat, quæ omnia ostenduntur in *l. 27. §. ult. l. 55. §. ult. hoc tit. l. inquilino, & l. seq. de damno infecto, & in l. proxim. §. si vicino, hoc tit.* Ubi igitur justa est causa derelinquendæ habitationis, conductor præteriti tantum temporis, quo fructus fuerit re conducta, pensionem debet. Dices, quod & supra objicentibus: imo et si sine justa causa intra tempus conductionis inquilinus migraverit, videtur non aliter sequentis temporis, non aliter totius temporis pensionem debere, quam si specialiter convenerit, ne intra tempus conductionis emigrare liceret, qualis conventio proponitur etiam in *l. 54. §. inter, hoc tit.* Et hanc specialem conventionem exigit diserte lex *1. §. si pensio, de migrando*. Verum quod etiam sup. ostendit, nunc dicam explicatius, in illa *l. 1. §. si pensio, agi-*

agitur tantum de pignoribus, puta de invectis, & illatis, A
introducatis, importatis in aedes conductas, de pignoribus
abducendis interdicto de migrando, cum emigrat inquilinus,
ne vis ei fiat quo minus eas res abducatur, quamvis sint
obligatae pensionis nomine, quas etiam locator retinere
non potest ob pensiones sequentis temporis, nisi, ut ait, *specialis illa conventio facta fuerit de non migrando intra tempus locationis*. Nos autem hic agimus non de pignoribus, quae pensionum nomine nexa sunt, sed de sorte ipsa pensionum totius temporis, quae petitur actione ex locato, & jure exigitur, etiamsi specialis illa conventio non intervernerit, videlicet, quum inquilinus sine justa, & probabili causa migrat ante tempus expletum; facilius tollitur pignus tacitum, quam obligatio principalis, quae ex contrahentium voluntate expressa ducit originem. At praeterea obiter notandum est in *d. si pensio*, cum eo, quod B
Labeo dixerat, si pensio nondum debeat, interdictum de migrando cessare, nisi inquilinus paratus sit eam pensionem solvere: cum, inquam, ex eo ille paragrapho inferat statim, *proinde*, inquit, *si semestrem solvit, semestris debeatur, nisi solverit, & sequentis semestris*. Illo loco plusquam manifestum est ex propositione, quae praecedit, illatio enim omnis est accipienda secundum propositionem praecedentem: illo, inquam, loco legendum esse, *proinde si semestrem solverit, & semestris nondum debeatur*. Et iis cognitis nunc notandum est ex hoc *§. colonus*, ex contrario quoque fundo locato in quinquennium, si colonum frui dominus non patitur, totius quinquennii nomine statim, hoc etiam loco ait, *statim*, cum domino ex conducto quanti interest conductione perfrui, agi posse: videamus, an in solidum, an quod Accursius notat hoc loco, deducto commo- C
modo, quod jam ex conductione colonus deduxit? ita, ut dixi, censet Accursius. Verum mala fides locatoris, qui contra conventionem non patitur colonum frui, non admittit hanc deductionem. Et lex etiam ait, plane locatorem teneri totius quinquennii nomine, nec quicquam deducendum esse ait. Ac ita praeterea *lex si constante, §. quotiens, sol. matrim.* qua nititur Accursius, contra Accursium potius facit: namque ait, maritum, qui inops fieri periclitatur, si non satisfacet mulieri, se dotem sua die redditurum, puta annua, bima, trima die, cum potest satisfacere: si, inquam, mala fide, si maligne cum potest satisfacere de dote reddenda sua die, nolit satisfacere, ob eam rem ait, maritum statim damnari in solidum, non deducto commo- D
modo medii temporis, ut statim repraesentet dotem. Sic etiam dicam, quum agitur ex conducto in locatorem, quod mala fide contra conventionem colonum frui prohibeat, eum debere damnari in solidum sine ulla deductione. Verum addenda est eadem exceptio, quae addita est in specie superioris *§.* nisi dominus, sive locator habuerit justam causam prohibendi, aut expellendi colonum. Justa causa est, si biennio colonus pensionibus non paruerit, & fundum, ut oportet non coluerit, *l. 54. §. pen. inf. hoc tit.* vel si fundum deteriore fecerit, quae justa est etiam causa expellendi coloni, inquilini, *l. 3. C. eod. tit.* si colonus deteriore fundum fecerit, haec est satis idonea causa expellendi ejus, *d. l. 3.* Et in Epistolis Symmachi: *Si, inquit, horreis conductis, ita abusus fuerit, ut iisdem labem consulto intulisse dicatur*. Alioquin, dominus, qui colonum frui prohibet, quive colonum expellit sine justa causa, statim colono tenetur in id, quod interest, etiamsi sequenti tempore eum frui patitur, id est, si offerat se passurum. Quid enim, si res non sit integra, quum id offert? Quid si expul- E
sus, aut prohibitus semel colonus jam se in aliam coloniam contulerit, nec possit sufficere duabus? id est, non possit duos fundos colere? Hoc igitur casu statim totius temporis nomine cum locatore colonus agere potest ex conducto, etiamsi locator offerat, se deinceps passurum, ut colonus fruatur: statim, inquam, totius quinquennii nomine cum domino agere potest ex conducto, quanti interest, puta, ut si pensiones colonus totius temporis prorogaverit, eas reddantur, vel pro portione temporis; quod ab eo die fluxerit, quo frui prohibitus est, vel si pensiones non prorogaverit, ut remittantur. Ac praeterea, quantum per sin-

gulos annos ex conductione lucri facturus erat, ut ei praestetur: Nam & lucri ratio habenda est, ut *l. 8. 18. & 33. hoc tit.* Et ut eleganter ait Paulus, sera est patientia locatoris, quam offert eo tempore, quo colonus alii coloniae se addixit, quo sensu *colonia* saepe accipitur in his libris. Et apud Senecam in praefatione declamationum: *Intra coloniam*, inquit, *meam me continui*, id est, intra rus meum. At si paucis tantum diebus locator colonum frui prohibeat, & mox poenitentia actus eum patitur frui, omni jure adhuc colono integro, illaeso, imminuto, id est, si coloni nihil propter eam moram interfit, ut *l. 135. §. Seja, in fine, de verb. oblig.* tunc mora illa paucorum dierum non nocet locatori, nec quidquam deminuet de mercedibus, de quibus inter eum & colonum convenit: mora, inquam, quod notandum, mea, quae adversario meo non nocet, mihi etiam non nocet. Hoc valde notandum. Quod autem dictum est in superiori *§.* recte locatorem agere ex locato intra tempus conductionis, discedente conductore, de iis, quae praesentis die, quo discessit, praestare debuit: ut si opus aliquod efficere debuit ex conventionem, ex lege locationis, si propagationes vitium, vel pomorum facere debuit ex lege locationis: Ita in hoc *§.* subjicit Paulus, recte etiam colonum, qui frui prohibetur, agere ex conducto de iis, quae secundum conductionem locator praestare debuit, ut in *l. 15. in princ. hoc tit.* Et postremo ait, nihil interesse, dominus colonum frui prohibeat (haec omnia, quae dico sunt in usu hodie) an extraneus, quem dominus prohibere, ne id faciat, possit: quoniam utroque casu dominus colono tenetur, quanti ejus interfuerit frui, ut *l. 33. inf.* Et huic loco conjungenda est omnino *lex 189. lex facere, de verb. sig.* quae est ex eodem Pauli libro.

Ad L. CXIC. de Verb. sign. *Facere oportere, & hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret: & curaret ne fiat.*

Quum agitur facere oportere adversus locatorem, ajo *te mihi facere oportere*, vel quod semper conjungebatur, etiamsi facere tantum, non dare quicquam locator deberet, ajo *te mihi dare facere oportere*: nam intelligitur disjunctio *dare, vel facere oportere*, ut in actione, ope consilio tuo furtum factum esse ajo, subintelligitur etiam disjunctio. Quum ergo conductor agit adversus locatorem, *facere oportere*, sunt verba formulae, vel actione, ex conducto scilicet, vel actione ex stipulatione *frui licere*, non in hoc solum agi, ut abstineat locator ab eo facto, quod contra conventionem ipse facit, sed etiam ut curet, ne alius faciat, ita ut his verbis non abnuntivum tantum significetur, quod Ulpianus dixit de stipulatione habere licere inter emptorem, & venditorem, quae est similis stipulationi frui licere inter locatorem, & conductorem in *linter stipulantem, §. 1. de verb. oblig.* sed etiam his verbis significetur adnuntivum, id est, ut curet ne quis alius, ne procurator, ne emptor, cui forte fundum locatum intra tempora locationis vendiderit: ne, inquam, procurator suus, ne emptor colonum frui prohibeat, ut in *l. seq. 25. §. 1.* Restat tantum, quod est in *§. ult.* hujus leg.

Ad *§. ult.* Legis XXIV. Locat. Ponit *§. ult.* hujus legis, locatorem fundum locasse in plures annos, id est, in plures quam quinque: nam privati solebant praedia sua locare in quinquennium, in lustra, & sunt hujus rei innumera exempla in his libris. Idque faciebant exemplo Censorum, & Consulium, qui etiam publica locabant in quinquennium. Unde illud Ovidii de Ponto:

*Nunc longi reditus haec supponere lustri
Cernat: & exacta cuncta locare fide.*

In plures igitur annos hoc loco, ut & lege *32. l. 60. in princ. hoc tit.* id est, in plures quam quinque, ut & hoc loco Siculi Flacci de limitibus agrorum: *alii*, inquit, *per singula lustra locare solent, alii in plures annos*. Nunc sige: locator, qui fundum locaverat in plures annos, damnavit heredem suum, ut colonum liberaret conductione: heres tenetur actione ex testamento, ut colono pensiones futuri temporis,

ris, atque etiam reliqua pensionum præteritarum, plenius A accepta testatoris voluntate, quemadmodum dicitur in *lin testamentis, de reg. juris*, plenius esse interpretandas testantium voluntates, ut inquam, ea omnia remittat colono: hoc ut dixi, consequitur actione ex testamento jure legati. Actione autem ex conducto jure conductionis colonus consequitur, quia obligatio sequitur heredem locatoris, si heres colonum frui prohibeat, vel alius, quem heres cohibere possit, consequitur ut colono præstet quanti interest, *l. si ei cui fundum, cum duabus seqq. de liberat. leg.* Atque ita fit hoc casu, ut claudat obligatio locati, & conducti: Namque conductor non tenetur actione ex locato: heres locatoris tenetur actione ex conducto duplici actione, ut dixi, actione ex testamento, & actione ex conducto. Idemque servatur, si locator colono usumfructum fundi legaverit, *l. 30. §. 1. de usus. leg.* Quo casu actione ex testamento colonus B usumfructum vindicat sibi legatum: actione autem ex conducto consequitur, ut sibi pensiones remittantur: consequitur etiam impensas, quas in culturam fundi fecit, *l. quotiens, §. si colono, de usufr.* In culturam, inquam, fundi, ut si pastina instituit in fundo, quæ impensa utilissima est, & consequitur actione ex conducto, ut ea sibi impensa restituatur, quæ ut dixi, facta est in culturam fundi: nam aliud dicendum est de impensa facta fructuum quærendorum, colligendorum, percipiendorum causa: hæc enim impensa compensatur cum fructibus, *l. 3. de impens. in res dot. fact.*

Ad L. II. ad Leg. Rhod. de jactu. Si laborante nave, jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is C deinde cum reliquis, quorum merces salva sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni præstent. Imo, etsi retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: Quid enim, si vectores sunt, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sunt, retinere eas. At si non totam navem conduxerit, ex conducto agat: sicut vectores, qui loca inanem conduxerunt: æquissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.

Ad §. Si conservatis mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exarmaverit: nulla facienda est collatio: quia dissimilis earum rerum causa sit, quæ navis gratia parentur, & earum, D pro quibus mercedem aliquis acceperit: Nam & si faber incudem, aut malleum frerit: non imputaretur ei, qui locaverit opus, sed si voluntate vectorum, vel propter aliquem metum, id detrimentum factum sit: hoc ipsum sarciri oportet.

Ad §. Cum in eadem nave varia mercium genera complures mercatores coegissent, prætereaque multi vectores servi, liberique in ea navigarent, tempestate gravi orta necessario jactura facta erat. Quæ sita deinde sunt hæc, an omnes jacturam præstare oporteat, & si qui tales merces imposuissent, quibus navis non oneraretur, velut gemmas, margaritas, & quæ portio præstanda est: & an etiam pro liberis capitibus dari oporteat: & qua actione ea res expediri possit. Placuit, omnes, quorum interfuisset jacturam fieri, conferre oportere: quia id tributum observata res deberent. Itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse. Jacturæ summam pro E rerum pretio distribui oportet. Corporum liberorum æstimationem nullam fieri posse. Ex conducto dominos rerum amissarum, cum nauta, id est, cum magistro, acturos. Itidem agitur, an etiam vestimentorum cujusque, & annulorum æstimationem fieri oporteat. Et omnino visum est, nisi si qua consumendi causa imposita forent: quo in numero essent cibaria, eo magis, quod si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret.

Ad §. Si navis à piratis redempta sit: Servius, Ofilius, Labeo, omnes conferre debere, ajunt. Quod vero prædones abstulerint: eum perdere, cujus fuerint, nec conferendum ei, qui suas merces redemerit.

Ad §. Portio autem pro æstimatione rerum, quæ salva sunt, & Tom. II. Post.

earum, quæ amissæ sunt, præstari solet. Nec ad rem pertinet, si hæc, quæ amissæ sunt, pluris veniri poterant: quoniam detrimenti, non lucri sit præstatio, sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, æstimatio debeat haberi, non quanti empta sint, sed quanti venire possunt.

Ad §. Servorum quoque, qui in mare perierunt, non magis æstimatio faciendæ est, quam si qui ægri in nave decesserint, aut aliqui se præcipitaverint.

Ad §. Si quis ex vectoribus solvendo non sit: hoc detrimentum magistri navis non erit: Nec enim fortunæ cujusque nauta excutere debet.

Ad §. Si res, quæ jactæ sunt apparuerint: exoneratur collatio. Quod si jam contributio facta sit, tunc hi, qui solverint, agent ex locato cum magistro, ut is ex conducto experiat, & quod exegerit reddat.

Ad §. Res autem jacta domini manet, nec fit adprehendentis: quia pro derelicto non habetur.

EX lib. 34. ad edictum restat una lex tantum, sed prolixa satis. Ea est lex 2. ad l. Rhodiam de jactu. Nemo est, qui nesciat in initio constituendæ Reip. populum Romanum leges petiisse à Græcis civitatibus, veluti, Atheniensium, Lacedæmoniorum, Thuriorum, qui erant in magna Græcia, & aliis: repetiisse scilicet, non accepisse quæ datas sibi dictasve à Græcis, nempe quibus uteretur in cæteris omnibus negotiis, præterquam nauticis, quæ populus Roman. nondum exercebat, discipendis, & dijudicandis. Postea vero quam rei nauticæ operam dare cœpit, quod contigit primo bello Punico, ut Polybius scribit libro 1. etiam de rebus controversisque nauticis leges petiit à civitate Rhodiensi, ubi *ἔνομια*, ut Strabo ait, *ἡ ἐπιπέθεια πρὸς τὴν ἁλλήνῃ πολιτείαν ἡ πρὸς τὰ ναυτικά*, vetustissima, & nominatissima erat, & secundum eas quoque Rhodiensium leges, ut est in *l. 9. hoc tit.* Augustus censuit de rebus, de negotiis nauticis controversias finiendas, & dirimendas esse, ubi deficerent leges populi Rom. sicut nostri principes censent, controversias jure civili populi Romani dirimendas esse, ubi deficit jus proprium civile. Exstant autem leges Rhodiæ de negotiis nauticis complures *lib. 53. βασιλικῶν tit. 8.* Verum non illæ vetustissimæ, sed novissimæ quædam. Ex vetustissimis habemus tantum illam, quam retulit M. Tullius ad Herenn. nisi forte fictitia est, ut moris est Rethoribus plerasque fingere, ut si qua rostrata navis, quæ est navis militaris, in portu deprehensa sit, publicetur: & illam, de qua potissimum agitur in hoc titulo: ut si orta gravi tempestate, ventorumve, & imbrum procella onustæ navis levandæ, servandæ, communisque periculi amovendi causa, quarundam mercium jactura facta sit, ut damnum illud dominis jacturam mercium omnium contributione, & collatione sarciat pro rata, quorum res sive merces beneficio jacturæ salvæ sunt. Qua de re, id est, de contributione illa faciendâ, nullam quidem domini projectarum mercium cum reliquis vectoribus, quorum merces salvæ sunt, nullam cum illis actionem habent, quia nullum cum eis negotium contraxerunt: nullam, inquam, eo nomine, ut sibi damnum sarciat pro rata, cum reliquis vectoribus actionem habent, nisi scilicet reliqui vectores sine justa causa, justo metu, aut nisi dolo malo eorum merces projecerunt suarum servandarum causa: eo enim casu habent actionem in factum, aut de dolo, ut *l. 14. in princip. de præscript. verbis*, sed habent actionem cum magistro navis, ex obligatione locati, & conducti. Et cum eo igitur, ut contributionem fieri curet, agere debet ex ea obligatione. Quo argumento satis patet, nullam dominos amissarum mercium in reliquos vectores actionem habere: si quam enim haberent, frustra magistrum navis compellerent cum reliquis vectoribus experiri, quod eum facere compellunt, ut Paulus ait in hac lege. Et inepte igitur Accursius, qui & cætera omnia legis non intellexit, dat dominis jacturam mercium adversus reliquos actionem negotiorum gestorum, quia nec ipsi ultro projecerunt merces suas, ut alias servarent, sed de communi consilio, & decreto omnium, ut est in legis Rhodiæ novellæ cap. nono. Jacturam illam magister, L I aut

aut cæteri, & omnes faciunt, aut si domini ipsi faciant de sententia omnium, mandati potius videntur habere actionem adversus cæteros, quam negotiorum gestorum, quæ tamen nec agere possunt, quia nec mandati contrahendi animus fuit. Verum quamvis domini amissarum mercium nullam actionem habeant adversus cæteros vectores, ex obligatione tamen locati, & conducti habent actionem adversus magistrum navis. At quam actionem? Hæc est quaestio legis, utrum actionem ex locato, an actionem ex conducto. Hæc datur conductori, illa locatori. Et ideo Paulus distinguit hoc loco in hunc modum: aut domini jactarum mercium merces suas vehendas dederunt, locaverunt: locare significat dare: conducere significat accipere: aut, inquam, domini jactarum mercium merces suas vehendas locaverunt, aut navem conduxerunt, id est, acceperunt fruendam, partemve navis, aut locum certum navis. Dicamus de priore casu. Hoc casu, quia domini jactarum mercium locatores sunt, habent actionem ex locato adversus magistrum navis, qui merces vehendas conduxit in hoc, ut ex conducto agat cum cæteris vectoribus, qui etiam ei sarcinas, aut merces suas vehendas locaverunt, condemnetque eos pro rata sarcine damnum jacturæ dominis jactarum mercium, ita ut damnum fiat commune, cujus & ipsi domini mercium jactarum pro rata partem sentiant. Alioquin non esset damnum commune. Denique domini jactarum mercium agunt ex locato cum magistro navis, ut is agat ex conducto cum cæteris conductoribus vectoribus, qui sarcinas, aut merces suas vehendas locaverunt, compellatque eos portionem damni præstare, quod & alias sæpe fit, nimirum, ut actor reum cum alio agere cogat, & in hoc tantum cum reo agat, ut reus cum alio agat, hac formula, *facere oportere*, ut *l. Julianus, §. pen. de act. empt. l. cum in plures, §. messem, loc. l. 6. in fine, de opt. leg. l. si sic legatum, §. ult. de legat. 1.* Igitur magister navis compellentibus dominis jacturam mercium sarcine, agere debet ex conducto cum cæteris vectoribus, qui & ipsi merces, aut sarcinas vehendas locaverunt. Ita est: sed qua actione agere debet cum cæteris vectoribus qui nullas merces, nullas sarcinas vehendas locaverunt, qui nullas merces habent, aut sarcinas, sed habent tantum gemmas, aut vestes pretiosas, aut margaritas, aut annulos, quæ res non sunt sarcinæ: non sunt merces, quia non onerant navem: & earum tamen rerum nomine ii vectores in damni contributionem venire debent, in *συβαλήν, §. cum in eadem*, in hac lege. Et ideo domini jactarum mercium agentes ex locato, sicut diximus, compellent magistrum navis, ut & ipse cum hisce vectoribus, qui nullas sarcinas habent, aut merces, agat. Qua actione? non ex conducto, ut cum vectoribus, qui merces, aut sarcinas habent: sed ex locato: quoniam ii, non merces, aut sarcinas, quas nullas habent, vehendas locaverunt: magister etiam non conduxit vehendas, sed iis magister locavit certum locum navis, ipsi conduxerunt: Et ideo magistro tenentur, qui locator est, non conductor, non ex conducto, sed ex locato, ut portionem damni agnoscant, & præstent, ut dent symbolam. Denique cum iis, qui merces, aut sarcinas vehendas locaverunt, magister, qui vehendas, & perferendas eas conduxit, de symbola, de collatione, contributione agit ex conducto: cum iis autem, qui nihil vehendum locaverunt, sed quibus conducentibus magister navis loca quædam locavit, eadem de re agit ex locato, quasi locator cum conductoribus. Et hos quidem vectores hac sola via, id est, per actionem ex locato compellere potest ad contributionem damni. Illos autem vectores, qui merces, aut sarcinas vehendas locaverunt, duplici via ad id compellere potest, per actionem ex conducto, ut diximus: atque etiam, ut Servius respondit, quod hic Paulus refert, per retentionem sarcinarum, aut mercium. Itaque domini jactarum mercium cum magistro agunt ex locato, vel ut magister agat cum cæteris vectoribus, qui merces habent, actione ex conducto, vel ut eorum merces retineat, & cum cæteris, qui merces non habent, agat ex locato. Ubi autem, & retentioni locus est, ut hic admonet Paulus, quod notandum maxime, commodius est sane retentione uti,

quam actione experiri: quoniam, ut est in regula juris, favorabiliores sunt rei, quam actores. Adjice & aliam regulam juris, quia plus cautionis in re est, quam in persona. Unde generaliter Doctores statuunt recte, ubi ad creditorem quædam res debitoris pervenerunt, commodius creditorem ad jus suum perventurum, si eas retinuerit, quam si adversus debitorem egerit actione in personam. Unde liquet posse creditorem retentione rerum debitoris uti, ut suum consequatur, & servet sibi. Quidni? At quid dicemus de vectoribus, de quibus nondum quicquam diximus, quorum merces gratis vehendas magister suscepit, non contracta locatione conductione: vel quid de iis, qui nullas merces habent, quos magister vexit gratis? Et primum quidem manifestum est eos, qui merces habent, per earum retentionem ad contributionem compelli posse. At quid fiet iis, qui merces, aut sarcinas non habent, sed margaritas habent, gemmas, annulos, quorum servorum ratione, & eos quoque conferre æquum est? Et ut meum judicium est, ii compelli possunt ad contributionem, actione in factum prætoriam, quæ omnium actionum est extrema: ubi æquum est actionem dari, hæc nunquam non suppetit. Hactenus de priore casu, de priore parte distinctionis, videlicet quum domini jactarum mercium merces vehendas locaverunt. Nunc dicamus de posteriore casu, id est, quum domini jactarum mercium locante magistro navem conduxerunt. Ubi rursus ita distinguendum est: aut totam navem conduxerunt fruendam: & tunc non possumus dicere id quod diximus supra cum magistro agi posse, ut cum cæteris agat ex locato, vel ex conducto, vel ut cæterorum merces retineat, quia cum nullis aliis magister contraxit, quandoquidem illis totam navem locavit, qui tamen si alios admiserint in navem, quorum merces vehendas conduxerint, vel quibus loca in nave locaverint, jactis suis mercibus, & illorum mercibus salvis, proculdubio cum iis experiri possunt, ut conferant pro rata, actione ex locato, vel ex conducto, vel si nulla merces intervenierit, in factum, ut dixi: Aut (hæc est altera pars hujus subdistinctionis) non totam navem domini jactarum mercium, sed certa loca in navi conduxerunt, in quibus merces suas collocarent, quas postea in mare jactare coacti fuerint navis levandæ gratia: & tunc sane ex conducto cum magistro agunt, ut is agat cum cæteris ex conducto, vel ex locato, prout negotium cum cæteris gesserit, vel eorum merces retineat. Et hoc est quod ait in hac lege: *At si non totam navem*, ut Florentiæ legitur recte, *conduxerint, ex conducto agunt*: legendum pluraliter, domini scilicet jactarum mercium. *Sicut vectores, qui loca in navi conduxerunt*, qui scilicet, hoc est supplendum, si jacturam fecerint, *ex conducto agunt*, non ex locato, quia loca illa conduxerunt. Priore casu quum merces vehendas locaverunt, agunt ex locato: hoc posteriore casu, agunt ex conducto, quia multum interest domini mercium merces vehendas locaverint, an navem, aut locum navis conduxerint, *l. 1. de præscript. verb. l. 1. §. 1. nautæ, caup. stab.* Quod si dubium sit, & incertum, hoc, an illo modo negotium gesserint, id est, merces vehendas locaverint, an navem conduxerint, si nesciatur quemadmodum contraxerint cum magistro navis, tum ea de re, id est, de contributione procuranda cum magistro navis agunt actione præscriptis verbis, quia non liquet de forma negotii contracti, quod ostendit eleganter *d. l. 1. de præscript. verb.* Et iis expolitis Paulus in hac lege subjicit rationem communicandi detrimenti, & faciendæ contributionis ex lege Rhodia: quia æquissimum est, inquit, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum, consequuti sunt, ut merces suas salvas haberent. Hæc est ratio legis Rhodiæ de jactu. Qua ratione freti Doctores nostri etiam dicunt, nimis generaliter tamen, incendii arcendi causa, si justo metu percussæ vicini vicinas ædes interciderint, ne ignis evagaretur, & ad se perveniret, inter eos pro portione communicare debere detrimentum intercisarum ædium cum eo, cujus erant ædes. Quod ego uno tantum casu invenio jus nostrum admittere: uno tantum casu, non generaliter, videlicet, si ignis eo usque non pervenerit, puta si extinctus sit, priusquam

quam in eas ædes, quæ demolitæ sunt pervenerit; tenentur vicini interdicto, quod vi, aut clam in simplum ei, cuius ædes demolitæ sunt: alioquin si ignis eo usque pervenerit, ac proinde, si ex eventu apparuerit æque perituras ædes fuisse, nullam omnino actionem adversus vicinos habet is, cuius ædes dirutæ sunt: sicut nec ii, quorum merces in tempestate jactæ sunt, ut diximus, ullam actionem habent adversus cæteros vectores, qui iusta ex causa, iustoque metu perterriti, merces eorum projecere, quas æquius erat projicere, quam suas, quod forte magis onerarent navem. Et hoc quod diximus de incendio ostenditur in l. 7. §. est & alia, quod vi, aut clam, l. si quis fumo, §. 1. ad leg. Aquil. l. 3. §. quod ait, de incend. rui. & naufr. magister autem arcendi incendii causa ædes alienas indistincte dissipare possunt, & dissipant impune, etiamsi ignis eo usque non pervenerit; quod etiam ostendit d. §. est & alia. Quamobrem & in l. 3. §. ult. de offic. præf. vig. jubetur præfectus vigilum urbem noctu coerrare cum hamis, & dolabris, nempe quibus, si forte exoriatur incendium, disturbet ædes, quas occupavit incendium, aut etiam vicinas ædes incendii coercendi causa. Nam & hanc, ut ex Harmenopulo liquet libro 2. epitomarum, sunt machinæ grandes disturbandorum ædificiorum causa comparatæ, quas & legiones habuisse in eam rem inter instrumenta bellica Vegetius refert. Didicimus ex principio l. 2. ad l. Rhod. qua actione contributio, quam jacturæ faciendæ causa fieri oportet ex l. Rhodia, expediri debeat, nunc de eadem contributione aliæ inspectiones, & quæstiones proponuntur in §. si conservatis, & in §. cum in eadem, qui nunc explicabuntur.

Ad §. Si conservatis, & seq. Sciendum est, multum differre merces, quas mercatores vehendas locaverunt, magister navis vehendas conduxit, à navi ipsa, & armamentis navis, quæ equidem armamenta, sive instrumenta omnia navis in novis legibus Rhodiis uno nomine τῆς ἐξαρτίας significantur: nos ea omnia armamenta in idiotismo vocamus, *la sarte*, hoc nomine proculdubio ex illo defecto. Differentia autem hæc est, si merces asparagine, ut loquitur lex 4. hoc tit. *asperphone*, ut Polemo interpretatur, propter jactum deteriores factæ sint, quia magister navis non est dominus mercium, nec earum mercium detrimentum pertinet ad magistrum, sed omnium contributione sarcitur: Nam ut ait d. l. 4. §. ult. nihil interest, *jactatas res meas amiserim, an nudatas desertores habere coeperim. Nudatas* Florentini, & similiter Basilica, γυμναδέντρα χημύματα, ut paulo supra, propter jacta nudatis rebus, recte, non inundatis: quamquam his verbis *aspargo* significetur: Verum ut subjicit in d. §. ult. sicut ei, qui jacturam fecit, subvenitur facta contributione: ita & ei subveniri oportet, qui propter jactum deteriores res suas habere coeperit. Denique utrumque damnum, & jacturæ, & asparginis in contributionem venit. Et hoc de mercibus. At si navis navigando deterior facta sit, vel si quid exarmaverit, ut ait, *salvis, & fanis mercibus*, periculum est solius magistri, nec hujus detrimenti faciendi causa quicquam vectores conferre debent, qui merces vehendas locaverunt, sicut nec qui fabro opus faciendum locavit, quicquam conferre debet, si faber incudem, aut mattulum, sive marculum fregerit: vel etiam si vinitor, cuius operas locavi ad repastinandam vineam, in ea repastinanda ligonem fregerit. Et hoc quoque damnum mihi non imputatur, quia, ut Paulus ait in hoc §. si conservatis, *similis* (sic est legendum, duo notabuntur vitia in hoc §.) non *dissimilis*, quia, inquam, *similis earum rerum est causa, quæ navi causa parantur*, id est, similis est causa armamentorum navis, & causa earum rerum, pro quibus aliquis alius artifex mercedem accipit. Nam etiam faber, ut mox subjicit, *incudem*, aut malleum fregerit, pro quibus mercedem accipere videtur, hoc non imputatur ei, qui locavit opus faciendum. Et simili modo, non dissimili, si nauta in navigatione armamenta fregerit, detriverit, perdiderit, sorte ictu fulminis, ut in l. 8. inf. hoc non imputatur vectoribus, qui merces vehendas locaverunt. Est igitur plane eadem causa armamentorum navis,

Tom. II. Post.

A & instrumentorum fabri cujuslibet, pro quibus mercedem accipere videtur, quoniam omnium eorum instrumentorum periculum pertinet ad nautam, vel fabrum. Nihil est certius: excipitur tamen in hoc §. unus casus: *Si voluntate vectorum, vel propter aliquem metum, &c.* Hic etiam subest vitium; nam legendum est, ut etiam Odofredus legit sine disjunctione: *Si voluntate propter aliquem metum*: propter aliquem metum, naufragii scilicet, quem in mari variæ causæ concitant, si, inquam, voluntate, consensu, decreto vectorum communi propter aliquem naufragii metum aliquo instrumento exarmata fuerit navis, communis removendi periculi causa, veluti arbore, sive malo dejecto, aut cæso, ut l. 3. l. 5. in fin. hoc tit. Quæ res sæpenumero magno periculo navem liberat, juxta illud Lucani lib. 9.

Arboribus cæsis fluctum effudere frementem,
† alias flatum.

B Cæduntur arbores sive mali facilius, quam eruuntur. Hoc vero casu, quum propter aliquem metum voluntate vectorum exarmata est navis, contributionis æquitas locum habet, vel ut ait lex 3. *contributio debetur*. Debetur scilicet nautæ, sive magistro ab iis, quorum res, sive merces illo remedio adhibito servatæ sunt: hoc casu excepto, si quid exarmaverit navem citra necessitatem, & citra voluntatem vectorum, vel si quid magister impenderit instruendæ navis, armandæ navis magis, quam mercium servandarum gratia, id in contributionem non venit, ut l. 6. inf. hoc tit. Et hæc est sententia hujus §. Huic addamus & aliam differentiam inter merces, & navem ipsam. Damnum jactarum mercium salva nave, & salvis mercibus rebusque cæterorum beneficio jacturæ, tam ipsius magistri, quam cæterorum vectorum contributione sarcitur, ut jam diximus sæpe, quam quidem contributionem lex Rhodia vocat *συμβολίω*: jacturam autem vocat *ἀποβολίω* modo: modo *ἐκβολίω*, ἀποβολῆς γινομένης, ὁ ἐμπόρο πρώτος εἰπτετα, quo capite jubet, ut quum faciendæ est jactura, primus mercator ipse, cuius sunt merces, quo jactandæ sunt, jacturam aggrediatur. Quod & audio hodie servari inter nautas. Eadem voce usus est Nemesius libro de natura hominum: ἀποβολῆς τῶν φορητῶν, ἀποβόλαι χημύματα περιπεσόντων. Hæc sunt ejus verba, *jactus mercium*, inquit, *quos nautæ faciunt, qui vehementi tempestate quadam afflictiuntur*. Et in actis quoque Apostolorum cap. 27. de navigatione Pauli *ἐκβολίω ἐποιεῖτο*. Verum ad rem. Damnum jactarum mercium, ut dixi, omnium contributione sarcitur, si navis fuerit salva, atque superstes: navi autem proesus amissa, neque magistro, neque alii cuiquam, qui merces, resve suas perdiderit, sarcitur damnum: nulli, inquam, sarcitur damnum, per eos, qui merces suas ex naufragio liberaverunt, quive eas per urinatores extraxerunt, l. 5. hoc tit. Denique, ut Paulus ait 2. Sentent. tit. 7. *Collatio contributionis ob jactum salva nave fieri debet*: nave igitur amissa, nulla fit collatio. Et similiter l. 4. §. 1. hoc tit. *jactum in tributum nave salva venire, id est, in tributione omnium sarciri, & refici, reparari: nave salva*, inquit, non igitur nave amissa. Unde si, ut ibi proponitur, in vehementi tempestate navis levandæ causa unius mercatoris merces transiectæ sint in scapham, eaque scapha submersa sit salva nave, salvisque mercibus aliorum mercatorum, perinde atque si jactura mercium illius mercatoris facta fuisset, cuius merces in scapham transiectæ sunt, ac postea submersæ cum scapha ipsa, cæteros pro rata conferre oportet. Eadem igitur est ratio jacturæ, & transiectionis mercium in scapham, si scapha perierit. Verum è contrario, si scapha illa salva, in quam unius mercatoris merces transiectæ sunt, navis exonerandæ causa, navis perierit, nihil is, cuius merces in scapham transiectæ salvæ remanserunt, conferre debet iis, qui in nave merces suas amiserunt, quia navi amissa contributioni locus non est. Et hoc ita Paulus eodem libro Sentent. breviter adstringit: *Levande*, inquit, *navis gratia merces in scapham transiectas, atque ideo amissas, in tributione earum, quæ in navi salvæ sunt, refici convenit: nave autem perdita* (perdita, inquit, absolvit differentiam) *conservatæ cum mercibus scaphæ ratio non habetur*. Et hujus rei aliud etiam exemplum proponitur in d. l. 4. §. sed si navis,

Ll 2

cu-

cujus §. explicatio est satis difficilis. Sententia hæc est. Navis cum laboraret, jactu mercium unius mercatoris levata, & servata est: paulo post alio loco eadem navis vi cogente majoris tempestatis submersa est, & aliquorum mercatorum merces per urinatores data pecunia, data mercede extracta sunt: per urinatores, qui solent se mergere in aquam, id enim est urinare, qui & columbi, & columbarii dicuntur etiam à Latinis, & σπογγοθήραι & σπογγοκόλυβηται, Spongiatores, quia per eos etiam spongiæ eruantur, & avelluntur saxis, sicut & ostrea, & margarita. Quæritur autem in hac specie, an ii, qui post naufragium merces suas per urinatores servaverunt, conferre debeant iis, quorum paulo ante merces navis levandæ causa jacta sunt, qua re tunc temporis consultum fuerit & navi, & cæteris? Et ait, conferre debere, quia tum jactus ille servavit navem, & cæterorum merces. Perit quidem postea navis: sed tunc beneficio jacturæ servata est navis. Et hoc etiam eodem libro Paulus expressit his verbis, *jactu*, inquit, *navis levata si perierit*, id est, si perierit postea, extractis aliorum per urinatores mercibus, ejus quoque rationem haberi placuit, qui merces salva nave jactavit. At rursus videamus, an sicut ii, qui navi submersa merces suas per urinatores servaverunt, rationem habere debent ejus, cujus merces ante navi salva jactatæ sunt ei conferendo pro rata, ut dictum est supr.? Ita etiam è contrario, an is, cujus merces navi salva jactatæ sunt, si quædam ex mercibus jactatis mox per urinatores servaverit, an is, qui navi submersa, & submersis, jactisve mercibus, mox eas, ita ut dictum est, id est, data pecunia per urinatores servaverit, an, inquam, is conferre debeat? Quod negatur in posteriore parte dicti §. *sed si navis*, illo loco, *eorum vero, qui ita servaverunt*, id est, qui pecunia data ex naufragio amissas merces servaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione jactum fecit, si quædam ex iis mercibus jactis, scilicet per urinatores extractæ sunt. Et rationem subjicit, quia navi submersa, sive naufragio facto, collationi locus non est. Quia, inquit, eorum merces non possunt videri jactæ, vel amissæ navis servandæ causa, quæ perit: & collatio fit tantum, quum jactura facta est navis servandæ causa, & vero servata est navis, quum jactura profuit. Nunc transcamus ad §. *cum in eadem nave*, qui est facilior.

Ad §. *Cum in eadem*. In hoc §. ostenditur, jactura facta, ad collationem vocari eos, qui beneficio jacturæ merces, & sarcinas suas salvas habent, etiam si sint merces quædam navi impositæ, quæ non sint sarcinæ, id est, quæ navi non sint oneri, ut si sint gemmæ, vel margaritæ: quoniam & horum mercatorum interfuit jacturas fieri, ne perderent gemmas, aut margaritas. Et, ut eleganter ait, *id tributum*, id est, eam collationem, sive intributionem *observata res deberent*: servatæ res debent, res, non personæ liberæ, contributio onus est rerum servatarum, non hominum servatorum. Res, inquam, contributionem debent, in quibus & servi servati numerantur, non homines liberi, ut dixi, in quibus etiam numeratur navis servata uti armata est. Itaque & dominus servorum, & dominus navis pro portione conferre debent, ut jacturam expleant domino jacturam mercium, pro rata scilicet pretii præsentis temporis rerum servatarum cujusque, ut l. 4. §. *cum autem*, h. t. pro pretio, inquam, præsentis rerum servatarum, quanti scilicet nunc venire possunt. Res autem projectæ æstimantur, quanti emptæ sunt, non quanti venire potuerunt, quia damni, non lucri æstimatione fit, damnum reficitur, non lucrum, §. *portio*, in h. l. Secundum quem §. accipienda sunt hæc verba hujus §. *jacturæ summam*, id est, jacturam mercium æstimationem, pro rerum servatarum pretio distribui oportere, ita scilicet ut ad reficiendas, & reparandas merces jactas plus conferat is, cujus merces, quæ salvæ manserunt, pluri sunt: minus is, cujus merces minoris sunt: Pro præsentis igitur rerum servatarum pretio ἀναλογως collatio fit: rerum, inquam, non etiam liberorum hominum, non liberorum capitum, quia liberi homines pretio æstimari non possunt, liberi homines inæstimabiles, impretriabiles sunt, aut sine pretio pretiosi. Atque ita paucis in hoc §. Paulus explicat multa. Primum,

an omnes vectores jacturam præstare oporteat, an omnes mercatores, etiam hi, quorum merces non onerant navem: deinde explicat, quæ portio præstanda sit, quæ sit ἀναλογως servanda in faciendâ contributione, & an etiam pro liberis capitibus aliquid conferre oporteat, de quibus omnibus quæsierat initio hujus §. ac præterea, quod etiam initio hujus §. quæsit, qua actione contributio expediri possit: Quod tamen latius explicaverat initio hujus legis, id hoc loco brevius adstringit, nempe his verbis, *Ex conducto dominos rerum amissarum* (qui scilicet res vehi locaverunt) id est, *ex locato conducto*, ut in l. ult. h. t. ad quem scripsimus 3. Observ. cap. 2. & docui sæpissime in jure nostro actionem ex conducto accipi pro actione ex locato conducto, vel ex conducto locato, ita ut intelligatur tantum actio ex locato. Et è contrario, actio ex locato conducto, pro actione ex conducto, ita ut intelligatur actio ex conducto tantum: nam plena oratio est, sive vis dicere actionem ex locato, ut dicas, actionem ex locato conducto, vel si vis dicere actionem ex conducto locato. Ex conducto igitur dominos rerum amissarum, id est, ex locato conducto, qui scilicet merces vehendas locaverunt cum nauta, id est, cum magistro, acturos, ut ipse magister agat cum cæteris vectoribus, quorum merces salvæ sunt, compellatque eos ad contributionem. Agunt cum magistro, ut magister agat cum cæteris vectoribus, quia ipsi cum cæteris vectoribus agere non possunt, quia domini mercium amissarum, sive jacturam nullam actionem habent adversus cæteros vectores, dominosque servatarum mercium, magister tantum habet adversus illos actionem. Postremo quæritur, *an etiam servatorum vestimentorum cujusque, & annulorum æstimationem fieri oporteat?* Corporum liberorum æstimatione non fit, ut dictum est, sed tantum vestimentorum, vel annulorum liberorum hominum æstimationem fieri oportet, ut pro eorum pretio fiat collatio. Et, ait, horum quoque nomine collationem faciendam: denique omnium rerum nomine, quas vectores beneficio jacturæ sibi conservaverunt, non corporum suorum, si sint liberi homines, non etiam cibariorum nomine, ut ait, quæ quis abutendi causa intulit in navem: cibariorum nomine nulla faciendâ collatio est, quæ quisque pro sua parte in navem intulit, ut iis vesceretur, toleraretque vitam suam, & tueretur, quia & cibariis navigatione deficientibus, cibaria omnia, quæ quisque intulit in commune conferenda sunt, qui locus est singularis, nec duplici igitur collatione cibaria onerari debent. Denique ut uno verbo scribunt Græci τὴν στρατηγίας annonæ scilicet, vel cibariorum nulla æstimatione fit, vel collatio. Addamus ad §. *cum in eadem nave*, illum locum, *ex conducto dominos rerum amissarum cum magistro acturos*, sic potius nos, & simplicius quidem expeditiusque interpretari debere, ut domini mercium amissarum, sive jacturam, si loca in navi conduxerint, quibus merces suas ponerent, ut eliciant contributionem damni à cæteris vectoribus, actione ex conducto acturos cum magistro navis, ut is eade re agat cum cæteris vectoribus, & supplere, vel agere ex locato, si merces vehendas locaverint, secundum distinctionem positam in principio hujus legis. Et ita res erit perspicua, nec ulla vis adhibebitur verbis. Nunc transcamus ad §. *si navis*.

Ad §. *Si navis*. Jam diximus, contributionem esse faciendam dominis, qui vel jactura facta navis levandæ, & servandæ causa merces suas amiserunt, vel transjectis mercibus in scapham, quæ perierit, quorumve merces asparagine deterioris factæ sunt propter jactum. Iis ex hoc §. nunc addi oportet, etiam contributionem esse faciendam tum cum navis oneraria erat onerata mercibus. Quod ut hoc obiter dicam, est φορτίον, in legibus Rhodiis: onerare navem est φορτίον. Unde etiam nostri nautæ maritimi dicunt, *freter pour charger le navire*; nave, inquam, onerata mercibus, expugnata à piratis, & redempta ab uno ex vectoribus, sive mercatoribus, ei cæteros conferre debere pro rata: à *piratis*, inquit. Sed addere licet ex legibus Rhodiis cap. 9. *Expugnata à piratis, vel ab hostibus, vel à classe publica, στρατηγία κοινή*, redemptionem navis esse faciendam ære collato. Et hanc

hanc quidem redemptionem sane esse faciendam ab omnibus pro rata, nullo excepto, quia redemptio servavit omnium merces. Redemptionem navis dicimus cum suo onere, scilicet cum sua *entbeca*, ut etiam leges Rhodiæ loquuntur. Redemptionem navis cum mercibus vectorum, & mercatorum omnium: Nam, si ex iis aliquis suas tantum merces à piratis, vel ab hostibus redemerit, suas tantum merces, non omnium *ἐνθάδ' οὐν* omne onus, huic cæteri nihil conferre debent, quia rem suam tantum egit, non communem. Et simili modo, si nave non expugnata piratæ merces tantum unius abstulerint, nihil ei cæteri conferre debent, quod ei soli abstulerunt piratæ, id eum perdere, domino suo quamque rem perire. Et piratæ in hoc s. etiam dicuntur prædones, ut apud Plautum, & Sallustium sæpe. Unde & navis prædatoria pro piratica, pro myoparone, *ἰνοπαρόνι*, sic appellatur navis piratica. Quod sequitur, *Portio autem pro æstimatione rerum*, &c. pertinet ad id, quod dixi in *s. cum in eadem*, jacturæ summam pro rerum servatarum pretio distribui oportere. Id enim Paulus sic explicat hoc loco, *æstimari debere tam merces jactas, quam merces salvas*: & merces quidem jactas, quanti emptæ sunt, non quanti venire, non quanti vendi potuerunt, quia damnum tantum sarciri dominis jactarum mercium oportet, non etiam lucrum præstari, quod ex mercibus, si jactæ non fuissent, facturi erant, ut id tantum damni fecerunt, quod eas res sibi emerant. Merces autem æstimatas tanti æstimari, quanti hodie (spectatur enim præfens pretium) venire possunt. Cur tam variæ? Cur aliter æstimantur merces salvæ, aliter amissæ? Rationem reddit Harmenopolus II. *Epitomarum l. ult. ἴνα δὲ ἡ ζημία ἐπ' ἀλίγον συσταλή, καὶ τὸ κέρδος ἐπιπλέον ἐκταθή* id est, ut damnum ex parte domini jactarum mercium, quam minimum æstimetur, lucrum vero ex parte cæterorum, quam maxime fieri potest, æstimetur: sic enim fit, ut qui beneficio jacturæ merces suas salvas habent, nimium non onerentur, cum ad exiguum redigatur æstimatione mercium amissarum; & contra, ut qui merces amiserunt, qui jacturam fecerunt, plus consequantur mercibus servatis, æstimatis quanti hodie venire possunt, etiam si vilioris emptæ sint. Sic enim inita æstimatione utrisque consulitur. Pro pretio autem, vel pro æstimatione, ut ait, rerum servatarum, in quibus numeratur etiam servata navis, ut dictum est in *s. cum in eadem*, & pro pretio rerum amissarum conferri oportet dominis, qui eas res amiserunt. Ita ut quemadmodum dixi supra in *s. cum in eadem*, jacturæ summa, id est, æstimatio, & ita summa, pro æstimatione, summa pignoris, *l. creditori, de furt. l. 5. de jure dot. ut, inquam, jacturæ summa pro æstimatione rerum servatarum distribuatur*. Utar exemplo, quod Gemma Phrilius posuit Arithmeticæ suæ parte 3. Fac tres mercatores in eadem nave merces suas coegisse, primum, secundum, tertium, & primi merces jactas communi periculi propulsandi gratia, quæ emptæ erant centum, secundi autem merces hodie venire posse quadringentis, tertii merces hodie venire posse quingentis, navem autem venire posse trecentis: primi merces, quæ jactæ sunt, refici debent, & reparari secundo, cujus merces salvæ in navi remanserunt, quæ vendi possunt quadringentis, secundo, inquam, conferente 33. & trientem, ut ille dominus recte supputavit, tertio autem, cujus merces vendi possunt quingentis, conferente quadraginta, & unum & bellum, & domino navis conferente 25. quæ summa consummata efficiunt 100. quæ primus amisit. Et secundum hanc rationem igitur, quæ vera est, videtur primo jactura esse reficienda in solidum, ita ut ipse nihil damni sentiat, quod tamen si Accursio non probatur in *l. 1. hujus tit. nec ulli Doctore*, quod scio, nec probaverim etiam ipse, cum id initio hujus legis non diligentius excussissem, tamen perquam æquum id, & probabile est, quia earum tantum rerum nomine collatio fieri debet, ut ait hic *s. quæ servatæ sunt, quæ salvæ, & sanæ sunt*. Proinde hoc onus incumbit dominis rerum servatarum pro portione, id est, *ἀναλόγως*, non dominis rerum amissarum ulla ex parteula, si totum quod habuerunt in navi, amiserunt. Alioquin si partem tantum mercium suarum jactaverint, & ipsi pro portione alterius partis conservatæ conferre debent cum cæteris:

A Sed si omnes merces suas projecerint, navis & mercium, quæ ad alios pertinent, servandarum causa, quas & servaverint, non est æquum, ut quicquam damni sentiant. Et recte ait in *s. cum in eadem*, tributum hoc, res tantum servatas debere. Nec obstat, quo dicitur in principio hujus legis, detrimentum pro portione communicari, quoniam id ita accipiendum est, ut detrimentum pro portione communicetur inter eos tantum, qui beneficio jacturæ merces suas salvas, & incolumes habent: Sicut etiam paulo post initio hujus legis dicitur, *commune detrimentum fieri*: quorum *æ eorum*, inquit, *qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent: eorum*, inquit, *qui merces suas salvas haberent*, non eorum, atque etiam illius, qui merces suas salvas non habuerit. Et similiter nihil obstat *l. 4. in pr. hoc tit.* quam in eam rem adducit Accursius in *l. 1.* quoniam ea lex confirmat potius magis atque magis hanc posteriorem sententiam nostram, dum ait, *inter eos, qui merces salvas habent rationem haberi cum iis, qui merces perdididerunt*. Quod nihil aliud est, quam quod in eadem *l. 1. ait s. sed si navis*, ab iis, qui merces salvas habent: rationem haberi ejus, qui jacturam fecit, id est, ei jacturam præstari, damnum sarciri, vel ut Paulus loquitur 2. *Sentent. Intributione servatarum rerum jactas refici, reparari, recreari*. Ac præterea lex 1. hujus tituli non simpliciter dicit: *jacturam sarciri omnium contributione*, non dicit simpliciter *omnium*, sed omnium, pro quibus damnum datum factumve est. Non obstat etiam *lex cum duobus, s. quidam, pro soc.* quam DD. adducunt. Cujus *s.* breviter sententia hæc est: Si duo sint socii cujusdam negotiationis, & unus ad merces comparandas profectus, comparatas merces naufragio amiserit, ambos damnum sentire, utrumque socium damnum agnoscere pro portione: hoc argumento dicunt, jactura facta, damnum illud sentire pro sua parte etiam eum, qui jacturam fecit: vitiosum est argumentum: nam ut addunt, *illud nisi vectores socii non fuerint*, tamen hic casus jacturæ, hæc jacturæ necessitas ad societatem damni eos compellit. Verum, ut respondeam, illa species *s. quidam*, valde ab specie, de qua in hoc tit. agitur, dissita, aut dissimilis est. In illa specie *s. quidam*, unus ex sociis merces communes amisit: & merito igitur damnum est commune, sicut & lucrum commune foret. In specie autem proposita unus ex vectoribus merces suas proprias amisit. Rursus in illa specie, propter merces naufragio amissas, aliæ merces sociorum servatæ non sunt, quæ per se salvæ manserunt, non beneficio naufragii. In specie autem nostra, jactura & amissio mercium unius vectoris cæterorum merces servavit. Et præterea in illa specie naufragio perdita est navis. In specie nostra jactura servata est navis; alioquin si jactura non servasset navem, sane commune esset detrimentum; si jactura nihil profecisset, sane commune esset damnum nemine excepto: nec, si qui ex vectoribus res suas servassent, post naufragium forte per urinatores, ii quicquam reliquis conferrent, *l. 5. hoc tit.* Itaque perquam infirmum est argumentum, quod ex illo *s. quidam DD.* ducunt. Pergamus ad reliqua, quæ sunt in hac lege: *Servorum quoque* inquit, &c. Hic locus respicit ad id, quod ante dixerat in *s. cum in eadem*, omnium rerum, quæ in navi fuerunt, præterquam liberorum capitum, & cibariorum æstimationem fieri, ut pro æstimatione singularum rerum fiat collatio: ergo, & pro æstimatione servorum, servatorum scilicet, non etiam, ut hoc loco docet, pro æstimatione servorum, qui in navi perierunt, antequam collationis ratio iniretur: non dicit, *qui in mari jactura perierunt*. Quamquam & de servis jactus nonnunquam fiat, ut ex illo loco Ciceronis intelligitur 3. *officiorum*, quo quærit, si in mari jactura faciendâ sit, equine pretiosi potius jactura faciendâ sit, an servi vilis, inquit: sed, qui in mari perierunt alio quocunque casu, vel qui ægri in navi mortem obierunt, vel qui sese præcipitaverunt, horum æstimatio non fit, quia præsentem æstimationem fieri oportet, *l. 4. s. cum autem*. Præfens pretium poni oportet, & hominis mortui præfens pretium nullum est.

A D *s. Si quis*. Si quis ex vectoribus, quorum merces servatæ sunt, propter inopiam conferre non possit. Quid estne

etne inops, qui merces habet salvas) Quidni? fac eum plus debere quam habeat in mercibus, sicut egenum, & inopem Theophilus definit in §.1. *Instit. qui, & quibus ex causam. non poss.* Si igitur ob inopiam aliquis ex vectoribus conferre non possit, hoc non imputari magistro navis, quia fortunas cujusque excutere necesse non habet. Et additur in §.penult.

Ad §.penult. Si res jactæ apparuerint, inquit, veluti fluctibus ad littus expulsa, vel extractæ per urinatores, collationem exonerari, aut si ea jam facta sit, eos, qui contulerunt, qui solverunt domino jactarum mercium, agere cum magistro navis ex locato, si merces vehendas locaverunt, ut ipse ex conducto agat cum domino jactarum mercium, ut quod plus exegerit, reddat cæteris; agunt cæteri cum magistro ut agat, sicut in principio hujus legis. Quo argumento etiam liquet, nullam inter se vectores eo nomine rectam actionem habere, quando res omnis ulro citroque expeditur actionibus institutis adversus magistrum. Ex eo vero, quod ita proponitur in §.pen. recte sequitur, quod & mox subjicitur in §.ult.

Ad §.ult. Res jactas dominorum permanere: nec si in mari apparuerint extranei apprehendentis fieri, quia pro derelicto habitæ non sunt: non desperat de suis rebus recuperandis utique semper, qui eas jactat in mare necessitate compulsus, ut l.8. *hoc tit.* Quapropter, si quis alius eas forte natantes in mari apprehenderit lucrando animo, furtum committit, l. *falsus, §. si jactum, de furt.* l.9. *§.ult. de acquir. rer. dom.* Eademque ratio est rerum naufragio amissarum: nam & eæ ejusdem permanent, cujus ante naufragium erant, nec sunt in derelicto, sed in deperdito. Derelicta non recuperamus, si ab alio apprehensa sint: deperdita recuperamus, etiam si ab alio apprehensa sint, l. *interdum, §.1. de acqu. poss.* l.7. *hoc tit.* l. *Pomponius, §.ult. & l. quæcumque, de acquir. rer. dom.* Itaque neque res jactæ, neque res naufragio amissæ ab ullo, qui eas apprehenderit, extraneo pro derelicto usucapi possunt, quia non sunt in derelicto, ut dixi, l. *pen. pro derel.* d. *interdum, §.1.* Non sunt etiam fisci, quæ naufragio deperditæ sunt, quod tamen non semper obtinet, ut subindicat l.9. *hoc tit.* in qua proponitur postulatio, id enim est *de leg. 1.* Eudemis Nicomedienlis, quem naufragio facto in Italia diripuerant, d. *pro s. 101*, id est, publicani Cycladum insularum, quasi scilicet res naufragio amissæ ad fiscum pertinerent, ad quam postulationem Antoninus respondit, ea de re judicandum esse secundum leges Rhodias, si deficerent leges populi Romani forte leges Rhodiæ idem statuebant, quod nos de hac re ante constituimus, nec probabant illud Juvenalis:

Res fisci ubicumque natat.

Sed licebat unicuique naufragium suum impuse colligere, quod & apertius Antoninus rescriptit in *l.ult. de incendio. ruin. & naufrag.* & l.1. *C. de naufrag. lib. 11.* ne ex aliena calamitate, ex alieno infortunio fiscus lucrum faciat. Explicite liber 34.

* * * * *

JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XXXV. PAULI AD PANDICTUM.

RECITATIONES VERBALES.

Ad L.II. de Ritu nuptiarum. *Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant ambo, & si coeunt, quorumque in potestate sunt.*

Ad L.X. eod.

Triplex liber est de sponsalibus, nuptiis, & dotibus, quæ omnia negotia simul continent, aut sepe consequuntur. Incipiam à 12. *de ritu nupt.* Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant qui contrahunt; nisi sit certum. Nuptiæ con-

sensus facit. Et nisi etiam consentiant ii, in quorum potestate sunt, qui nuptias contrahunt, puta pater, vel avus, vel proavus, in cujus potestate est, qui quæve nuptias contrahit: eæ nuptiæ consistere non possunt, id est, jure consistere non possunt, sive justæ nuptiæ esse non possunt, & consequenter, nec qui ea conjunctione, quæ coita est sine voluntate, & auctoritate parentum, nascuntur liberi, justii sunt liberi: ex non justis nuptiis non possunt nasci justii liberi, & legitimi, l.11. *de statu hom.* Et similiter post divortium renovatæ, & reconciliatæ nuptiæ sine consensu parentum, in quorum potestate sunt, qui rursus coeunt, justæ non sunt, l.18. *hoc tit.* l.7. *de nupt.* Nuptiarum potestas omnis in patre est, qui eum, eamve in potestate habet, ut Donatus ait in illum locum: *Nonne prius communicatum oportuit?* Tertullianus item 2. ad uxorem, *Nec in terris, inquit, filii sine consensu parentum, rite, & jure nubunt.* Apulejus 6. *Milesia: nuptia, inquit, patre non consentiente facta, legitima non possunt videri.* Ac proinde spurii liberi, qui nascuntur, non justii liberi scilicet. Denique justæ nuptiæ non sunt sine consensu parentum, in quorum potestate sunt, qui quæve nuptias contrahunt. Idque ut justæ non sint, exigit non tantum civilis ratio, id est, patria potestas, sed etiam naturalis, ut est in *Instit.* id est, honor, & reverentia, quæ parentibus debetur. Sed hæc sola ratio, quæ naturalis est, non sufficit. Alioquin adhibenda etiam esset auctoritas matrum, vel patrum, qui emancipassent liberos, quæ tamen adhibenda non est. Concurrat igitur utraque ratio oportet, naturalis, & civilis, ut non esse justæ nuptiæ existimentur, quæ coitæ sunt sine patris voluntate. Contractæ tamen ita sine voluntate parentum, in quorum potestate sunt, qui coeunt, invitis iis, qui hanc societatem coierunt, non dissociantur, non dissolvuntur. Justæ non sunt nuptiæ, factæ: sed non dissolvuntur tamen invitis maritis, quia ut eleganter Paulus ait 2. *Sentent. contemplatio publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.* Privatorum commoda vocat, commoda patrum, quæ sunt deteriora contractis per filiosam. nuptiis, sine illorum voluntate: privatis commodis præfertur, inquit, publica utilitas, quia publice interest non tenere dissolvi conjugia: Idque etiam habet et ad *contingentiam*, non quidem vetustissimum, sed novissimum sequitur. Nuptias non judicat esse justas, quia non est pater, in cujus potestate mariti sunt, non tamen vult dissolvi, *cap. penult. extra de sponsalibus, & nuptiarum causa, extra de raptu virg.* Et necessaria quidem est patris auctoritas, in cujus potestate est, cui uxorem ducere quæve nubit, si pater præsens sit, non si pater absit peregre, ita ut ignoretur ubi sit, & an superstes sit, ut ex hoc ipso libro Pauli traditum est in l.10. *hoc tit.* & intra triennium non revertatur, nam hoc casu liberi utriusque sexus non prohibentur, inquit, matrimonium, vel nuptias contrahere. Quod & patre capto ab hostibus ostenditur in l. *proced. & seq.* si pater captus ab hostibus non revertatur intra triennium, non redeat possiditio intra triennium, liceat filius utriusque sexus matrimonium contrahere, ubi uiderint vota, & conventiones. Et ait Paulus, *matrimonium, vel nuptias legitime contrahuntur, & lex, quæ sequitur, matrimonium, & nuptias legitime contrahuntur;* & Justinianus in definitione *matrimonium est viri, & mulieris conjunctio, & sponsa, de nuptiis: si adversus leges, inquit, aliquid egerint, nec nuptiæ, nec matrimonium intelliguntur, & nuptiæ, quia est aliqua differentia inter nuptias, & matrimonium: nuptiæ sine matrimonio esse non possunt, matrimonium sine nuptiis esse potest, ut quod contractum est sine consensu patris, in cujus potestate mariti sunt, matrimonium est, nuptiæ non sunt. Et simile exemplum suppeditat Papinianus 15. *respons. apud Licinium Ruffinum, dum ait, civem Rom. qui duxit peregrinam, quæ etiam justæ nuptiæ non sunt, civem, inquam, Romanum sine connubio, quod nihil est aliud, quam sine nuptiis, peregrinam in matrimonium habere. Matrimonium est naturale nomen, quod à matre trahitur, quæ sola patura est certa: nuptiæ autem, & connubium sunt civilia nomina: Est autem illius triennii præscriptio, de qua agitur in l.10. & in l. *proced. & seq.* ex constitut. aut lege aliqua veteri. Neque enim potest**

potest. Jurisconsultus sine lege, aut constit. negotii tempora præfinire. Et obtinuit quidem primum illa præscriptio in patre capto ab hostibus, deinde obtinuit in absente patre ex constitutione, ut arbitror Justiniani. Nam hæc verba leg. 10. Et si triennium effluxerit, posteaquam apertissime fuerit pater ignotus: ignotus nove admodum, pro ignoratus, ubi degit, & an superstes sit; non prohibentur liberi ejus utriusque sexus matrimonium, vel nuptias legitimas contrahere: hæc, inquam, verba suboleat Triboniani sermonem, à quo & in l. seq. inserta hæc videntur, vel abest, &, vel absentia: eo quod Julianus in l. seq. scripserat de patre capto ab hostibus à Triboniano porrecto etiam ad patrem absentem, cui an vita spiret incertum est. Iis addamus legem 7. tit. sup. de sponsal. quæ est etiam ex eodem libro Pauli, & docet.

Ad L. VII. de Sponsalib. In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat: in sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intelligi tamen semper filie patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit.

Non tantum in nuptiis, sed in sponsalibus consensus eorum exigi, quorum in potestate sunt, qui sponsalia contrahunt. Et adjicit taciturnitatem patris hac in re consensum imitari, dum ait, patrem filie consentire videri, qui evidenter non dissentit: sicut filiosam. danti se in adoptionem patre consentire videtur, si non dissentiat, si non contradicat, si sciat, & taceat, l. 5. de adopt. Quod & in nuptiis sufficere, id est, taciturnitatem patris sufficere probat l. 5. & l. si furiosi, C. de nupt. Addamus etiam sufficere consensum patris, si post matrimonium contractum consentiat, ut justæ nuptiæ esse censeantur. Quod docet aperte lex si uxor, §. si quis uxorem, ad leg. Juliam de adult. Quid ergo satis est, si subsequatur consensus? Et tamen Institutiones dicunt, præcedere debere consensum, sive justum patris: sic est: ut scilicet statim ab initio justæ nuptiæ esse censeantur, quæ ab initio justæ non censentur fuisse, si subsequatur consensus patris: sed ab eo tantum tempore, quo filia, aut filii conjunctioni consentit pater: quod & Basiliius probat in epist. ad Amphilochoium cap. 4. & 42. Et valde notandum hoc est: nam ita fit hoc casu, ut rati habitio patris non retrahatur, subsequens voluntas patris, ut non retroducatur, quod & alias evenit, quid ergo, de iis, qui notant. inf. non semper rati habitio retrahitur, non semper consensui, sive mandato, aut jussu comparatur. Porro secundum hæc Paulus in hac l. 7. docet, nihil differre hac in re sponsalia à nuptiis. In utrisque consensum parentum exigi, qui tamen initio ejusdem legis 7. dixerat, sponsalia fieri posse sine testatione, atque scriptura ulla, sicut stipulationem, ad differentiam scilicet nuptiarum, in quibus testatio desideratur, l. 4. ut & in concubinato, qui & nuptias imitatur, l. 3. de concubin. Nec enim concubinatus, aut turpe, aut illegitimum nomen, concubina imitatur uxorem justam, quod & alias sæpe fultius ostendimus.

Ad L. XVI. de Ritu nupt. Oratione Divi Marci cavetur, ut si senatoris filia libertino nupisset, nec nuptiæ essent, quam & Senatusconsultum secutum est.

Ad §. Nepote uxorem ducente, & filius consentire debet. Nepotis vero si nubat, voluntas & auctoritas avi sufficeret.

Ad §. Furor contrahi matrimonium non sinit: quia consensu opus est, sed recte contractum non impedit.

Nunc veniamus ad leg. 16. de ritu nupt. cujus legis §. 1. etiam ad hanc questionem pertinet, de non contrahendis nuptiis sine consensu parentum, in quorum potestate sunt, qui coeunt: namque ait: Vivo avo, in cujus potestate est filius, & nepos ex filio, nepote uxorem ducente, non tantum avum, in cujus potestate est, sed etiam patrem, in cujus potestate non est, consentire debere, & tamen nepte ex filio nubente sufficere consensum, & auctoritatem avi. Hanc facit differentiam inter nepotem; & ne-

Aptem, cujus ratio, quam non percepit Accursius, hæc est, quia fieri potest, ut moriente avo, nondum emancipato filio, nepos recidat in filii, id est, in patris sui potestatem. Quo casu, si jure uxorem duxisset, consentiente solo avo, non etiam patre, & liberos suscepisset, eveniret, ut ii liberi patri invito, cum nuptiis non consenserit, sui heredes quandoque futuri agnascerentur; quod jus non patitur, ut cuiquam scilicet invito suus heres, aut successor agnascatur: nec alia ratione (quod & hoc libro, & huic, ut opinor, loco, proxime sive conjunctim Paulus scripsit in l. 6. de adopt. quæ huic loco accommodanda est) Non alia ratione, inquam, cum quis nepotem adoptat, quasi ex filio natum, consensus filii exigitur, ut illa lex ait, quam ut nepos invito filio suus heres agnascatur, §. sed & si quis, Instit. eod. tit. Unde si non consenserit filius adoptioni extranei in locum nepotis, ac si ex se natus esset, mortuo avo non recidit ille nepos in potestatem filii, l. 11. eod. tit. Hæc autem ratio cessat in nepte ex filio nata, quæ nubit volente solo avo, auctore solo avo, quia liberi, qui ex ea nascuntur, sequuntur familiam patris sui, non familiam avi materni: neque igitur unquam avo materno sui heredes futuri sunt. Itaque non est, quod in nuptiis neptis patris consensum desideremus, quia patris nihil interest: cum qui ex filia nascuntur non sint futuri in ejus potestate, & familia. Sufficit ergo consensus avi. Eadem ratio differentia olim obtinuit inter filiosfam. & filiasfam. furiosi: nam furor patris non solvit patriam potestatem. Inter filium igitur, qui in potestate furiosi, & filiam, quæ in furiosi potestate est, §. 1. Instit. de nupt. l. si furiosi, C. eod. tit. Vix enim licebat filio furiosi uxorem ducere sine venia Principis, ne scilicet nati liberi furiosi, qui pro non consentiente semper habentur, familiam auferent, ne invito furioso nati liberi ex filio accrescerent familiae furiosi. Et licebat tamen filie nubere sine controversia, quia filia non auget familiam patris sui, quandoquidem liberi ejus familiam mariti sequuntur, non familiam avi materni, l. pen. de liber. agnos. §. ult. Instit. de patriâ potestate, §. pen. in fine, de grad. cognat. vel de servili cogn. ut vulgo. Qua de causa Solon dixit, filiam esse ἀλλοτρίων κτήμα, alienam possessionem, quia in alienam familiam transgreditur, alienæque familiae liberos parit. Verum quod ait in hac l. 16. nepote uxorem ducente, & filium consentire debere, nedum avum, pugnare videtur cum l. 3. hujus tituli, quæ solo avo auctore, solo avo consentiente ait nepotem ex filio posse ducere neptem ex altero filio, quoniam hoc jure inter consobrinos permittitur erant nuptiæ. Et contrahi possunt, ut ait, solo avo auctore: non ergo requiritur consensus filii. Ratio hæc est singularis, quia non extra familiam, de quo casu est accipienda lex 16. §. 1. sed in eadem ipsa familia, in qua & filii, & nepos ex uno filio, & neptis ex altero filio sunt. In eadem familia, in qua omnes sunt, nuptiæ contrahuntur. Et sufficere videtur hoc casu auctoritas avi, in cujus familia omnes sunt, nec ægre ferre debet filius, si forte ex eadem familia quandoque sua familia augetur. Ac præterea debetur hoc summæ affectioni avi, ut l. pen. §. 1. hoc tit. ut qui princeps est familiae, is etiam solus sit arbiter nuptiarum faciendarum in eadem familia, sed non etiam extra familiam. Et hoc quoque Accursius intellexit: sed non explicuit rationem: quiquidem Accursius etiam huic legi 16. §. 1. objicit §. sed si quis, Instit. de adoptione, ubi ait, avum posse dare nepotem ex filio in adoptionem, etiam non consentiente filio: nam aliud plane dicendum est in adoptione. Adoptione nepotis ex filio non auget familiam filii. Nihil est apertius: in hac l. Paulus ponit differentiam inter nepotem, & neptem, quam anteverti exponere in §. 1. ejusdem l. initio autem legis Paulus docet, justas nuptias non esse, si senatoris filia, adde vel neptis, vel proneptis ex l. 42. hoc tit. libertino nupserit, ut l. 3. §. 1. de donat. inter vir. & uxor. Quod esse ait ex oratione Divi Marci, quam & Senatusconsult. sequutum est. Oratio Principis recitabatur in senatu, qua princeps complectebatur, quod de re aliqua novi juris constitui à re publ. esse censebat: quod si probabat Senatus, statim sequebatur SC. orationi consentaneum, ut hic locus perspicue ostendit. Et inde sapissime in jure, quod fieri dicitur oratione Principis uno loco,

loco id alio fieri dicitur SC. Principem autem, & Senatū A
 hac in re movit imparitas generis, & dignitas stirpis senatoriæ. Et ideo merito excipitur in l.47. hoc tit. Senatoris filia, quæ corpore quæstum, artemve ludicram fecit, quæve publico judicio damnata, & notata est, quoniam hæc gentis, & familiæ suæ dignitatem amisit, nec jam exilimatur esse senatoris filia, quæ gentem suam tanta foeditate contaminavit, conspurcavit. Male autem Accursius hoc loco notat, hoc Senatūconsultum esse sublatum Novella Justiniani, quæ est 117. quoniam ea Novella non hoc Senatūconsultum, hancve orationem Marci abrogat, qua Senatoris filia libertino nubere prohibetur, sed illud caput legis Juliæ, & Papiæ de maritandis ordinibus, quo Senator prohibetur ducere libertinam, l.23. & 44. hoc tit. Justinianus, qui plus concessit mari, quam foeminae, permisit Senatori ducere libertinam, non etiam clarissimæ foeminae, id est, Senatoriæ B
 stirpis foeminae nubere libertino, quia foemina impari turpius se applicat, quam vir, & vir genere nobilitat foeminam, ut ait l. mulieres, C. de dignit. non etiam foemina genere nobilitat virum, cui se adjungit. Ac præterea in §. ult. hujus legis Paulus docet.

Ad §. ult. Furorem esse impedimento nuptiis. quo minus contrahantur, quia consensu contrahentium opus est: & furiosum consentire, vel tacite consentire, nemo sanus dixerit, l.14. loc. l.8. §. 1. de opt. leg. quia nec utique dissentire, l. si furiosi, C. de nupt. Post nuptias vero jure contractas furorem supervenientem utrique, vel alterutri non dissolvere nuptias, ut l. patre, de iis, qui sunt sui, vel alieni juris: sic ut nec testamentum recte factum, nec ullum aliud negotium rite gestum ante furorem, §. furiosi, Instit. quibus non est permiss. facere test. Et ita auctore Tertulliano 2. ad uxorem, dominus magis ratum habet matrimonium cum pagano non contrahi, quam contractum ante conversionem omnino disjungi. Quod declaratur etiam in cap. ult. extr. qui filii sunt legiimi, & cap. pen. & ult. extr. de divortiiis. Nunc transeamus ad leg. 14.

Ad L. XIV. eod. *Adoptivus filius, si emancipetur, eam, quæ patris adoptivi uxor fuit, ducere non potest, quia novercæ locum habet.*

Ad §. Item si quis filium adoptaverit, uxorem ejusdem, quæ nurus loco est, ne quidem post emancipationem filii ducere poterit: quoniam aliquando nurus ei fuit.

Ad §. Serviles quoque cognationes in hoc jure observandæ sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem. Tansundem juris est & in sorore, & sororis filia. Idem è contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint: & si dubitetur patrem eum esse. Unde nec vulgo quæsiam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniã in contrahendis matrimoniis naturale jus, & pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem, filiam uxorem suam ducere.

Ad §. Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti, ut eam, quæ in contubernio patris fuerit, quasi novercam non possim ducere. Et contra eam, quæ in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere. Neque nec matrem ejus, quam quis in servitutem uxorem habuit, quasi socrum. Cum enim cognatio servilis intelligitur, quare non & adfinitas intelligatur? Sed in re dubia certius, & modestius est, hujusmodi nuptiis abstinere.

Ad §. Nunc videamus, quomodo noverca, & privigna, & socrus, & nurus intelligantur, ut sciamus quas non liceat ducere. Quidam novercam per se patris uxorem, & nurum filiam uxorem, & privignam uxoris ex alio marito filiam intelligunt. Sed quod ad hanc causam, verius est, nec avi uxorem, nec proavi duci posse. Duas ergo, vel plures novercas ducere non poterit. Non nurum: Nam & is, qui adoptivus est, nec naturalis patris, nec adoptivi uxorem ducere potest. Sed & si plures uxores pater habuerit, nullam earum ducere possum. Itaque socrus appellatione non tantum uxoris meæ mater, sed & avi, & proavia intelligitur, ut nullam earum ducere possim. Nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed & nepotis, & pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellent. Privigna quoque non solum ea mihi intelligitur, quæ

uxoris meæ filia est, sed & nepotis, & pronepotis, ut nullam earum ducere possim. Item ejus matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere, Augustus interpretatus est: fuisse se enim eam socrum.

Ad L. XXIII. de Adopt. Qui in adoptionem datur, bis, quibus agnascitur, & cognatus fit: quibus vero non agnascitur, nec cognatus fit. Adoptio enim non jus sanguinis, sed jus agnationis adfert. Et ideo si filium adoptaverim, uxor mea illi matris loco non est: neque enim agnascitur ei, propter quod nec cognata ejus fit. Item nec mater aviæ loco illi est: quoniam bis, qui extra familiam meam sunt, non agnascitur. Sed filia meæ is, quem adoptavi, frater fit: quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis.

Initium legis 14. statim est conjungendum cum extremo legis 23. de adopt. Ideoque & ab illa l.23. potius incipiemus. Et in primis sciendum est, hoc distare cognationem ab agnatione: quod cognatio sit nomen generale, quo continetur etiam agnatio, & cognatio quædam specialis *ἀγνῶν*: agnatio autem sit nomen speciale. Nam cognati dicuntur tam qui per matrem, quam qui per patrem nobis conjuncti sunt, à Græca voce *συγγενής*, ut ait l. Jurisconsultus, §. 1. de grad. & aff. non à Græca voce *ἄστρον*, qua tamen etiam cognati significantur: nam & Latinis noti accipiuntur pro cognatis.

... Omnes noti me, atque amici deserunt.

Terentius: qui alio loco, *Habeo heic neminem, neq; amicum, neque cognatum.* Agnati autem dicuntur ii tantum, qui per patrem nobis conjuncti, ejusdemque familiæ, & nominis sunt, eademque imagines, eademque insignia, sive *δελγμάρτα*, ut Vegetius vocat, habent, eadem scuta. Quamobrem, qui nobis sunt agnati, & cognati sunt, quia cognatorum nomen, nomen est generis, ut dixi, non contra, omnes, cui cognati sunt, utique & agnati sunt, non certe qui, quæve per foeminas conjunguntur: foeminae quidem nobis agnatae simul & cognatae esse possunt, veluti soror ex eodem patre, soror consanguinea, & amita, id est, soror patris, sed non etiam, qui quæve per matrem, sive per foeminas nobis conjunguntur, & diversæ familiæ, diversique nominis sunt, qui nobis tantum sunt cognati, non agnati. Et mater quoque ipsa, per quam aliis conjungitur, cognata nobis est, non agnata. Ergo & alii, qui per matrem nobis conjunguntur, cognati tantum nobis sunt, non agnati: ut frater, aut soror matris, id est, avunculus, aut matertera, aut soror nostra uterina. At pater agnatus nobis est, l.4. §. pen. de grad. & aff. cum sit initium agnationis. Et si pater nobis agnatus est, & cognatus igitur. At retro nos quoque patri sumus agnati, & per consequentiam cognati, l. filias, de suis, & legit. hered. & d. l. JC. §. 1. Omnis enim cognatio reciprocat: cæteri quoque, qui per patrem nobis conjunguntur, agnati nobis sunt, & cognati, ut fratres ex eodem patre nati, agnati sibi sunt, & cognati: fratres, inquam, ex eodem patre nati, qui & germani, & consanguinei vocantur, & semper in jure consanguinei, id est, fratres ex eodem patre nati. Et quod ait l. 1. §. pen. de suis, & legit. hered. consanguineos esse eos, qui sanguine inter se conjuncti sunt, connexi sunt, sio accipiendum est sanguine, id est, semine eodem. Arnobius 2. Germanitatis, inquit, quod est fraternitatis, jure societati sunt: utpote ex uno sanguine, unoque semine procreati. Denique consanguinei nusquam in jure dicuntur generaliter pro cognatis quibusvis, sed pro fratribus germanis tantum, non pro fratribus uterinis: si fratres consanguinei agnati nobis sunt, & per hoc etiam cognati, itemque eorum fratrum filii, nepotesve ex eis: eodem numero sunt fratres patruales, qui ex duobus fratribus progenerati sunt. Eodem loco, & numero est frater, vel soror patris, id est, patruus, vel amita, agnatus scilicet est filio fratris, qui ut in idiotismo, etiam latinis nonnunquam nepos dicitur: non est igitur nepos tantum ex filio, sed etiam ex fratre, vel sorore, ut illo loco Ovidii:

Cæsar ab Ænea, qui tibi fratre nepos.

Et apud Eutropium, quo loco Octavianum Cæsaris nepotem vocat, Octavius Cæsaris nepos, & interpretatur etiam Pæanius, qui est metaphrastes Eutropii, qui à Suida tamen aliter

aliter nominatur, nempe *Capito Lycius*: sed is *μεταφωρισ* Eutropii, quem habeo, habet præscriptum Pæanii nomen, non Capitonis, & ille illo loco, ne quis dubitet, nepotem interpretatur *ἀδελφίδης*, id est, sororis filium. Est & alia differentia inter agnationem, & cognationem: agnatio minima capitis deminutione perimitur, id est, amissione familiarum mutatione familiarum, mutatione nominis: ergo agnatio emancipatione, & datione in adoptionem perimitur, sed non etiam cognatio, l. 4. §. pen. de grad. & affin. §. ult. Instit. de leg. agnat. tut. §. minus, Instit. de heredit. quæ ab intest. defer. Si igitur me pater naturalis emancipaverit, aut alii dederit in adoptionem, & patri, & patris agnatis agnatus esse defino, sed non defino esse cognatus: cognatio, quæ inest agnationi, naturalis est, agnatio est civilis, & legitimæ agnationis nomen civile est, cognationis naturale, d. l. i. iurisc. §. 1. Et civili ratione veluti emancipatione, aut datione in adoptionem civilis quidem cognatio, id est, agnatio tolli, & aboleri potest, non etiam naturalis, l. 8. de reg. juris. At si pater adoptivus me emancipaverit, hoc casu & agnatio tollitur, & cognatio simul, quæ in adoptivis, non naturalibus consistit, sed per consequentiam tantum agnationis adsumitur, l. 3. unde cogn. l. 4. si tab. testam. nullæ exstab. Et hic notandum ex l. 23. de adopt. quam dixi conjungendam initio legis 14. & utramque simul explicandam: notandum, inquam, est, eum, quem per adoptionem, vel per adrogationem sumimus filium, vel nepotem, vel pronepotem, agnatum fieri agnatis nostris, non etiam cognatum cognatis nostris, vel ut Paulus ait in l. 23. adoptionem non adferre nobis jus sanguinis, id est, jus cognationis, quod naturale est: sed jus agnationis tantum, quod civile est, vel ut Ulpianus in l. 12. §. ult. de ritu nupt. eam demum cognationem in adoptione contrahi, quæ est legitima, id est, quæ agnatorum jus habet, non igitur eam, quæ naturalis tantum est, quæ in l. 23. appellatur jus sanguinis, ut in d. l. 8. Nec igitur idem est jus sanguinis, & jus consanguinitatis: nam jus consanguinitatis versatur tantum inter fratres consanguineos, sive germanos, id est, inter fratres ex eodem patre natos: consanguinitas est species agnationis, §. vulgo, Instit. de success. cogn. Consanguinitas est agnatio, quæ versatur inter fratres germanos. Verum ad rem. Secundum ea, quæ diximus, civilis ratio commento, sive figmento adoptionis sibi querendi filii, civilem tantum cognationem adfert, id est, agnationem, & per hanc cognationem quoque, quatenus cognatio nomen est generis, non cognationem illam, quæ est *ἀνώνυμος* secundum Aristotel. quia generis nomine denotatur, non certo, & proprio nomine, ut primo Rhet. τῶν σημείων aliud appellari τεκμήριον, aliud esse ἀνώνυμον, quia non nisi σημείον appellatur nomine generis, vacat proprio. Ea vero cognatio ἀνώνυμος est, quæ ex fœminis ducitur, & venit: hæc per adoptionem non contrahitur, ut puta per adoptionem nemo fit nobis avunculus, aut matertera, l. 12. §. ult. hoc tit. de ritu nupt. fit tamen per adoptionem nobis patruus, & amita, sive patertera, ut veteres loquebantur. Item per adoptionem nemo fit nobis frater cognatus, fit tamen frater germanus, sive consanguineus: Quibus autem is, qui adoptatur beneficio adoptionis agnatus fit: iis etiam, ut dixi, cognatus fit, & cognatus manet, quandiu manet agnatio, id est, quamdiu manet adoptio: soluta adoptione, & cognatus, & agnatus esse desinit: solvitur per emancipationem. Et huc pertinet lex 1. §. cognationem, unde cogn. & l. patris, de in jus voc. Iterum dico, quibus is, qui adoptatur agnatus fit, & iis etiam cognatus fit, & iis tantummodo: exempli gratia patri adoptivo filius fit, ergo agnatus, & cognatus. Item filio, ac filie naturali patris adoptivi, qui, quæve in ejusdem potestate, & familia est, fit frater consanguineus, ergo agnatus, & cognatus. Et similiter filio fratris adoptivi fit patruus: vel si fuerit mulier adoptata in locum filie, filiosam. patris adoptivi fit soror, & filio fratris adoptivi fit amita. Iis vero, quibus qui adoptatur, beneficio adoptionis agnatus non fit, non fit etiam cognatus, ut puta uxori adoptatoris, quæ in manum non convenit: sic accipienda l. 23. secundum jus vetus: uxori, inquam, adoptatoris, quæ in manum ejus non convenit, is, qui adoptatur, non fit filius, aut frater, quia

Tom. II. Post.

uxor, quæ in manum non convenit, non est in familia mariti, nec igitur ipsa mariti filio adoptivo est soror, aut mater: proinde nec marito ipsa, nec filio ejus adoptivo agnata est: & si non agnata, ergo nec cognata, ergo nec mater: eadem etiam non est filio mariti adoptivo adfinis, sive noverca, quia per adoptionem non contrahitur adfinitas. Hoc est certissimum, l. 4. §. pen. de grad. & affin. Item mater patris adoptivi, quæ cognata ei, non agnata est, ut supra diximus, adoptati avia, & invicem adoptatus illius nepos non fit, quia cujus agnatus non fit, nec cognatus esse potest. Et tamen, ut Paulus ait in extremo legis 23. cui omnino coaptari debet initium legis 14. quamvis uxor adoptatoris adoptato non sit mater, non sit cognata, vel adfinis, & quamvis mater adoptatoris adoptato etiam non sit avia, non sit cognata, quia est extra familiam adoptatoris, non fit etiam adfinis: denique, quamvis sit extranea, tamen etiam eorum, inquit, nuptiæ prohibitiæ sunt, ut recte legitur Florentiæ, & recte legit Accursius, dum ait, hoc tamen, inquit Accursius, id est, hæc particula tamen, refertur ad matrem, & uxorem adoptatoris, quæ sunt extraneæ adoptato: Nuptiis tamen eorum, id est, earum personarum etiam prohibitis, inquit, id est, non sororis tantum adoptivæ, id est, naturalis adoptivæ patris, quæ in ejusdem potestate est, nuptiæ sunt prohibitiæ, quia est soror consanguinea: sed etiam uxoris patris adoptivi, uxoris, quæ puta ab eo diverterit, uxoris repudiatæ ab eo: itemque matris patris adoptivi nuptiæ prohibitiæ sunt, quamvis extraneæ sint filio adoptivo, & uxoris quidem, vel matris patris adoptivi nuptiæ perpetuo prohibitiæ sunt, etiam si adoptio per emancipationem dissoluta fuerit, ut recte Accursius sentit in l. 23. in ultima glossa. Sororis autem adoptivæ nuptiæ prohibitiæ sunt, tamdiu dumtaxat, quandiu adoptio durat, & quandiu ipsa manet in familia, & potestate patris, l. 17. de ritu nupt. l. 9. in fine, de lib. & postumis. Videamus quæ sit ratio differentie: cum matre, & uxore adoptatoris, quamvis sit extranea, est perpetua prohibitio: cum sorore tamen adoptiva, quæ est agnata, non est perpetua prohibitio. Ratio differentie hæc est, quia etsi uxor adoptivi patris, neque cognata sit adoptivo filio, neque adfinis, sive noverca, tamen novercæ locum habet, ut Paulus bis notat in h. l. 14. in princip. & in §. nunc videamus: novercæ locum habet, id est, quasi noverca est, & quasi mater igitur. Denique imaginem, & speciem quandam matris habet. Ideoque pudor, & honestas, quæ in nuptiis contrahendis potissimum inspicitur, l. 14. §. 1. non patitur, ut eam filius adoptivus, etiam si emancipatus sit, uxorem ducat, nimirum, quia pridem ei quasi noverca, quasi mater fuit. Nec huic loco legis 14. obstat l. 12. in princ. eod. tit. quia ut breve faciam, ibi uxor, quam repudiavi non intelligitur quasi noverca fuisse secundi mariti sui, quem ego postea adoptavi. Melius tamen esset, ne eum mihi adoptare permitteretur, arg. legis pen. §. sed si videamus, eod. tit. quia adoptio secundi mariti rem deducit in eum casum, à quo incipere non poterat, nempe efficit, ut quasi noverca quasi privigno nupuisse videatur, quod pudor non fert, id est, ut uxor, quæ quondam fuit adoptivi patris, filio adoptivo nupuisse videatur. Eadem autem ratio, quæ valet in uxore patris adoptivi, valet etiam in matre ejusdem, quia etsi filio adoptivo neque adfinis, neque cognata, neque avia sit, l. 23. tamen quasi avia est. Et ideo nec dissoluta adoptione, si emancipatus filius adoptivus fuerit, eam uxorem ducere potest. Itaque non video, ut defendi possit quod legitur in l. 55. §. ult. hoc tit. patris adoptivi mei matrem (notanda sunt verba) aut materteram, aut neptem ex filio uxorem ducere non possum: scilicet si in familia ejus sim, si duret adoptio, alioquin (sequitur) si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias. Quid igitur, an potero ducere uxorem eam, quæ mater est patris adoptivi, si pater adoptivus me emancipaverit? Hoc pudor non patitur. Et sane videtur illo loco aliis legentibus matrem, aliis legentibus materteram, utraque lectio remansisse, sed retinenda tantum ea, quæ habet materteram, ut sit, patris adoptivi mei materteram, hoc sensu, ut patris adoptivi materteram, aut ejusdem neptem ex filio fratre suo adoptivo, quandiu in familia manet, ducere

M m

non

non liceat: post emancipationem liceat, sicut sororem adoptivam, si vel ipse, vel ipsa emancipatus sit, ei ducere permittitur, ut dixi ante. Majore (& hic est finis) scilicet reverentia, majore religione, & castu nobis colenda est memoria earum mulierum, quæ quasi novercæ, & quasi matres, aut quæ quasi avix nobis fuerunt, licet proprie tales non fuerint, vel etiam quæ quasi nurus, ac proinde quasi filix aliquando nobis fuerunt, licet proprie tales non fuerint, ut l. 12. §. 1. sup. l. 15. inf. Nam ut Paulus etiam docet initio legis 14. uxorem quoque filii adoptivi, quam duxerat prius quam adoptaretur, postea repudiatam pater adoptivus uxorem ducere non potest: nec si per emancipationem soluta fuerit adoptio, quia et si nurus ei proprie non fuerit, propterea quod per adoptionem non quaritur adfinitas, fuit tamen quasi nurus, & per hoc etiam quasi filia. Et sanctissima sunt nomina non patrum tantum, vel matrum, aut filiorum filiarumve, sed etiam filiorum quasi patrum, quasi matrum, quasi filiorum filiarumve: usque adeo sanctum est nomen patris, vel matris, aut filix, aut quasi patris, aut quasi matris, vel quasi filix, ut sit nobis reverendum, aut percolendum nomen, quoniam, inquit, de nuru, aliquando nurus ei fuit, id est, quasi nurus. *Il faut interpreter ainsi.* Denique majore reverentia, & religione colo memoriam ejus, quæ quasi mater, aut quasi filia mihi fuit, quam memoriam ejus, quæ mihi fuit foror adoptiva, quoniam uxorem eam ducere possum, si vel ego emancipatus, vel ipsa emancipata fuerit: majori item religione, quam materteram patris adoptivi, quoniam si ab eo emancipatus fuerim, eam uxorem ducere possum, majore religione, quam filiam fratris adoptivi, quam etiam emancipatus uxorem ducere possum, d. l. 23. Filiam autem sororis adoptivæ, id est, adoptatoris neptem ex filia, omni tempore, etiam durante adoptione, uxorem ducere possum, quia avunculus ei non sum, nec imaginem ullam gero patris, aut filii. Sororem quoque uterinam patris adoptivi mei uxorem ducere possum, quia matertera mihi non est. Quod proponitur in l. 12. §. ult. hoc tit. Denique plus mihi pudoris adferre debet nomen materteræ patris adoptivi, quæ ei matris loco est, quam nomen sororis cognatæ ejusdem cognatæ, non consanguinæ, aut nomen filix sororis adoptivæ. Denique totum hac in re facit pudor, ac honestas, quæ in nuptiis semper inspicienda, non jus ipsum, quæque efficit, ut & extraneas quasdam mulieres ducere non possimus.

Ad §. Serviles quoque. Initium legis 14. docet, non ducendam eam, quæ uxor fuerit patris adoptivi: neque patri adoptivo eam ducendam, quæ filii adoptivi uxor fuerit. Sequitur §. serviles. Jure civili nulla est cognatio inter serviles personas, l. 1. §. 1. unde cog. l. 1. C. de grad. & infl. de servili cogn. vel potius de grad. cognat. (quoniam ille titulus de servili cognatione delendus est) nec matrimonium, quia & in omni jure civili, atque etiam prætorio tam ordinario, quam extraordinario servi pro nullis habentur, aut pro mortuis, l. nullo, ad leg. Cornel. de falsis, l. 1. sup. de jure delib. Itaque ancilla partus sui non est mater civilis, nec postea efficitur, si forte manumittatur. Paulus 4. Sentent. tit. 10. neque servi, inquit, neque liberi matrem civilem habere intelliguntur. Imo & mater civilis si in servitute redigatur, mater civilis esse definit, & ego si in servitute redigar, mater mea mihi mater esse definit, & cæteri cognati mihi cognati esse desinunt, nec rursus fiunt mihi cognati, si recuperem pristinam libertatem, l. 7. unde cogn. l. 1. §. filio, l. 2. §. 1. ad Senatuf. Tertull. Denique servi matrem, aut patrem civilem, aut filium, aut fratrem, vel alios cognatos non habent, l. hos accusare, §. pen. de accusat. Unde Plautus in Captivis, cum quidam servus suum patrem nominaret: *Quem patrem*, inquit ridens, *qui servus es.* At ut Paulus ait in hoc §. in hoc jure, quod scilicet est de nuptiis contrahendis, in hoc jure, non in jure legitimarum successio- num, non jure testamentorum, non in aliis partibus juris: sed in hoc jure, in hac parte juris, quæ est de nuptiis, etiam serviles cognationes, id est, in servitute naturaliter contractæ observandæ, & reverendæ sunt. Et ideo filius ex servitute manumissus suam matrem æque manumissam non du-

cet uxorem, si manumissi sint. Item frater non ducet sororem, si manumissi sint. Et hoc est, quod ait l. 8. hoc i. l. bertinus libertinam matrem, aut sororem ducere non potest. Et addit rationem, quia hoc jus, moribus non legibus introductum est, hoc scilicet jus, quo vetitæ sunt nuptiæ inter personas certas, moribus introductum est, quia invaluerunt, inveteraverunt, & irrobora- verunt apud omnes gentes, atque ita moribus, id est, jure naturali, non legibus introductum est: si legibus introductum esset, non essent nobis curæ serviles cognationes, quia legibus servi incogniti sunt, servi sunt extra Rempublicam, extra jus civile computantur. Sed quia hoc jus introductum est jure naturali, quo jure omnes homines æquales sunt, ut ait l. 32. de regul. jur. commune est liberorum, & servorum, & quas liberi ducere non possunt, nec servi possunt, post manumissionem scilicet. Itaque neque mater filius ducere potest, neque frater sororem, neque etiam avunculus sororis filiam, ut ait, postquam manumissi omnes erunt. Hoc semper subintelligendum est. Nam si adhuc sint in servitute, alia ratione prohibentur, quia inter servos, aut conservos nuptiæ justæ non sunt, sed est inter eos, quod dicitur contubernium sæpissime in jure nostro. Et ipsi etiam servi, qui inter se quasi matrimonio juncti sunt, contubernales appellantur. Serva nubere, aut servus uxorem ducere non potest, l. si ancilla, de cond. & demonstr. Quidam legavit ancillæ sub conditione hac, *quum nupserit*, an valet legatum: Videtur non valere, quia ancilla nubere non potest: valet tamen, quia, inquit, quandoque manumissa nubere potest. Loquitur autem hoc loco Paulus de sororis filia, non de fratris filia, quia hoc jure cum fratris filia justæ nuptiæ erant, ut docet observatio 13. cap. 16. hoc tamen jure novissimo merito abrogatum est. Et illa differentia hoc jure inter fratris filiam, & sororis filiam originem etiam duxerat ex fœdiore, & liberiore luxuria Claudii Imperatoris, ut Cornelius Tacitus scribit, quæ tamen usque adeo observatur in Digestis, ut nusquam legatur patrum incestas nuptias contrahere cum filia fratris. Et incestæ tantum nuptiæ esse dicuntur inter avunculum, & filiam sororis semper, non inter patrum, & filiam fratris. Qua de re fufius in illa observat. Sequitur in hoc §. patrem etiam non posse filiam ducere, si ex servitute ambo manumissi sint: quamvis, inquit, dubitetur, quod notandum, patrem eum esse: nec dubius pater potest filiam ducere, qui forte non est pater, sed putatur esse. Igitur nec filiam, nec quasi filiam, ut diximus, superius, veluti eam, quæ fuit uxor filii adoptivi, nec dubiam filiam ducere licet. Sacrum est patris, matrisque nomen, sacra sunt omnia parentum, liberorumque nomina in infinitum, l. 1. Cod. Theodos. de maternis bonis. Placuit, inquit, *salva reverentia, & pietate sacris nominibus debita, &c.* Quod usque adeo verum est, ut & veteres patres *θεῖος* appellarint teste Simplicio in Epicteto. Unde deductum *θεῖον* nomen, id est, patruorum, etiam hodie remansit. Denique adeo sanctum est patris nomen, ut nec quasi pater, ut initio ejus legis diximus, nec dubius pater filiam ducere possit: dubius est pater, si filia sit vulgo quælitæ, si *volgiva Venerè concepta*, ut Lucretius loquitur. Dubius, inquam, vel putativus *νομίζόμενος γονεύς* apud Dionys. 1. vel *οἰόμενος γονεύς*. Et addit Paulus rationem elegantissimam, quæ in hoc jure, vel hujus juris certissima regula est: *Quia*, inquit, *in contrahendis nuptiis jus naturale, & pudor inspiciendus est: jus naturale, quo jure omnes scilicet homines æquales sunt, non alii servi, alii liberi, & pudor inspiciendus est. Græci verunt hoc loco τὸ εὐπρεπές ἢ τὸ σεμνόν, sic pudorem interpretantur, ut & Theophil. in *Suxor*, *Infl. de nuptiis*, *διὰ τὸ εὐπρεπές* prohiberi nuptias inter me, & filiam ejus, quæ uxor mea fuit, quam post divortium suscepit ex alio marito, quamquis proprie nunquam mihi privigna fuerit. Et ita in leg. *semper, inf. hoc tit.* quæ est sententia etiam hujus rationis, semper in conjunctionibus, in nuptiis non tam quid liceat, quam quid honestum est, spectandum esse. Observandum esse pudorem, observandam modestiam, ut ait infra, ut non sint reprehendendi ullo modo, qui inter cognatos, quam maxime fieri potest, vetant contrahi nuptias, vel tertii, vel quarti, vel quinti gradus, ubi scilicet id vetat pudor,*

pudor, & modestia, morumque honestas in tanta copia aliarum mulierum suadere videtur: *In nuptiis, inquit, contrahendis jus naturale, & pudor inspiciendus est.* Contra pudorem autem est patrem, qualiscunque sit, etiamsi non sit certus pater, sed putetur esse, filiam suam, id est, quæ putatur esse sua, ducere uxorem, oportet abstinere etiam à filia putatitia. Subiicitur in hoc etiam jure, quod est de nuptiis, non tantum servilem cognationem observari, ut dictum est, sed etiam servilem adfinitatem, id est, eam necessitudinem, quæ intercedit inter virum, & uxoris cognatam. Et retro, ut in illa lege quarta, quæ huc pertinet, §. *libertini, de grad. & adf. dicitur: Libertinos, & libertinas, ex servitute manumissos scilicet, inter se adfines esse posse.* Et ideo manumissum non posse eam, quæ in patris contubernio quondam fuit, æque manumissam uxorem ducere, quia novercæ loco ei fuit, & matris igitur loco, §. *adfinitatis, Instit. de nupt.* Et inde Græcis cognata sunt nomina *πατρὸς, & μητρὸς, & nostraribus mere & merastre: novercæ respondet privigna. Item eam, quæ in contubernio filii fuit, manumissam pater uxorem ducere non potest, quia nurus loco ei fuit, & filix loco igitur: dicitur fuit: nam si sit adhuc ei nurus, aut nurus loco, alia ratione nuptiæ prohibentur, quia mulier duobus nupta esse non potest: nurui respondet focer, qui etiam patris dicitur locum obtinere. Item manumissus matrem ejus, quam in contubernio habuit, uxorem ducere non potest, quia fuit focrus loco, & vicissim ipse ei fuit generi loco: nam & libertini, libertinæque, quod ad hoc jus attinet, adfines esse intelliguntur. Sed quid fiet, si dubitetur de his personis, quas ante commemoravi, si dubium sit, an quis sit pater, an mater ejus, quam in contubernio habuit? Et ait rectissime, *in re dubia certius, id est, tutius, & modestius esse hujusmodi nuptiis abstinere.* In re dubia, quod congruit omnino cum eo, quod dixit supra, *Patrem filiam in servitute quaesitam non posse ducere, etiamsi dubitetur an sit pater: mox docet Paulus in hoc jure, vel ut ait, quod ad hanc causam prohibitarum nuptiarum attinet, novercæ, focrus, & nurus nomen accipi latissime, puta, novercam, non tantum significare eam, quæ patris uxor fuit, sed etiam eam, quæ fuit uxor avi, vel proavi, quia & has ducere non possumus. Denique si plures sint, quæ mihi novercæ fuerint, nullam earum ducere possum. Et repetit, quod initio dixerat, nec eam, quæ quasi novercæ, non proprie novercæ fuit, veluti eam, eafve, quæ in matrimonio patris adoptivi fuerunt, uxores duci posse, sicut nec si pater naturalis plures habuerit uxores secundas diversis temporibus. Ille fuit intendere ainsti, nullam earum filius ex prima uxore natus ducere potest, quia omnes sunt novercarum loco. Et sic eam, quæ mihi fuit focrus, id est, matrem uxoris quondam meæ, imo nec aviam, aut proaviam uxoris quondam meæ, id est, profocrum, vel obfocrum uxorem ducere possum, sed neque eas, quæ mihi nurus, vel pronurus, vel abnurus fuerunt, puta, quæ filii, aut nepotis, aut pronepotis quondam uxores fuerunt. Privignæ etiam, quam ducere prohibentur, nomen patet latissime, & complectitur uxoris meæ ex alio marito filiam, quæ proprie est privigna, & neptem privignæ filiam, l. 40. inf. & proneptem, id est, privignæ neptem, ut & hanc ducere non possim, quia eæ omnes mihi sunt liberorum loco. Et in extremo hujus legis addit Paulus, quod maxime notandum est, ut ex eo præcipue observemus, quam voluerit pudorem servari in contrahendis nuptiis, etiam matrem ejus, quam sponsam habui, licet nuptiæ secutæ non fuerint, puta sponsæ nuntio remisso, & sponsalibus dissolutis, me uxorem ducere non posse: fuit mea sponsa, nunquam fuit mea uxor, non possum tamen quin mihi pudorem inferam, matrem ejus uxorem ducendo. Idque ait, ita interpretatum Divum Augustum, in lege, ut opinor, cujus ipse auctor fuit, Julia, & Papia de maritandis ordinibus, hac ratione, quia focrus mea fuisse intelligitur, id est, pene fuit focrus mea. Itaque non tantum ex nuptiis, sed etiam ex sponsalibus, quod ad hanc partem juris attinet. Divus Augustus interpretatus est contrahi adfinitatem. Quod ostendit etiam l. 6. 7. & 8. de grad. & adf. §. 1. l. 12. §. 1. hoc tit. quum ait, sponsam me patris, quamvis repudiata sit, ducere non posse, quia pene novercæ mihi fuit, & vice versa spon-**

Tom. II. Poff.

sa meam, quamvis nuptiæ secutæ non sint, patri meo nubere non posse, quia pene-nurus ei fuit. Ex sponsalibus igitur etiam adfinitates in hoc jure de nuptiis contrahi intelliguntur: contrahitur ergo, & conjungitur adfinitas ex nuptiis primum, deinde ex sponsalibus, deinde ex contubernio etiam, ut diximus etiam supra. Addere licet & ex concubinato, qui matrimonium imitatur: nam & eam, quæ fuit concubina patris mei uxorem ducere non possum sine rubore, nec possum jure igitur, l. 1. §. ult. de concubinis, l. 4. C. de nuptiis. Quæso addamus id tantum, quod est in principio legis 41. tit. seq. de jure dotium.

Ad L. XLI. de Jure dot. Promittendo dotem omnes obligantur, cujuscunque sexus, conditionisque sint.

Ad §. Sed si nuptiæ secutæ non fuerint, ex stipulatu agi non potest. Magis enim res, quam verba intuenta sunt.

Ad §. Accepti quoque latrone dos constituitur, cum debitori marito acceptum feratur dotis constituendæ causa.

Ad §. Si à debitore mulieris sub conditione dos promittatur, & postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse defierit: magis periculum ad mulierem pertinere, placet. Nec enim videri mariti momentum secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quod si jam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse: quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.

Ad §. Si debitor mulieris dotem promiserit, & mulierem heredem reliquerit: Labeo perinde habendum ait, ac si mulier ipsa dotem promississet. Cujus sententiam Julianus quoque probat. Nec enim æquum esse ait, ut ei damnetur ejus pecuniæ nomine, quam ipsa debeat: & satis esse acceptilatione eam liberari.

Promittendo, ait, dotem stipulanti viro omnes obligari, cujuscunque sexus, conditionisque sint, & ex stipulatu conveniri posse secutis nuptiis, non etiam nuptiis non secutis: eleganti ratione, quia res magis, quam verba intuenta sunt: res, id est, id quod agitur inter contrahentes, aut sententia, & mens contrahentium, denique etiamsi pure stipulanti viro pro muliere promittam dotem, huic stipulationi intelligitur inesse tacita conditio: hæc stipulatio semper intelligitur esse conditionalis, si nuptiæ sequantur, ut l. 4. §. 1. de pact. l. 21. hoc tit. de jure dot. Et ait, promittendo omnes obligari cujuscunque sexus, conditionisque sint, quod ait, *ἡ δὲ ἀντιδοτικὴ ὁμολογία*, ad differentiam dictionis dotis, quæ fiebat non ut stipulatio uno interrogante, altero respondente, sed fiebat ultro, non interroganti viro his verbis. Dabimus formulam dictionis dotis ex hoc tit. quam pauci animadvertenterunt: his verbis dicitur dos, *decem tibi doti erunt: fundus Sempronianus tibi doti erit, l. 25. 44. §. 1. 46. §. pen. 57. hoc tit.* Et inde comædia, *Dos est Pamphilæ decem talenta.* Dicitio est dotis, non ut Donatus notat, datio dotis. Hoc autem genere, id est, per dictionem nudam dotis omnes non obligantur, hoc genere obligatur tantum mulier, quæ nuptura est, si dicat, *mille doti tibi erunt*, & debitor mulieris si dotem dicat, jubente muliere, quia ipsamet dicere dotem videtur, quum dotem dicit ejus debitor jussu ejus. Et præterea parens mulieris, non parens cujuscunque sexus, non parens cujuscunque cognationis, sed parens masculus & agnatus, parens virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, veluti pater, aut avus paternus, avus maternus dotem dicendo non obligatur, quod aperte Ulpianus scribit lib. singul. reg. tit. 6. Regulariter enim dicitio nuda obligationem non parit, sicut nec pactio nuda. Et si pactio nuda, quæ est duorum pluriumve, non parit obligationem, & dicitio nuda multo minus, quæ est unius tantum. Verum ut pactio legitima parit actionem, ita & dotis dicitio legitima, quam scilicet illæ tres personæ dicunt.

Ad §. Accepti. Exposui initium l. 41. de jur. dot. sequitur in §. 2. accepti quoque latrone dos constituitur, cum debitori marito acceptum feratur dotis constituendæ causa: non tantum per stipulationem, quod initio dixi, sed etiam per acceptilationem dotem constitui, si mulier, quæ debitori suo nuptura est, ei quod debet, acceptum ferat, ea mente, & eoque

M m 2

con-

consilio, ut id deinceps sibi habeat quasi datum in dotem, A atque ideo quasi suum, quamdiu manserit matrimonium, sive pecuniæ, sive rei certæ debitor fuerit, vel etiam si extraneus idem faciat dotis mulieri constituendæ causa, quæ debitori extranei nuptura est: nam ut stipulatione, ita acceptilatione dos à quocunque constitui potest, non ut ditione dotis à certis personis tantum. Ac præterea sicut stipulationi dotis inest tacita conditio, si nuptia sequantur, quod etiam dixit initio hujus legis, ita & acceptilationi factæ dotis constituendæ causa, eadem conditio inest, l. 43. in princ. & §. 1. infra, hoc tit. Itaque non secutis nuptiis, dicam, debitorem, cui accepto latum est liberatum non esse. Acceptilationem imperfectam non liberare debitorem, & imperfectam esse eam, cujus conditio impleta non est. Objicies, & dices, imo debitor videtur acceptilatione liberatus, etiam si nuptiæ non sequantur, quia non secutis nuptiis necessaria creditori est conditio sine causa, vel conditio ob rem dati, re non sequuta, nec integrum ei est agere ex pristina obligatione. Idque ita proditum est, in l. 10. de condit. causa data: quod pugnat omnino cum initio d. legis 43. quo cavetur, non secutis nuptiis suo loco manere pristinam obligationem, & acceptilationem nullius momenti esse. Quod si verum est, non est igitur creditori necessaria conditio. Dicam observandum esse, quod ait lex 10. de cond. causa data, quæ objicitur: Mulierem, quæ erat nuptura debitori suo, pecuniam debitam acceptam fecisse, cum dotem dare vellet: cum dotem, inquam, dare vellet, id est, cum ei esset animus statim dandæ dotis sponso, ut appropinquaret nuptias, & mox animadvertente se relictus facturam, si ei pecuniam debitam acceptam fecerit, quia & acceptilatio pro datione est, & nihil interest, inquit, ex numeratione mulier pecuniam, an per acceptilationem dederit. In ea igitur specie animus mulieri erat statim dotem dare, qualem animum plerunque habere mulierem, ut credamus, festinatio votorum, ut Macrobius loquitur, facit, argumento legis 8. hoc tit. Igitur pecuniam, quam acceptam tulit, cum in eo esset, ut dotem confestim daret sponso, protinus dedisse sponso videtur, & fecisse accipientis pristina obligatione sublata, & conversa in causam dotis, ut jam si non sequantur nuptiæ, non sit ei integrum agere ex pristina obligatione, quæ novata, & sublata est, sed competat tantum conditio pecuniæ, quasi causa non secuta, ut l. 3. eod. tit. de cond. causa data. Cui actioni, id est, conditioni etiam l. 43. §. 1. hoc tit. locum esse ait, quod notandum, si extraneus eodem animo sponso mulieris debitori suo acceptum tulerit dotis mulieri constituendæ causa. Nam sive donare in totum mulieri noluit, seu aliquando repetendæ dotis animum habuit, quandoque soluto matrimonio, matrimonio non secuto, pecuniæ debitæ conditionem habet quasi causa non secuta, ob quam data debitori intelligitur, id est, ob matrimonium futurum: sive donare in totum mulieri voluit, matrimonio non secuto, mulier eandem conditionem habet suo nomine, d. l. 43. §. 1. Sed si mulier, vel extraneus alio animo accepto tulerit, puta, ut debitor ita demum liberetur, & in causam dotis pecuniam debitam habere incipiat si nuptiæ secutæ fuerint: non secutis nuptiis, mulieri, vel extraneo integra est actio ex pristina obligatione, quasi acceptilatione facta sub tacita conditione, quæ non exstitit: nec necessaria est conditio ob rem dati, re non secuta. Et hæc quidem distinctio, quæ in hac re observanda est, valde confirmatur argumento l. 7. §. ult. & l. 9. sup. hoc tit. Acceptilatio autem, etsi non recipiat expressam conditionem, recipit tamen tacitam: hoc est certissimum, l. actus, de reg. juris, l. sub conditione, de solut. l. quod in diem, de acceptil. l. querebatur, ad leg. Falcid. l. mortis causa capitur, §. Julianus, de mort. caus. donat. Et hæc quidem dicimus de acceptilatione, quæ fit ante nuptias dotis, & nuptiarum causa, ut tacitam conditionem recipiat, si nuptiæ sequantur: nam quæ fit post nuptias, nullam in se conditionem habet, sicut neq. stipulatio dotis facta post nuptias. Dos acceptilatione, & quocunque alio modo constitui potest, vel ante nuptias, vel post nuptias. Et in hoc §. 1. si verba urgeas nimis, & Græcis interpretibus credas, proponitur etiam dotis causa.

facta stipulatio post nuptias, quia dicit debitori marito, & ut iidem interpretes notant, maritus uxorem d' γήμας ἐπέμειλεν, maritus proprie dicitur is, qui uxorem duxit, quod perperam Hervetus interpretatur, dum corrupte legit uxorem cum a hoc modo, maritus is, qui uxorem duxit vocatur dominus. Et nihil est præterea quod pertineat ad §. 1. Sequitur §. si à debitore.

AD §. Si à debitore. Finge debitor mulieris jussu ejus dotem marito dixit, vel promisit sub conditione eo tempore, quo is debitor erat locuples, & solvendo: verum antequam conditio existeret, vel ante nuptias contractas desit esse solvendo, quæritur periculum hujus nominis, huius obligationis, utrum ad mulierem, an ad virum pertineat inopia debitoris, quæ ante conditionem contingit, utrum mulierem oneret, an virum? Et respondet, hujus nominis periculum ad mulierem pertinere, non ad virum, quia viro non potest imputari, quod nomen non exegerit, quia nec id potuit exigere ante conditionem impletam, vel ante nuptias, quæ ratio est frequens in jure, ut l. 39. in princ. & §. tutores, de administr. tut. l. 6. §. ult. de neg. gest. Denique non videtur etiam ante conditionem, vel ante nuptias vir id nomen secutus, vel amplexus, non videtur id nomen probasse, antequam id exigere posset. Itaque si pereat nomen, si evetatur debitor facultatibus, periculum virum non respicit, sed mulierem. At si jam eo tempore, quo debitor mulieris dotem dixit, vel promisit, solvendo non fuerit, idque maritus sciverit, vel scire potuerit (hæc sunt paria in jure) nec cum debitorem mulier suo periculo viro delegaverit, vel dixerit idoneum esse debitorem, proculdubio periculum ad maritum pertinet, quia ultro secutus est nomen minus idoneum. Id merito debet suæ facilitati expensum ferre, & de se queri, non de muliere. Et ita intelligitur quod ait l. si extraneus 33. in fine hoc tit. illo loco, quod debitor mulieris promiserit, id viri periculo esse. Et adde ex l. inter, §. abesse, mand. & l. 3. de fidejuss. & l. 3. in fine, ut in possess. legato. bonum, & idoneum nomen facere maritum, qui admittit debitorem delegatum, non ignorans facultates debitoris, quas aut scire, aut exquirere debuerit. Nam in contrahentibus jura curiositatem, hic vocant, sæpissime desiderant. Baldus, atque etiam Græci hoc loco notant recte, maritum, qui debitorem minus idoneum admisit, non id fecisse animo donandi uxori, sed quod meliora speraret de facultatibus debitoris. Nam si ideo inopem debitorem à muliere delegatum admiserit, quod mulieri donare vellet, periculum totius pecuniæ debitæ non pertinet ad maritum, sed ejus tantum pecuniæ, quæ à debitore servari potest, aut potuit: ut si à debitore mille, servari centum duntaxat potuerunt, periculum centum duntaxat pertinet ad maritum, quia relictui donatio ipso jure nulla est, donatio, quæ fit inter virum, & uxorem, vel constante matrimonio, vel ante matrimonium, quando donatio excurrit in tempus matrimonii, ut quum dos constituitur, cui semper inest conditio matrimonii. Et hoc ita proponitur in l. 53. hoc tit. quæ sic est concilianda cum hoc §. Sequitur in §. ult. hujus legis.

AD §. ult. Debitor mulieris dotem dixit, vel promisit; eique antequam dos dicta, vel promissa exigeretur, mulier heres exstitit: heres proprius accedit ad vicem defuncti, imo & idem homo esse fingitur. Mulier ergo jure hereditario sustinet vicem debitoris, & perinde est, atque si ipsa dotem marito promississet. Dos igitur ab ea peti, & exigi potest, vel si ante dotem exactam finitum sit matrimonium divortio, & ipsa dotem repetat à marito, quam debitor ei promiserat, repellatur exceptione doli mali, vel in factum, ut in l. 7. in fi. hujus tit. nimirum repellatur hac exceptione, si non dolo facis, quæ repetis, quod ipsamet mihi debes, neque enim æquum est, ut ait, ut soluto matrimonio damnetur mulieri, ejus pecuniæ nomine, quam ipsamet debet. Nihil est absurdius, quam ut creditor damnetur debitori, sed in hoc tantum damnabitur, quia solutum est matrimonium, ut acceptilatione mulierem liberet, ut per acceptilationem mulierem absolvat. Et est similis omnino ratio, in l. nupta, in fi. sol. matrim. & in l. si socius pro filia, pro soc.

Ad

Ad L. XII. de Pact. dot. Si pater dotem dederit, & pactus sit, ut mortua in matrimonio filia, dos apud virum remaneret: puto pactum servandum, etiamsi liberi non interveniant.

Ad §. Ex pactis conventis, quæ ante nuptias, vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent, ut mulier dote promissa se alas, & donec nupta sit, dos ab ea non petatur, aut certam summam viro præstet, & ab eo alatur, & his familia: alia ad jus pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. Cæterum si convenerit, ne omnino dos petatur: indotata erit mulier.

Ad §. Si mulier pacta sit: ne amplius quam pars dimidia dotis à se petatur: & pœnam stipulata sit: Mela ait, alterutro contentam eam esse oportere, vel exceptione pacti, & acceptam facere pœna obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegadam ei exceptionem.

Ad §. Si fundo æstimato in dotem dato, pacta sit mulier, ut quanto pluris venierit, id in dote sit: Mela ait, id servandum: cum, & ex contrario convenire possit, ut si minoris venierit, ipsa debeat.

Ad §. Si pacta sit mulier, ut sive pluris, sive minoris fundus æstimatus venierit, pretium quanti res venierit, in dote sit, stari eo pacto oportet. Sed si culpa mariti minoris venierit: & id ipsum mulierem consequi.

Sequitur, ut exponamus l. 12. de pact. dotal. Quod proponitur initio legis 12. apertissimum est: nemo est, qui nesciat, mortua in matrimonio filia, dotem profectitiam redire ad patrem, l. 6. inf. de jure dot. l. 4. C. sol. matr. Ad dicitur exceptio una initio hujus legis, nisi in dote danda convenerit inter patrem, & generum, ut mortua in matrimonio filia dos apud generum remaneret, nec rediret ad patrem: quod pactum valet, sive interveniant, sive non interveniant liberi ex eo matrimonio nati, in quod dos data est: nihil est apertius.

Ad §. Ex pactis. Sequitur in §. 1. divisio pactorum dotalium, quæ fiunt ante nuptias, vel post nuptias: utroque tempore fieri possunt, l. 1. & 28. hoc tit. quæ divisio cadit etiam in omnia alia pacta: ex pactis dotalibus, ut ait, alia pertinent ad voluntatem contrahentium, quia sola voluntate reguntur contrahentium, non jure publico: nec ut est in Basilicis, necessaria sunt pacta ad dotis constituendæ, vel fungendæ causam. Denique profus voluntaria sunt, exempli gratia, si convenerit, ut mulier ex dote promissa, vel dicta, tæ alat, tueatur, exhibeat, nec dotem, quandiu in matrimonio fuerit marito dare cogatur, sed ut dixi, ut ipsa ex dote exfarciat onera matrimonii, quam retinet, vel etiam convenerit, ut certam summam marito præstet quotannis, ut ab eo alatur, & quamdiu eam summam præstiterit, dos promissa ab ea non petatur: in hisce pactis totum facit voluntas contrahentium: atque adeo sola voluntas contrahentium spectatur, & observatur semper: alia sunt pacta, quæ ad jus pertinent, ut ait, quæ jure reguntur, non arbitrio contrahentium semper, quæ jus publicum de dotibus attingunt, & in iis non semper voluntas contrahentium servatur, sed potius potentiusque est id, quod jure publico cautum est, quam quod de ea re inter se contrahentes paciscuntur: ut quum jure sit cautum, dotem, quæ pondere, numero, vel mensura constat, annua, bima, trima die, post solum matrimonium esse reddendam, si convenerit in dote danda, vel ante nuptias, vel post nuptias contractas, nec dum dissolutas, ut longiore die dos reddatur, puta quinque, aut sex pensionibus annuis: hæc conventio servanda non est, quia deteriore facit causam dotis, nec proficit marito ad exceptionem, sicut nec si convenerit, ne omnino dos reddatur, ut l. 16. Cæterum, inquit hoc loco: cæterum, id est, alioquin, hac scilicet conventionem servata, ne omnino dos reddatur, mulier fieret indotata, quod publica utilitas non patitur, l. 1. sol. matr. l. 2. de jure dot. Et plus potest hac in re jus, quam mulieris voluntas id paciscentis. Contra si convenerit in ipso divortio, quod pro contractu habetur, si uxor

Ad 42. de judic. in ipso, inquam, divortio contrahendo, si convenerit ex continentia, ut exigit l. jurisc. §. ut puta, de pact. vel si in ipso matrimonio contrahendo convenerit, ut soluto matrimonio dos ceteriore die, id est, propiore die reddatur, quam sit jure cautum, puta ut reddatur intra sex menses à die dirempti matrimonii, vel ut præsens reddatur, sane hæc pactio servanda est, & actionem parit, l. 14. Ad summam, tempus legitimum reddendæ dotis pacto contrahi potest, non etiam proferri: melior conditio mulieris & dotis fieri, non etiam deterior potest, nec si id velint contrahentes, quoniam juris publici hæc res est, non voluntatis privatorum, l. 17. hoc tit. Idem Paulus 1. Sentent. Sponso, inquit, dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio juri publico nihil derogat. Quod est juxta regulam leg. jus publicum, de pact. Qua de causa & omnia alia pacta possunt eodem modo dividere, & dicere, alia regi nuda voluntate paciscentium: alia regi jure, & legibus, non nuda voluntate paciscentium, vel contrahentium. Divisio est elegans, quæ usui esse potest in multis partibus juris. Item, ut aliud exemplum apponamus, cum jure sit cautum, ut soluto matrimonio, quum dos repetitur, retentiones ex dote fiant ob res donatas uxori, quæ donatio non valet, vel ob res amotas, vel ob impensas factas in res dotales, vel ob mores, quod Basilica addunt, ob mores, initio legis 20. & absque dubio id etiam Paulus addiderat. Cum ergo jure sit cautum, ut ob has causas minuatur dos, sive retentiones fiant ex dote, nec tota reddatur, si convenerit, constante matrimonio, vel ante matrimonium, ne ex retentiones ex dote fiant, hæc pactio non valet, l. 3. hoc tit. sed prævalet jus publicum, quo introductum est, ut ex his causis retentiones fierent: valet tamen hæc pactio, si fiat post divortium. Quidni? & mulieri dotem solidam repetenti hæc pactio prodest ad replicationem, d. l. 20. in princ. sicut et si post divortium convenerit, iusta ex causa forte, quod per inopiam maritus tempore legitimo dotem reddere non possit: si, inquam, post divortium convenerit ex iusta causa, ut dos longiore die reddatur, puta intra decennium, hæc pactio, quæ facta est post divortium, non quæ facta est constante matrimonio, vel ante matrimonium, viro proficit ad exceptionem, l. 18. hoc tit. Et in hoc quidem §. 1. hæc verba, quando dos petatur, respiciunt ad pacta de die reddendæ dotis, quæ exposui supra. Illa autem verba, quemadmodum reddatur, respiciunt ad pacta, quæ interponuntur de retentionibus ex dote faciendis, nec tota dote reddenda, aut non faciendis, quemadmodum reddatur, id est, tota ne reddatur, an detractis rebus amotis, aut detracta ratione rerum amotarum, vel ratione, quæ venit in iudicium de dote ob mores mulieris, vel ob res amotas, vel ob impensas factas: hæc, inquam, pacta, quando dos petatur, id est, quo tempore, vel quemadmodum reddatur, & pacta, quæ ad jus pertinent, non tam voluntate contrahentium, quam jure reguntur, aliquando probantur, aliquando improbantur. Possis etiam dicere, quemadmodum dos reddatur, ad id etiam pertinere pactum de fructibus dotis soluto matrimonio reddendis, de qua in l. 4. hoc tit. Sequitur in §. si mulier.

Ad §. Si mulier. Si ante nuptias mulier pacta sit, ne dotis dictæ, vel promissæ partem dimidiam à se maritus petat, subdita stipulatione pœnali, si faciat contra placitum, non posse marito petente dotem totam mulierem, & tueri se exceptione pacti, & ex stipulatu pœnam petere, sed alterutro debere esse contentam, id est, vel uti exceptione pacti, quod congruit cum legibus adductis ab Accursio, l. rescriptum, §. si pacto, de pact. leg. apud 4. §. Labro, de doli except. Sed addenda est exceptio, nisi in pœnali stipulatione addita sit hæc clausula, rato manente pacto: nam hoc casu si adversarius contra pactum fecerit, is, qui cum eo pactus est, & uti pacto potest, & stipulatione pœnali, l. pen. sup. de trans. l. cum proponas, C. cod. tit. Hoc autem genus pacti pertinet ad voluntatem, respicit non jus, sed voluntatem contrahentium, quibus horum pactorum libertas permissa est, sicut & quæ sequuntur pacta in hac lege pertinent ad voluntatem omnia: Finge; fundus æstimatus 100. in dotem datus

datus est, quo genere id agitur, ut maritus fundum emptum habeat dotis causa, & soluto matrimonio, ut æstimationem præstet: dando autem fundum æstimatum 100. pacta est mulier, ut non tantum æstimatio illa sit in dotem, sed etiam id, quanto plus eum fundum maritus vendet: valet pactum, & augetur dos, si plus eum fundum maritus vendiderit, ut si eum vendiderit 120. in dote erunt 120. Quod servatur etiam in venditione qualibet ita facta: *fundus ille tibi emptus esto centum, & quanto plus eum vendideris: augetur enim pretium fundi, si emptor eum plus vendiderit, l. 7. §. ult. de cont. empt.* E contrario, si fundo æstimato 100. in dotem dato convenerit, ut quanto minoris venierit, id debeat mulier, & suppleat, veluti si venierit 80. tantum, ut suppleat 20. hæc quoque conventio valet. Rursus si convenerit, ut sive plus, sive minoris fundum maritus vendiderit, non æstimatio, quæ initio dicta est, sed pretium quanti venierit, etiam si minimo venierit, sit in dotem, pactio valet, & servanda est, nisi dolo, aut culpa mariti fundus minoris venierit, quo casu id, quo minoris venit, maritus soluto matrimonio uxori supplere, & præstare debet. Quod si fundus ille omnino non venierit, ea æstimatio præstabitur mulieri soluto matrimonio, quæ dicta est ab initio: *l. seq.* Hæc sunt exempla pactorum, quæ proponuntur in hac lege 12.

Ad L. XX. eod. *Ob res quoque donatas, vel amotas, vel impensas factas, tunc facta pactio valebit, id est, post divortium.*

Ad §. Si extraneus de suo daturus sit dotem: quicquid vult, pacisci, & ignorante muliere, sicut & stipulari potest. Legem enim suæ rei dicit: *Postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debes.*

Ad §. Si convenerit ne à muliere, neve à patre dos petatur: heres non habebit exceptionem. Sed si convenerit, ne manente matrimonio, vivo patre petatur, mortuo patre statim exigitur. Et si non petierit maritus, tenebitur hujus culpæ nomine, si dos exigi potuerit. Nisi forte ante diremptum sit matrimonium, quam facultatem petendi haberet.

Quibus addamus alia exempla ex l. 20. eod. Finge: extraneum pro muliere de suo dotem dare, non patrem: sicut pater tamen, ut l. 7. hoc tit. ita & extraneus initio dandæ dotis stipulari, vel pacisci quicquid vult, potest, etiam invita, aut ignorante muliere, puta ut quoquomodo finito matrimonio dos sibi reddatur, quod est pacto sibi dotem recipere, quæ ob eam rem *dos receptitia* dicitur, l. 3. §. sed & dos, de mort. causa donat. Sux rei unusquisque legem, quam vult, dicere potest, quamdiu sua est, etiam si inibi sit, ut mox sua esse desitura sit: sic fit, ut dominus, qui rem suam vendit, vel donat, eam addicat suis legibus, ut est in Comædia: *Quasi fundum habens meis me legibus addicam.* Hoc tantum distat pater ab extraneo, quod extraneus pacto sibi dotem recipere potest, quam dat: sibi dotem, quam dat, excipere potest pater, non nisi stipulatione. Pater idem efficere potest stipulatione, sed non etiam pacto: non quodcumque fieri potest stipulatione, & pacto fieri potest. Et hoc ipsum ostenditur in l. avia, C. de jur. dot. & varietatis ratio est elegans, quia enim patri dotis filia conservandæ onus, vel officium incumbit, non temere qualibet conventionione eam filia præripere, & sibi recipere potest, non pacto nudo, sed solemnî stipulatione tantum. At post dotem datam neuter sibi, nec pater, nec extraneus sibi pacisci, aut stipulari de dote quicquam potest sine voluntate mulieris, cujus dos facta est propria, quod ostenditur in §. 1. l. 20. & l. quotiens, sol. matr. & l. cum à socero 7. C. de jur. dot. In §. ult. leg. 20. ostenditur, valere pactum, si convenerit, ne dos promissa à patre, vel à muliere petatur, & petenti marito obstat exceptionem pacti, videlicet, si petat à patre, vel à muliere: nam ab herede ejus petere potest, quia pactum illud in personam, non in rem esse censetur, quia pactum personale, non generale esse censetur, propterea quod id singularis adfectio soceri, vel uxoris extorsit. At ut subjicit, si convenerit, ne manente matrimonio, vivo patre, dos promissa petatur, quæ conventio perquam evidenter est per-

sonalis tantum, mortuo patre, quia ab herede ejus dos peti, & exigi potest, si maritus eam non exegerit, cum scilicet haberet spatium exigendi, aliquamdiu manente matrimonio post mortem patris, itemque si heres patris locuples fuerit, si luculenta patris hereditas fuerit: nam & hoc exigitur in l. Mavia, sol. matr. deinde heres patris lapsus sit facultatibus, & defierit esse solvendo: hanc negligentiam mulier marito imputabit, quod in tempore dotem ab herede non exegerit, quum solvendo erat, & repetet mulier dotem à marito, vel ab herede ejus soluto matrimonio. Solvitur autem matrimonium, ut idem Paulus hoc lib. scribit in l. 1. de divort. jam enim explicata est l. 12. 13. 16. & 21. de pact. dotal.

Ad L. I. de Divortis, *Dirimur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum.*

Solvi, inquam, matrimonium divortio, solvi item captivitate, vel servitute alia contingente utrius eorum. Ubi eleganter separat captivitate à servitute, ut & edictum, ex quibus causis majores in integ. restit. propter spem posthominii, quæ facit, ut captivi non omnino existimentur esse servi, id est, non sint deplorati servi. Reliquæ leges hujus libri sunt de divortis. Ac primum lex 191. de verb. signif.

Ad L. CIXC. de Verb. sign. *Inter divortium, & repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest: non recte autem sponsa divortisse dicitur. Quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt, qui discedunt.*

Docet quid distet divortium à repudio, hoc nempe distare repudium à divortio, quo genus à specie, repudii nomen esse generale: repudiari tam sponsam, quam uxorem: repudiari tam sponsalia, quam nuptias: divortii autem nomen esse speciale, quia fieri dicitur tantum inter maritum, & uxorem, & ex eo appellatur, inquit, quod in diversas partes eant, qui discedunt, ut l. 2. de divort. Denique uxor quidem divortisse dicitur, sed non etiam sponsa. Sequitur in l. 3. de divort. quod & repetitur in l. 48. de reg. juris.

Ad L. III. de Divort. *Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit, Itaque quicquid calore iracundia, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.*

Divortium esse, quod fit animo perpetuæ dissensionis, nimirum, ut contra quoque matrimonium est, quod fit animo, & voto perpetuæ, & individua consuetudinis. eadem est contrariorum ratio, eademque finitio. Itaque ut ait: *quidquid fit, vel dicitur inter conjuges calore iracundia, non prius ratum est, non prius habetur pro divortio, ut si iratus vir dixerit uxori, res tuas tibi habeto, reddito claves, facessas domo, si uxorem abegerit à janua, non id prius pro divortio habetur, quam perseverantia apparuerit, judicium animi fuisse, sed dicitur frivolum, vel jurgium, frivolarium dissidium, & nonnunquam noxia ab auctoribus, unde noise, & ὀλομαχία.* Itaque etiam calore iracundia misso repudio, si brevi revertatur mulier, quæ misit repudium, non videtur divortisse, si brevi revertatur, sicut dici solet, *iram esse furorem brevem.* Themistius in oratione de amicitia ait, τὴν θυμὸν μανίαν ἀργυροδόνιον εἶναι. Et fertur etiam hæc sententia Catonis Censorii, *Iratus à furente tempore solum differt.* Hic est finis libri 35.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.I. de Fundo dot. *Fundus dotalis seruo legatus, ad legem Juliam pertinet quasi dotalis.*

Ad §. Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competis, aut omnimodo competitura est.

Ad L.III. eod.

LIBER XXXVI. Pauli ad edictum, ad quem nunc accedam, & ex quo dabimus l. 1. & 3. de fundo dotali, & l. 36. de donat. inter vir. & uxor. est etiam de dotibus, ut superior, vel de donat. inter vir. & ux. Et initio quidem proponitur statim l. 1. & 3. de fund. dot. caput legis Juliae de adulteriis, quo prohibetur maritus fundum dotalem obligare, vel alienare, mulieri data potestate irritae faciendae alienationis, si quam is fecerit, vel pignorationis, *l. cum pater, §. qui dot. de leg. 2.* Fundum, inæstimatum scilicet, qui & proprie dotalis dicitur, *l. un. §. in fundo, C. de rei uxor. act.* fundum enim, quem maritus æstimatum accepit in dotem, alienare, vel obligare suo jure potest, *l. 12. §. pen. & ult. tit. prox. sup. l. 6. C. de usufr.* quia pleno, & perpetuo jure quasi ex venditionis causa (æstimatio venditio est) fundi æstimati dominium marito acquiritur, adeo ut nec soluto matrimonio cum uxore restituere cogatur, sed æstimationem tantum, quæ facta ab initio conventaque est inter eum, & uxorem. Lex igitur Julia pertinet tantum ad fundum inæstimatum, vel etiam ad ædes inæstimatas. Nam ut lex 12. tabul. quæ jubet auctoritatem fundi esse biennium, valet etiam in ædib. ita & lex Julia de fundo dotali, licet in ea ædes non appellentur. Proinde rectius diceretur lex Julia de prædio dotali. Nam prædii appellatio, & fundum complectitur, & ædes. Et in hoc quoque tit. frequentius prædium appellatur, quam fundus. Denique in omni prædio rustico, vel urbano, in omni re immobili, quæ in dotem data est, lex Julia observatur, non etiam in re mobili, quæ in dotem data est: hanc maritus alienare, & pignere potest: non item in seruo dotali, nam & hunc maritus alienare, imo & manumittere potest, si solvendo sit, sit par quandoque reddendæ dotis, *l. servum, de manumiss.* Hæc sunt certissima. Sed si seruo dotali fundus obvenerit jure legati, vel jure hereditario, relictusque ei sit fundus, contemplatione (hoc enim exigitur) & respectu mulieris, providentia mulieris, non contemplatione mariti, hic quoque fundus ad legem Juliam pertinet, quasi dotalis, nec à marito alienari potest. Et ita Paulus scribit in l. 3. de fundo dot. hac ratione (sic enim illa lex interpretanda est) quia & fundus ille, quem acquisivit servus, dotalis est, qui ei relictus est respectu mulieris, soluto matrimonio reddendus est mulieri, repetique à muliere potest, repetereque eum mulier à marito potest actione de dote, quasi dotalem, *l. 65. de jure dot.* Et ut præcedit, definitque lex 3. cujus fundi repetitio mulieri competit actione de dote, aut omnimodo competitura est, divorcio soluto matrimonio, vel morte, aut captivitate, aut servitute mariti, is utique fundus ad leg. Jul. pertinet, nec alienari potest: alioquin, si dotem mulier soluto matrimonio non sit repetitura actione de dote, proculdubio alienari potest, quia nihil mulieris interest, cujus causa lex illa lata est: ut puta si mulier in matrimonio decefferit, & dos lucro mariti cesserit, *l. pen. hoc tit.* vel etiam si fundus dotalis sit receptivus, id est, si extraneus, qui eum pro muliere dedit in dotem, eum sibi receperit caveatque, eum sibi reddi quandoque soluto matrimonio: hic est unus casus, quo lex Julia de fundo dotali cessat: addimus alios duos ex lege prima, quæ est etiam ex eod. lib. Unus hic est, si alienatio fundi dotalis fuerit necessaria, fuerit coacta: nam lex Julia interdixit tantum alienationem voluntariam: & necessariz qui-

dem alienationis exemplum tale proponitur in l. prima, si cum ex pretio dotali vicinus periculum aliquod damnumve timeret, & ob id desideraret maritum sibi satisfacere damni infecti, maritus satisfacere non potuerit: neque enim est facile omnibus invenire fidejussores, & ideo si vicinus in possessionem prædii missus fuerit ex primo decreto prætoris, vel præsidis: ac deinde, qui est ordo juris, secundo decreto possidere jussus sit, quo decreto vicinus possessionis fundi dotalis dominus efficitur, & in hac l. i. hoc loco, *hic enim dominus vicinus fit: Dominus, id est, possessor, ut in l. si finita 15. §. Julianus, de dam. infect.* quod & ibi recte, hoc loco perperam Accursius interpretatur, missus in possessionem ex primo decreto non fit possessor, jussus possidere ex secundo fit possessor, proprietarius non fit, sed per possessionem, quam nanciscitur, & per usucapionem proprietatis acquirendæ occasio ei præbetur, ut *l. 18. §. non solum, de damno inf.* hoc vero genere possessio fundi dotalis alienatur, atque etiam proprietates secuta usucapione, & valet alienatio, nec irrita fieri potest, quia voluntaria non est, id est, sponte mariti facta non est, sed necessaria est, utpote cum habeat originem juris necessariam, ut loquitur *lex alienationes, famil. ercise.* originem juris necessariam, nempe decretum prætoris, vel præsidis, cui obtemperare necesse est. Alter vero casus, quo alienatio prædii dotalis non impeditur, hic est, si per universitatem & prædii, & quasi averfione, ut loquimur, prædium dotale transeat ad alterum, veluti ad heredem mortuo marito, eo herede instituto testamento mariti: vel ad dominum, marito sua sponte redacto in servitutem, vel ad fiscum, ut in *l. 2. hoc tit.* marito defuncto illo herede relicto, ad quem lege, vel testamento bona ejus redierint, quo exemplo Græci utuntur recte in *l. 2.* denique bonis vacantibus, & ideo ex l. Julia caducaria redactis in fiscum, per se quidem prædium dotale alienari non potest, cum cæteris omnibus bonis mariti, cum universitate bonorum alienari potest, ut *l. quædam, de acquir. rer. dom.* Per universitatem, inquam, alienare potest, cum sua causa tamen, ut ostenditur in hac l. i. videl. ut eodem jure sit prædium dotale apud heredem, vel dominum mariti, vel fiscum successorem in mariti bonis, quo apud maritum fuerit, puta ut alienari non possit ab herede, vel domino, vel fisco, & à marito quidem ad heredem cæterosque successores mariti prædium dotale transit, secundum quod possibile est. Hæc sunt verba Pauli in hac l. i. *Secundum quod possibile est: nec enim transit pleno jure, aut perpetuo jure, sed transit, ut transire potest. Denique non transit ad heredem, ut apud eum permaneat, sed ut mox mulieri restituatur, retentionibus, sive deductionibus factis ex dote ob res donatas forte, & amotas, & impensas: Nam & iis retentionibus uti heres mariti potest, l. rei judicata, §. 1. sol. matr.* Male autem hoc loco Accursius ait, etiam ad legatarium prædium dotale transferri posse testamento mariti: nam lex de herede loquitur tantum, & de prædio dotali in alium transferendo per universitatem: at legatarius non est successor universitatis, non est successor universi juris, ut heres, vel dominus. Et vero etiam constat ex *l. 13. §. ult. hoc tit.* legatum prædii dotalis non valere, nisi uxore herede instituta, & bonis mariti æquantibus dotem. Nec quidquam ab Accursio facit *lex 8. §. 3. ff. de alie. jud. mut.* quam in testimonium vocat: quoniam non est de lege Julia, de qua agimus, sed de edicto de alienatione judicii mutandi causa facta. In l. Julia alienationis verbum latius patet, quam in illo edicto: nam in lege Julia completitur etiam legatum, aut fideicommissum, non etiam in illo edicto. Sequitur *l. 36. de donat. inter vir. & uxor.*

Ad L. XXXVI. de Donat. inter vir. & uxor. *Si donatæ res exstant, etiam vindicari poterunt. Sed quia causam possidendi donatio præstitit: nisi reddatur res, æstimatio faciendæ est justo pretio: caveatque possidenti de evictione simpli, quanti ea res sit, idque etiam Prædio videtur.*

Ad §. Sponsus alienum annulum sponsæ muneri missus, & post nuptias pro eo suum dedit. *Quidam, & Nerva putant, fieri eum mulieris, quia tunc factam donationem confirmare videtur, non novam inchoare: Quam sententiam veram esse accipi.*

Cer.

Certum est post nuptias contractas donationem inter virum, & uxorem moribus populi Rom. qui mos & à nobis receptus est, improbatam esse, usque adeo, ut res donatæ ab eo, eave, cui donatæ sunt, revocari possint, si donatorem poeniteat: & revocantur conditione sine causa, vel ex injusta causa, si consumptæ sint, si extinctæ sint, vel si extint, directa vindicatione, quia in dominio donatoris permanferunt, nec donatario acquisitæ fuerunt, l. 5. s. ult. & l. 6. & l. 55. hoc tit. Ex hac igitur causa dominium rerum donatarum non mutatur, & consequenter nec possessio civilis, quæ possidetur semper animo domini, cogitatione domini, l. si eum, qui, b. iii. Possessio tamen naturalis mutatur, & à donatore, sive marito, sive uxore transfertur in donatarium, l. 1. s. de jectur, unde vi, & l. 1. s. si vir, de acquir. possess. nec vero jus civile, quo prohibetur donatio inter virum, & uxorem efficere potest, ut possessio utilis sive naturalis, quæ facti est potius, quam juris, volente donatore non transferatur in donatarium. Itemque non potest efficere, ut donatarius non censeatur esse bonæ fidei possessor, qui volente domino possidet, volente domino, & deferente possessionem. Et hujus rei, id est, translatae naturalis possessionis effectus ii sunt, primum, ut donatarius, cui conjunx prædium donavit, fructus manu factos suos faciat, vel cui conjunx servum donavit, ut quidquid is servus acquirit, ei acquirat, l. fruct. 45. de usur. l. 17. b. 1. Denique quod initio hujus legis ostenditur, si donator poenitentia actus res donatas, quæ exstant, vindicet, ut donatario invito eas ipsas res extorquere non possit, sed liberetur donatarius præstando earum rerum justum pretium, retinendo res, quia, inquit (est ratio elegantissima) causam possidendi uxori donatio præstitit: ergo voluntas mariti, qui donavit uxori: nec ea igitur res uxori temere avelli potest: sed si rem donatam reddere nolit, æstimatio, ut ait, faciendæ est justo pretio, non quanti actor, id est, maritus in litem juraverit, id est, non quanti juratus eam rem æstimaverit. Denique æstimatio ejus rei faciendæ est suo pretio, non pretio, quod juratus actor indicaverit. Et hæc quidem æstimatio, si præstita sit actori, emptioni venditioni similis est, l. iis æstimatio, pro emp. l. si propter, rerum amor. Et ideo cavere actor possidenti debet, cavere maritus uxori debet de evictione, non dupli quidem, ut ait, sed simpli tantum, quantum revera ea res est. Quæ omnia in hac specie singularia sunt: Namque alias regulariter possessor, qui rem non restituit actori, tanti damnatur, quanti actor in litem juraverit, nec satis est, si offerat justum pretium, l. qui restituere, de rei vindic. Ac præterea actor nihil ei cavere debet de evictione, l. 35. s. pen. eod. tit. Et in hac specie ejus juris singularis sive specialis, nimirum, ut res uxori à marito donata æstimetur justo pretio, non quanti maritus juraverit in litem, & ut maritus accepto justo pretio caveat uxori, quasi emptrici de evictione, hæc est, quam retuli ante, quia causam possidendi donatio, & propensa voluntas mariti præstitit uxori. Ideoque satis abundeque esse debet marito, si ei solvatur justum pretium, si modo, & ipse uxori caveat de evictione in simplum, non in duplum, ut fieri in aliis emptionibus solet: ne scilicet tam asperè, tam acerbè hæc res transigatur inter maritos, inter virum, & uxorem. Altera pars hujus legis est facillima, si sponsus alienum anulum, &c. Inter sponfos donatio valet omnimodo: hoc est certissimum, l. 27. hoc tit. inter maritos non valet. Nunc fingere: sponsus sponsæ anulum, qui alienus erat, non suus, muneri misit, eoque illam forte subarravit, ut loquuntur. Adhælmus de laudibus virginibus: Anulo, inquit, subarratam sortitur virginem. Et Julius quoque Solinus de Thracum uxoribus, quæ, inquit, præ cæteris specie valent, subarrari volunt. Et ita in emptione venditione arræ nomine anulus dari solebat, l. ex empto, s. ego illud, de act. emp. l. 5. si ei, quem, de instit. act. In sponsalibus quoque ex utraque parte deponi annuli solent, l. 17. s. ult. de præsc. verb. Plinius 33. cap. 1. illo loco, ad sponsones anulo exsistente. Et Juvenalis 6.

Et digito pignus fortasse dedisti.

Demosthenes quoque πρὸς πανταίνετον proponit sponsionem ita factam, φρε, τὸν δακτύλον λάβει. Planudes in Αἰσώπο: ἢ καταφωρεῖ τὰς δακτύλους γὰρ συνθήκας ἐξεδίδουσαν. Et ita

ut dixi in hoc §. proponitur, sponsum sponsæ anulum muneri misisse, sed alienum, non suum, & post nuptias contractas, ut factum corrigeret, pro annulo alieno, suum dedisse, pro annulo alieno, quem donaverat ante nuptias, suum dedisse, an donatio valet, quasi facta inter maritos, nimirum post nuptias contractas? imo valet, ut eleganter ait Paulus: quia eo modo facta donatio ante nuptias confirmati videtur, non nova inchoari, id est, non nunc videtur anulum donare uxori, sed donasse olim ante nuptias: & ideo maluit dicere eum pro alieno annulo, quem in sponsalibus donaverat, suum dedisse, dedisse, non donasse. Et hoc quoque belle confirmari potest ex l. 5. in prin. b. t. Restat ut exponamus l. 23. & 25. solut. matr. quemadm. dos pet.

Ad L. XXIII. Sol. matrim. Et si quid in eam dotem impensum est, nec à muliere reddetur, per doli mali exceptionem servabitur.

Lex 23. pendet ex proxime superioris §. ultimo, in quo quod scriptum est, idem hoc quoque libro Paulum scripsisse reor. Si mulier libera per errorem nupsit servo homini, & dotis nomine ei dederit aliquid, certum est, neque nuptias, aut matrimonium, neque dotem esse: cognitio tamen errore, & peracta forte de statu illius hominis liberali causa, privilegium exactionis, quod iuxta uxor habet in actione de dote, quam repetit soluto matrimonio, nempe ut præferatur omnibus aliis creditoribus mariti, etiam anterioribus, idem privilegium, aut quasi privilegium, ut loquitur d. §. ult. & hæc mulier habebit in actione de peculio quasi de dote, quam contra dominum ejus servi habet, ut ille §. ult. indicat satis aperte, & l. 3. C. eod. tit. id est, præferetur cæteris omnibus creditoribus peculiariis in exigendo eo, quod vice dotis servo dedit, quem existimabat sibi esse justum maritum: præferetur, inquam, cæteris omnibus creditoribus peculiariis, non tamen domino, si quid is servus domino debeat, quandoquidem dominus ante omnes alios quoscunque creditores etiam privilegarios deducit ex peculio semper, quod sibi debetur: privilegium deductionis, quod dominus habet, quo cum agitur de peculio, superat & supereminet omnia alia privilegia, l. ex facto 52. de pecul. quia & id jam ante de peculio dominus detraxisse intelligitur. Et hoc tamen ita procedit, ut si exstent res, quas veluti in dotem dedit, vel si exstent res, quæ ex ea pecunia, quæ dotalis videbatur, comparatæ sunt, quæ etiam quasi dotales esse videntur, l. 54. de jur. dot. mulier reddantur, ut ex res, quæ exstant omnimodo atque confestim, nulla domini, vel aliorum habita ratione, quæ est sententia §. ult. Optima ratione, quia & ex res, quas dedit, vel res, quæ ex pecunia quasi dotali comparatæ sunt, in dominio mulieris permanfisse videntur, nec unquam fuisse in peculio, l. 3. de pecul. Sunt ergo extra rationem peculii: Et iis consequenter, atque similiter, nunc additur in l. 23. retentiones, quæ fiunt ex dote, contractis justis nuptiis, ac postea dissolutis, quæ fiunt scilicet in judicio rei uxoriæ, sive de dote ob impensas, quas maritus fecit in res dotales, easdem retentiones, & in specie proposita posse dominum inducere, & servare impensas, quas fecit servus in res, quæ dotales videbantur. Dominus, inquam, si quasi de dote conveniatur actione de peculio, conventus quasi de dote, de peculio, peculio tenus, quas impensas in res quasi dotales servus fecit, putatius maritus eas servabit, ut ait, per exceptionem doli mali, indistincte, sive necessariæ fuerint impensæ, sive utiles, ut l. 42. §. 1. h. t. per exceptionem doli mali, inquit, quæ scilicet opponitur, vel quæ inest bonæ fidei iudicii etiam non opposita, & suppletur officio iudicis. Ergo & quæ inest iudicio dotis, l. 21. sup. & non tantum iudicio dotis, sed & iudicio quasi dotis, ut in hac specie de peculio: nam utrumque iudicium ejusdem juris, & potestatis est, sicut actio directa, & utilis dicitur ejusdem juris esse, & potestatis, & eundem effectum habere, l. actio 47. de negot. gest. sicut iudicium tutelæ, & protutelæ ejusdem potestatis est: utrumque bonæ fidei, quod indicat satis aperte l. 1. §. in protutelæ, & l. pen. de eo, qui pro tut. vel cur. neg. pup. &c. Sicut item privilegium etiam in hac spe-

specie, & quasi privilegium, utrumque idem potest, idemque efficit. Denique eadem est ratio dotis, & quasi dotis, & utriusque iudicium idem, nempe utrumque bonæ fidei, adeo ut insit utrique exceptio doli mali, nec eam opponi, vel in iudicium deduci, aut allegari necesse sit. Et sic etiam proculdubio in *l. hered. 50. de petit. heredit. doli exceptione*, id est, doli exceptione, quæ tacite inest petitioni hereditatis, in qua nominatim dicitur in *l. plane 38. eod. tit.* non desiderari exceptionem doli mali, quod semper suppleatur officio iudicis, & iudicii ipsius, quod est bonæ fidei potestate, quia nihil est bonæ fidei contrarium magis, quam dolus malus: ergo ubi quid dicitur fieri per exceptionem doli mali, ne existimes semper id fieri per exceptionem, quam opponat adversarius, sed id fieri per exceptionem tacitam, quæ iudicio inest: nec igitur opponenda est exceptio, nisi nominatim dicatur opposita, vel posita exceptione doli mali. Et hæc sufficiunt ad *l. 20.* Transeamus ad *l. 25.* cuius initium est satis difficile.

Ad *L. XXV. eod.* Si filiosfamilias dos data sit injussu patris: de peculio quidem ageatur. Sed sive propter impensas à filiosfamilias factas, sive propter res donatas à filio, vel amotas ab uxore res peculiares: hoc ipso quod habet actionem pater ex persona filii, majus peculium sit. Et sic totum est præstandum mulieri, quod est in peculio. Quia adhuc sit, quod uxori debeat.

Ad §. Maritum, in reddenda dote de dolo malo, & culpa cavere oportet. Quod si dolo malo fecerit, quo minus restituere possit: damnandum eum, quanti mulier in litem juraverit: quia invitis nobis, res nostras alius retinere non debeat.

Ad §. Si post divortium res dotales deteriores factæ sint, & vir in reddenda dote moram fecerit: Omnimodo detrimentum ipse præstabit.

Ad §. Si qui dotalium servorum in fuga erunt: cavere debet maritus, se eos viri boni arbitrato persecuturum, & restitutum.

Ad §. Si vir in quinquennium locaverit fundum, & post primum forte annum, divortium intervenerit, Sabinus ait, non fundum alias mulieri reddi oportere, quam si caverit, si quid præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id se præstaturum iri: sed & mulieri cavendum, quicquid præter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restitutum.

SI filiusfam. qui ut oportet, jussu patris uxorem duxit, dotem acceperit injussu patris, recte acceperit, quia non ut in contrahendo matrimonio, ita & in dote accipienda, sicut & in contrahendo quolibet alio negotio, præterquam in adeunda hereditate, non inquam, requiritur jussu patris. Non poterit autem in hoc casu, quum filiosfamil. dos data est injussu patris, soluto matrimonio cum patre mulier in solidum agere actione de dote, perinde atque si jussu ejus filiusfam. dotem accepisset: si jussu ejus, ageret in solidum: sed quia injussu ejus filiusfam. dotem accepit, actione de dote pater tenetur de peculio duntaxat, quia videtur ad eum dos pervenisse, penes quem peculium fuit, *l. 22. §. pen. & l. 53. hoc tit. l. si filio nupta, §. 1. fam. ercisc.* Pater tenetur de peculio duntaxat: addendum, teneri etiam eum, si quid dolo ejus capta fraudataque sit mulier, *l. 5. in princip. l. 36. de pecul. l. 1. §. filiosfamil. depos.* Et ideo, si res dotales pater penes se habeat, ita ut restituere eas mulieri possit, nec velit restituere, quia dolo malo fecit, hoc casu tenetur in solidum, quanti ea res est, quantique mulier in litem juraverit: alioquin tenetur de peculio duntaxat. Et qui præcipuus est locus ejus legis, in peculio computabitur etiam id, quod mulier debet patri, quondam socero suo ob impensas, quas filiusfam. in dotem fecit, vel ob res mulieri donatas à filiosfamil. vel ob res amotas ex peculio filiosfamil. nam in peculio sunt non tantum corpora, sed etiam nomina debitorum, *l. 7. §. in peculio, de pecul.* ergo & nomen mulieris, quæ agit de peculio. Denique agendo de peculio, & de nomine suo agit, quod scilicet ipsa debet patri ex persona filii, qui patri quæsitivam obligationem ob impensas, vel ob res donatas, & amotas. Unde (exemplo enim opus est) si in dote sint mille, & in peculio computatis iis, quæ mulier debet ob supradictas causas, sint sex;

Tom. II. Post.

Acenta, integra sexcenta pater mulieri præstabit, quia, inquit, ut scilicet sic est interpretandum illud quia, ut scilicet. posita est species, utque verbis legis convenienter ponenda est, adhuc præstitis sexcentis mulieri satisfactum non est, cum ex dote supersint 400. quæ ei debentur. Ac plane tunc totum, quod est in peculio præstandum est ei, qui agit de peculio, quum plus ei debetur, quam sit in peculio, vel quod addere licet, quum tantum ei debetur, quantum est in peculio. Sic vero sit, ut plus consequatur mulier actione de peculio, quam consequeretur, si id, quod ipsa debet patri ex persona filii, non computaretur in peculio. Fac eam debere 300. ac præterea in peculio esse 300. non computato suo nomine, non consequeretur nisi 300. Imo nihil omnino consequeretur, quatenus licet patri cum illis 300. quæ sunt in peculio compensare alia 300. quæ mulier ei debet ex persona filii. Sed nec hujus, nec cujusquam alterius compensationis, quam objiciat, vel pater, vel mulier, quod tamen miror somniasse Doctores, ulla hoc loco mentio fit. Et pessime glossa, præstandum, interpretatur compensandum, quam & alii sequuntur. Sic nostri auctores abuti verba non solent. Præstatur enim revera totum id, quod est in peculio, quum mulieri plus debetur dotis nomine, quam sit in peculio: vel quod, ut dixi, addere licet: quum tantum ei debetur, quantum est in peculio, ergo & id, quod mulier debuit, præstatur perinde atque si id pater ab ea exegisset. Quod & hic Cyrillus notat Græcus interpres: exstat liber editus 28. Basil. nimirum notat, id quod mulier debuit. si pater prior exegerit, rursus conventum actione de peculio, ei reddere debere, quod & id ipsum sit in peculio. Aut igitur, ut concludamus, totum, quod est in peculio pater mulieri præstatur, in hac specie, aut quod in æquo est, id mulier patri acceptum fert.

AD §. Maritum. Sequitur in hoc §. maritum, in rebus dotalibus, non tantum dolum, sed etiam culpam, levem scilicet præstare: non tantum dolum, sed etiam negligentiam, aut incuriam, *l. 18. §. 1. sup. & l. pen. in princ. inf.* ubi adfert elegans exemplum ex veteri memoria, de Licinia uxore Gracchi, cujus res dotales perierant in seditione, qua Gracchus occisus est, quas res Publius Mutius censuit heredes Gracchi Licinix præstare oportere, quod culpa Gracchi ea seditio commota fuisset. Et hac quidem ratione, ut Paulus ait hoc loco, in dote reddenda, in rebus dotalibus reddendis maritus cavere mulieri debet de dolo malo, & culpa, videlicet se nihil in ea re dolo malo, vel culpa fecisse, quo minor, aut deterior ea res esset. Hoc est apertissimum. Quod si maritus, cum haberet facultatem restituendarum rerum dotalium, eas restituere noluit, conventus actione de dote, quæ contumacia plane dolus est, & malitia mala, *l. 36. in fine, de pec.* vel quod in æquo est, si dolo malo fecit maritus, quo minus eas res restituere possit, si dolo malo eas res deserit possidere, quoniam pro possessore habetur, æstimatio earum rerum facienda est, & præstanda non justo pretio, ut in *l. 36. de donat. inter vir. & uxor.* quam exposuimus supra, sed quanti mulier sine ulla taxatione in immensum juraverit, ut sit in rei vindicatione, *l. qui restituere, de rei vindic.* & in plerisque aliis iudiciis. Et addit Paulus elegantissimam rationem, quia, inquit, invitis nobis res nostras alius retinere non debeat. Impune scilicet, quæ ratio sic aliter effertur in *l. 9. rer. amot.* quia non est æquum, invitum res suas vendere alio pretio, etiam si id verum iustumque sit pretium, quam quod ipse fecerit, & indicaverit pro animi sui affectione, saltem juratus. Et in *l. nec quasi, de rei vindic.* non esse æquum, ut sit in potestate cujusquam possessoris rei alienæ, veluti per rapinam invito domino, rem injusto pretio comparare, non pretio, quod dominus ipse fecerit, & posuerit. Et ita æquissimum est plecti dolum ejus, qui rem alienam non restituit, quum restituendi facultatem habet, vel dolo malo desit habere: æquum, inquam, est, ut dolus ejus plectatur jurejurando in litem, id est, re æstimata jurejurando domini, jurejurando actoris, etiam si æstimetur in immensum: culpa non ita plectitur, quoties culpa desit rem possidere, iudex enim rem æstimat justo pretio, *l. in est. de in lit. jur.* Sed quum dolo malo desit rem possidere,

Na

domi-

dominus ipse rem æstimat suo arbitratu, juratus tamen.

A *D. §. Si divortium.* Ad hæc subjicit Paulus, etiam maritum, qui nihil dolo malo, aut culpâ fecit, vel admittit in rebus dotalibus, quo res dotales deteriores fierent, si soluto matrimonio interpellatus congruo loco, & tempore moram fecerit in rebus dotalibus mulieri restituendis, præstare eum omne periculum, si post moram res dotales perierint, aut deteriores factæ fuerint, *§. si post divortium.* Quod servatur similiter in judiciis omnibus, ut rei preceptæ post moram periculum respiciat reum, *l. si ex legati caus. de verb. obl. l. cum res, §. ult. de leg. 1. l. venditor, de ber. vend. l. 16. §. ult. & 20. & 23. de constit. pec. & in multis aliis locis.*

A *D. §. Si qui.* Subiicit, etiam si servi dotales sine culpa, viri scilicet fugerint soluto matrimonio, cavere maritum uxori debere de eis persequendis, perquirendis: suis, ut opinor, sumptibus, quoniam ibi dotem reddere debet, ubi accepit: de eis, inquam, persequendis viri boni arbitratu, perquisitione adhibita rationabili, deque iis, ubi reperti fuerint, mulieri restituendis, aut æstimatione eorum, ut in *l. cum servus, & l. servo, §. ult. de leg. 1. l. 14. §. quatenus, de eo, quod met. caus. l. redhibere, §. ult. de ædil. ed.* Frequens est hæc cautio. Hac vero cautione tantum oneratur maritus, quia non præstat casum fortuitum, & fuga servorum, qui scilicet custodiri non solent, calibus fortuitis adnumeratur, *l. in reb. commod. l. contractus, de reg. juris.* Restat adhuc explicandus *§. ult.*

A *D. §. ult.* In quo proponitur vir fundum dotalem locasse in quinquennium: locare potest, non alienare: locatio non est alienatio, *l. non solet, loc.* locare, inquam, potest, vel eo maxime, quod fructus dotis ad eum pertinent pro oneribus matrimonii, & fructus est locare licere. Proponitur ergo vir fundum dotalem locasse in quinquennium, sicut olim plerumque locationes omnes fiebant in quinquennium, per singula lustra, ut constat ex *l. 4. §. pen. de reb. cred. & l. qui per collusionem, de act. emp. & multis aliis locis in tit. loc.* Proponitur item post primum annum locationis divortio solutum esse matrimonium, & ostenditur mulieri reddito fundo dotali, posse eam colonum sive conductorem expellere, nec locationi à marito factæ stare compelli, cum ipsa nihil cum colono contraxerit, gesseritve. Verum mulieri agenti de repetitione dotis, non aliter fundum à marito, si rerum suarum sit attentus & diligens, reddi oportere, quam si mulier ei caverit, se passuram colonum frui conductione, ut in *l. 1. §. ult. de dote præleg. se passuram colonum frui, perfrui conductione annis quatuor sequentibus; aut si secus fecerit; si colonum ejecerit, quanti præter primi anni locationem ob eam rem maritus colono damnatus fuerit, tantum marito à se præstatum iri, vel ut loquitur *lex 55. hoc tit.* periculum omne marito amotum iri, indemnem damno omni maritum servatum iri: quoniam si forte colonum mulier expulerit, & prohibuerit frui conductione fundi, colonus adversus maritum actione ex conducto experiri potest, eumque damnare, quanti sua interest conductione perfrui: Et vice versa, si mulier patiatur colonum conductione perfrui, maritus revocare ei debet pensiones sequentium annorum, quas ipse perceperit, quoniam ipsi competit actio ex locato pensionum nomine, non mulieri, quæ nihil cum colono contraxit, eas, inquam, pensiones se mulieri restitutum, quoniam æquum est, ut pensiones ferat mulier, quæ patitur colonum conductione perfrui. Et hoc genere locatorem servat indemnem: Et hæc est sententia hujus *§.* Puto autem idem eodem modo esse servandum in emptore, qui fundum emerit ab eo, qui eundem fundum ante alii ad certum tempus locaverat: nam emptori etiam colonum expellere licet, nisi ea lege, & pactioe emerit, ut servaret locationem à venditore factam, *l. si merces, §. 1. loc. l. 9. C. eod. tit. l. arbores, §. 1. sup. de usuf. quæ pactio semper intervenisse fingitur favore fisci, videlicet fisco vendente fundum alii locatum, l. ult. de jure fisci.* Itemque nisi conductori fundus, vel ædes locationis nomine specialiter, aut generaliter obligatæ sint,*

A quia tunc conductor habet jus in re, id est, hypo. h. cam, nec expelli ab emptore potest ante conductionis tempus, ut recte Bartolus sentit in *d. l. 9.* Et hoc jure utimur, alioquin emptor colonum, aut inquilinum expellere potest, nec præstare tenetur, ut fruatur colonia, vel habitatio, sed quia expulsus conductor regressum habet adversus locatorem, qui fundum locatum intra tempus conductionis vendidit, id est, quia in eum habet actionem ex conducto in id, quod interest, merito audietur venditor si intendat, non alias se prædium venditum agenti ex empto emptori tradere oportere, quam si emptor sibi caverit de indemnitate, puta quod ab emptore expulso conductore, & prohibito frui, locator, idemque venditor conductori præstiterit, id emptorem venditori præstaturum: eandemque rationem servari æquum est, si fundus alii jam ante locatus, vel ejusdem fundi usufr. postea à locatore alii testamento legetur, testamento relinquatur, per legatum, aut fideicommissum: Nam etsi colonum expellere legatarius possit suo jure, cum id specialiter exceptum non est, nec colonum expelleret, *d. l. arbores, §. 1. qui fundum, loc. cond.* tamen quia expulsus à legatario colonus cum herede locatoris habet ex conducto actionem, quod ei frui non liceat, non aliter cogitur heres legatario fundum præstare, quam ei cautum sit de indemnitate præstanda, aut de locatione servanda, quoad exierit locationis tempus, quo genere extorquet pactioem à legatario, ut vel paciscatur se locationem servaturum, vel indemnem damno heredem præstaturum. Eadem quoque ratio, & æquitas exemplo emptionis servabitur, si dominus, qui fundum locavit, postea eundem fundum, vel ejusdem fundi usufr. alii stipulanti promiserit, quia & hoc casu stipulator colonum repellere potest, si id non fuerit specialiter exceptum, *d. l. arbores, §. 1.* Verum non aliter promissor compellitur fundum, vel fundi usufr. stipulatori tradere, vel cedere, quam si ei, ut supra, cautum fuerit de indemnitate. In his omnibus casibus eadem ratio, & æquitas valet. Aliud tamen dicendum est, si qui habet usufr. fundi, usufr. alii locaverit, & moriatur intra tempora locationis: nam proprietarius, ad quem usufr. redit, colonum expellere potest, nec necesse habet heredi fructuarii cavere de indemnitate, quia finito usufr. morte fructuarii, heres ejus, in quem usufr. non transit, non tenetur conductori, ut frui præstet, *l. 9. §. 1. loc. cond.* quia defunctus jus tantum, quod habuit, locavit, quod sui natura cum anima ejus interiit: proprietatem fundi non locavit, sed usufr. Locationem proprietatis heres locatoris servare debet omnimodo, *l. qui fundum, loc. cond.* non locationem usufr. non item locationem fundi dotalis morte mariti soluto matrimonio. Hanc quoque locationem heres mariti servare non debet. Et recte Dorotheus, sive qui scripsit τὸ πλῆτος βασιλικῶν, in *l. 65. de jur. dot.* maritum ait, in rebus dotalibus esse instar usufructuarii, quod & hoc loco obiter Fulgosius scripsit, eaque ratione servum dotalem marito acquirere ex duabus tantum causis, ex re mariti, & ex suis operis. At si servus dotalis heres instituitur, vel quid ei legetur, aut donetur, non aliter id marito acquirit, quam si contemplatione mariti relictum, vel donatum sit, non etiam si contemplatione mulieris, vel ipsius servi exemplo fructuarii. Quod ostenditur in *l. 21. & 22. de usufr. l. aditio, de acq. hered. & d. l. 65.* Eodem exemplo dicimus: morte mariti soluto matrimonio, heredem ejus non teneri ei, qui à marito fundum dotalem conduxit, non teneri ut præstet frui licere, quia maritus locavit quasi maritus, non quasi dominus. Qua de causa, & de matrimonio soluto divortio agitur in hoc *§. ult.* non de matrimonio soluto morte mariti: Nam etsi divortio factò æque fundus delinat esse dotalis, atque morte mariti: tamen divortio factò maritus vivit, qui cum conductore miscuit contractum locationis, quique non debuit sine cautione fundum mulieri restituere. Sic igitur concludamus: locatio transit in heredem locatoris, sicut conductio in heredem conductoris, *§. ult. Instit. de loc.* videlicet si dominus, quis, aut tanquam dominus fundum, vel ædes locaverit: non si locaverit quasi usufructuarius, vel quasi maritus, qui usufructuario comparatur: Nam qui ita locaverit, locatio-

cationem non transfert in heredem suum, id est, heres ejus non succedit in obligationem locati conducti: quod valde notandum est. Ad hæc quod quærunr Doctores hoc loco, an locationem à tutore factam, finita tutela intra tempus locationis, pupillus servare teneatur? facile expediri potest, quia ipse pupillus locasse videtur, cujus locum tenuit tutor, l. 27. de admin. tut. l. ad ea, de reg. juris. Et pupilli maxime interest servari tutoris administrationem, l. 12. §. 1. de admin. tut. alioquin nemo cum tutoribus pupillorum contrahere vellet. At emptor, & mulier, & legatarius, & propriarius, de quibus ante dictum est, qui conductorem expellere possunt, neque locationem fecerunt, neque fecisse videntur, aut videri possunt. Et eorum plerumque interest non servari locationem à venditore, vel marito, vel testatore, vel usufructuario factam. Itaque harum personarum causa maxime distat à tutoris, & pupilli causa. Et hæc sufficiunt ad hunc §. Restat ex hoc libro l. 4. & 10. tit. seq. de impens. in res dot. fact.

Ad L. IV. de Impens. in res dot. Et in totum id videtur necessarii impensis contineri: quod si à marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris inseruerit, eas impensas fieri. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, et si res male gesta est: non factarum ita, si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur. Si non fecerit, deusta ea, nihil præstabit.

Quia impensæ necessario in dotem factæ à marito ipso jure dotem minuunt, ut vulgo jactari passim dicunt auctores nostri, & soluto matrimonio mulieri, quæ de dotis repetitione agit, reputantur: ideo Paul. in l. 4. hujus tit. generaliter definit, necessarias impensas esse, quas si non fecerit, si omiserit maritus, culpæ nomine mulieri damnatur, quanti mulieris interfuit eas impensas fieri, ut si ruinosas ædes dotales non refecerit, vel non fulserit, quæ ob id factæ sint deteriores: nam & culpam maritus præstat in rebus dotalibus, l. 25. §. 1. tit. prox. sup. & culpæ nomine damnatur à iudice, vel arbitro rei uxoriæ. Verum exigimus, ut ob non factas impensas necessarias, res uxoria, sive dos minor, aut deterior, aut nulla facta fuerit, ut eo nomine uxori maritus condemnatur, alioquin non condemnatur: exempli gratia, si ruentem domum non fulserit, & ob id domus collapsa sit, tanti damnatur, quanti interfuit mulieris domum fulciri: sed si domus casu majore deusta fuerit, non damnatur, quia non negligentia mariti, non culpa mariti id contigit, sed vi majore, ira divina, vi divina, ut vocant. Denique, ut eleganter Paulus ait in hac l. 4. Non factarum impensarum necessariorum ratio habetur, repositurque à marito, sed ita demum, si ob id res male gesta sit. Et alia est causa factarum impensarum necessariorum à marito in res dotales, ut si ruentem domum dotalem fulserit, si servum dotalem ægrum curaverit: has enim impensas maritus reputat uxori, etiam si res male gesta sit, id est, etiam si eventus harum impensarum male successerit, ut si postea domus deusta fuerit, vel si servus post longam curationem nihilominus obierit: sicut fit, & observatur etiam in iudicio negotiorum gestorum, l. sed an uliro, §. 1. & l. si ve hereditaria, de neg. gest. & in iudicio de in rem verso, l. 4. §. unde res, de in rem verso. Et hæc de impensis necessariis. Utiles autem impensæ sunt, quibus omisissis deterior dos non fit, factis autem fructuosior fit, & melior. Et hæc quidem impensæ non minuunt dotem ipso jure, sicut necessariæ, exactorem tamen, & deductionem pariunt, l. 7. & l. 8. hoc tit. Et in hisce impensis utilibus Paulus l. 10. ostendit.

Ad L. X. eod. Quod si heres, in quibus impensæ factæ sunt, promercales fuerint, tales impensæ non voluptuariae, sed utiles sunt.

Aliquando connumerari impensas, quæ alias voluptariis impensis adscribi solent, quæ nulla re urgente, id est, nulla necessitate, nullo lucro urgente, sed voluptatis tantum, aut amoenitatis causa fiunt: ut si quædam sint vasa

Tom. II. Post.

dotalia, quæ maritus stagnaverit, incrustaverit, quod dicimus, vernir ou estimer, vel quæ picturis, aut calaturis ornaverit, videntur esse voluptariæ impensæ, & plerumque tales esse existimantur: sed si ea vasa in promercio fuerint, si promercalia, id est, mercimonia fuerint, hæc erogatio utilibus impensis non voluptariis adscribitur, quia sic ornata vasa facilius, & carius veneunt: exigi igitur, & deduci possunt apud arbitrum rei uxoriæ: voluptariæ impensæ non parent exactorem. Et hinc valde notandum est, res mobiles in dotem datas, sive æstimatas, sive inæstimatas, nihil refert, vendi posse, & quanti venerint id in dote esse, & soluto matrimonio reddendum esse mulieri.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXVI. Solut. matr. Semel mora facta, si servum dotalem postea, offerente marito, mulier accipere noluerit, & ita is decesserit, non debet pretium ejus maritus, vel heres ejus, ne damnum sentiat, quod postea, offerente eo, mulier accipere noluit.

Ad L. XXII. de Usur.

LIBER XXXVII. Pauli ad edictum pertinet etiam totus ad causam dotium, & est præcipue, atque insigniter de mora, quæ fit in dote reddenda, vel recipienda, & de rebus amotis ab uxore divortii causa, & de retentione, quæ fit ex dote ob res amotas, vel ob mores mulieris graviore, aut ob leviores. Ac primum dicendum est de mora, quam vel maritus facit in dote reddenda, vel uxor in dote recipienda, de qua re est l. 26. solut. matr. à qua incipiam, cui coaptabuntur l. 22. & 24. de usuris, & l. 49. de verb. oblig. quæ omnes sunt ex hoc libro. In quo occasione hujus quæstionis de mora, quæ fit in dote danda, vel recipienda, latius Paulus tractavit de mora. Et quæ habentur omnia in supradictis legibus, ad hanc quoque moram, quæ fit in dote reddenda, vel recipienda aptari possunt. Primum vero proponitur in l. 26. solut. matr. maritum semel fecisse moram in reddendo servo dotali sufficere, ut l. Titia Sejo, §. usuras, de leg. 2. moram, inquit, semel intervenisse satis est, puta semel interpellatum debitorem non paruisse, non cavisse, non solvisse: nec plures interpellationes desiderantur, ut debitor moram fecisse videatur. Sufficit una interpellatio, quæ fiat congruo loco, & tempore, & quæ fiat testato, id est, adhibitis testibus, & quæ postea non remittatur. Quod adeo verum est, ut etsi mortuus sit is, qui semel fecit moram, in personam heredis ejus, interpellationem repeti necesse non sit, l. 27. de usuris. & sicubi in jure proponitur sæpius, interpellatum debitorem, ut in l. qui Romæ, §. coheredes, de verb. oblig. non ideo sequitur semel factam interpellationem, moramve non sufficere. Ponitur enim sæpius interpellatum debitorem, non quod interpellari eum sæpius necesse sit, sed quod ita id evenit in ea specie, instantia quidem post interpellationem ut perseveret necesse est, l. mora, de usuris. Non etiam, ut iterum cogantur testes, & repetatur interpellatio, fiatque solemniter: instantia, non est instantia, nisi sit frequens, & assidua, l. 1. de libel. dimiss. At unica, & simplex interpellatio, idonea interpellatio est, & parit moram, si qui interpellatus est, interpellationi non satisfecerit: purgari quidem ea mora ab ipso debitore, qui fecit, postea potest: purgatur mora, quam debitor fecit semel, emendatur, extinguitur postea obligatione rei, pecuniæve debitæ facta congruo loco, & tempore, l. interdum, §. ult. l. si servum, §. sequitur, de verb. oblig. l. 17. de consil. pecun. l. qui decem, in pr. & §. 1. de solut. l. 20. §. pen. de pignorat. act. Et ita purgata, & extincta mora debitor periculo liberatur, in quod se per moram conjecerat. Et ita in specie hujus l. 26. si vel semel maritus fecerit

N n 2

mo

moram in reddendo seruo dotali, & postea seruus dotalis moriatur suo fato, periculum pertinet ad maritum, *l. prox. §. si post. sup.* Et ideo pretium servi mortui mulieri præstare debet ipse, vel ipsius heres. Sed si post moram, quam fecit in reddendo seruo dotali, poenitentia actus servum obtulerit mulieri re integra, id est, ante litem contestatam iudicio dotis, eumque servum sine iusta causa mulier accipere recusaverit, ac deinde seruus moriatur sine dolo malo mariti, non addo *vel sine culpa mariti*: quod addidit glossa contra manifestam sententiam *l. 9. huius tit.* quæ dicit, post moram factam à muliere in dote recipienda, dolum malum dumtaxat maritum præstare, non etiam culpam. Ergo si post moram posteriorem mulieris seruus dotalis moriatur sine dolo malo mariti, periculum pertinet ad mulierem, maritus omnimodo liberatur, quia eo tempore mortuus est seruus, quo iam erat extincta prior mariti mora, & posterior mulieris mora mulieri soli nocet, ut *l. illud, de peric. & comm. rei vend.* Et consequenter, maritus, vel heres ejus pretium servi præstare mulieri non debet: Nam quæ seruum dotalem accepit in æquo est, quæque quo minus acciperet, moram fecit, *l. 30. de usufr. leg.* Mora contrahitur non tantum ex parte debitoris, sed etiam ex parte creditoris. Et brevis, mora est culpa non respondentis ad interpellationem opportunam creditoris, vel debitoris: vel sic, mora est contemptio opportune interpellationis: vel sic, mora est injusta dilatio solvendi, vel accipiendi crediti: tractum nomen à Græco *μῶρα*, mutato in *e*, ut *γεῶμα* agrimenforibus tractum à *γῶμα*: dico *injusta dilatio*, exclusam enim volo justam dilationem, justam cessionem, & ut ita dixerim, justam moram, ut interpellatus debitor modicum intervallum sibi dari possit, quo amicos roget, & adhibeat, qui nomen expediant, vel qui pro te præstanti die fidejubeant, *l. 21. de usuris*, si modo, ut ex hoc libro Pauli statim additur in *l. 22.* id ipsum debitor non sineret fraudandi causa, sive frustrandi causa, ut Græci, *ἡμετέρας μῶρας χέειν*. Iusta est etiam differendæ solutionis ratio, si interpellatus debitor optima ratione, si iuste ad iudicium provocet, nimirum habens justam causam litigandi cum creditore, & refugiendæ solutionis, veluti dicens, se tutum esse exceptione peremptoria, vel se habere retentionem dotis, quæ repetitur, vel retentionem Falcidie petito legato, ut *l. 3. hoc tit. de usur.* Hoc enim casu, ut ex hoc ipso libro Pauli refertur in *l. 24. eod. tit. de usur.*

Ad L. XXI V. de Usur. Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit: non videtur fecisse moram. Vtique si iuste ad iudicium provocaverit.

Ad §. Cum reus moram facit, & fidejussor tenetur.

Ad §. Mora videtur creditori fieri: sive ipsi, sive eis, cui mandaverit, sive ei, qui negotia ejus gerebat mora facta sit. Nec hoc casu per liberam personam adquiri videtur, sed officium impleri. Sicut cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens: manifesti furti actionem mihi parat, item cum procurator interpellaverit promissorem hominis perpetuam facis stipulationem.

Qui moram solutioni facit, moram fecisse non videtur si iudicium accipere paratus sit: & hæc mora non est mora, inquit, quæ debitorum subjiciat periculo, quæve obligationem perpetuet, perpetuam faciat. Et eodem fere modo, eademve figura loquendi in *l. pupillus, de verb. oblig.* moram fecisse dicitur pupillus, qui tamen, ut eadem lex ait, moram nullam fecit. Et hinc vero confecta est illa regula juris, qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere. Sequitur in *d. l. 24.* quum reus moram facit, & fidejussor tenetur. Quod ad causam dotis accommodari potest. Fac soluto matrimonio maritum promississe mulieri, se dotem certa die redditurum, eoque nomine fidejussorem dedisse, fidejussor obligatur, *l. 7. de except. l. si constante, §. quotiens, sol. mat.* & ubi moram semel fecerit maritus, fidejussor statim conveniri potest ex stipulatu. Mora rei principalis fidejussori quoque nocet, & ideo si fidejussor conveniatur, venient usuræ in bonæ. iudicio ex mora rei, id est, ex eo tempore, quo reus fecit mo-

ram, *l. 10. rem pup. salv. fore, l. 5. C. de pass. inter empt. & vend.* videlicet, si fidejussor in omnem causam intervenerit intercesserit, *l. quero, loc. cond.* Ac præterea perpetuatur obligatio fidejussoris, id est, non extinguitur, etiam si res, quæ debetur, pereat post moram rei. Mora rei, & suam, & fidejussoris obligationem perpetuam facit, ut nec interitu rei interire possit, *l. si à colono, §. ult. de fidejuss.* Et huic loco Pauli conjungendum est, quod ex eod. libro Pauli relatum est in *l. 49. de verb. oblig.* in cuius legis initio ostenditur.

Ad L. XLIX. da Verbor. oblig. Cujus filius familias Stichum dari sponderit: & cum per eum stare, quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. At si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est. Quæ omnia & in fidejussoris persona dicuntur.

Ad §. Si stipulatus sum, per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, & fidejussorem accepero, si per fidejussorem steterit, neuter tenetur: si per promissorem, uterque.

Ad §. In hac stipulatione, neque per te, neque per heredem tuum fieri, per heredem videtur fieri, quamvis absit, & ignoret. Et ideo non facit, quod fieri ex stipulatu oportet. Non videtur autem per pupillum stetisse ex huiusmodi stipulatione, si pupillus heres erit.

Ad §. Si promissor hominis, ante diem, in quæ promiserat, interpellatus sit, & servus decesserit: non videtur per eum stetisse.

Emel mora facta à filiofam. in præstando Sticho: verbi gratia, in præstando seruo, quem stipulanti promiserat, si postea servus mortem obierit, ex mora filii patrem teneri actione de peculio: perpetuari patris non minus, quam filii obligationem: mora autem facta à patre solo, non à filio, ex mora patris filium non teneri, imo homine mortuo post moram patris filium liberari; & per consequentiam etiam patrem liberari, qui accessio est principalis obligationis, liberari filio liberato, qui est reus principalis. Ideoque non directa, sed utili de peculio actione patrem teneri, liberari ipso jure: sed non jure prætorio: ex sua enim mora patrem conveniri posse utili actione de peculio. Quod etiam est proditum in *l. mora, §. in bonæ. de usur.* Et hoc cum ostendisset Paulus initio legis *49. sub* jicit, eadem omnia & in fidejussoris persona observari, nempe, ut etiam mora rei fidejussori quoque noceat, ut jam dictum est, non tamen retro etiam solius fidejussoris mora æque noceat reo principali, sed neque ipsi fidejussori per consequentiam summo jure. Denique fidejussori etiam non nocet, quamvis moram fecerit ipse solus, nisi scilicet quatenus utilis actio ex stipulatu in eum danda est, *d. l. mora, in fine, l. mora, de verb. oblig. l. cum quis, §. si quis, de solut.* Excipitur unus casus in *§. 1. d. l. 49.* quo mora, sive factum solius fidejussoris neque reo, neque fidejussori omnimodo nocet, ullo modo nocet, ut puta, si stipuler per te non fieri, quo minus mihi per tuum fundum ire agere liceat: Nam hoc genere stipulationis per te, & c. personam tuam dumtaxat complector, non personam fidejussoris, quem forte dedisti. Et ideo, si fidejussor solus me prohibeat ire agere, tu me non prohibeas, neuter tenetur ex stipulatu: sed si tu me prohibeas, fidejussor quoque tuus tenetur, *l. inter artifices, in fin. de solut.* Non complector etiam hac stipulatione heredem meum, nisi id agi, id est, nisi id me egisse, aut id egisse inter se contrahentes approbetur. Quem tamen heredem meum, si complexus fuero, id est, si dixerò, per te, heredemve tuum non fieri, & c. ut in *§. ult. ejusd. leg. 49.* heres moram facere videtur, etiam absens, & ignorans: moram, inquam, facere ipsa, sine interpellatione. Nam debitor, qui sui copiam non facit, qui non potest interpellari, qui nusquam apparet, ipsa moram facit semper, *l. 27. in fine, de usur.* heres, inquam, moram facit, nisi sit pupillus: pupillus non intelligitur facere moram, *l. 24. de verb. oblig.* Et in extremo *d. l. 49.* additur, quod est certissimum, interpellationem factam incongruo tempore, veluti ante diem, quo servus dari debuit, quod & ad seruum dotalem transferri potest, non facere, non constituere debitorem in mora, nec peremptum post eam interpellationem hominem debitori perire, sed debi-

debitorem omnimodo liberari, quia interpellatio non fuit idonea, pro nulla igitur habenda est. Et nihil est præterea in illa l. 49. At redeamus nunc ad *§. ult. l. 24. de usur.*

Ad *§. ult. Leg. XXIV. de usur.* Ait, moram fieri creditori, moram fieri mulieri repetenti dotem, si malis, tunc ipsi facta sit, id est, ipsa appellante debitorem, sive appellante, interpellante procuratore ejus, aut negotiorum gestore. Mora fit mihi, quæ fit procuratori meo, mandatario scilicet, vel procuratori voluntario, id est, negotiorum meorum gestori: Quod etiam *lex mora inf.* ostendit, illo loco, si denuntiatum est à creditore, procuratoreve ejus. Neque huic sententiæ impedimento est, quod vulgo dicitur, *per liberam personam nobis non acquiri actionem, vel obligationem, l. solutum, §. pen. de pign. act.* Actio nobis acquiritur per eum, qui est in nostra potestate, non per liberam personam, id est, per eum, qui est sui juris: Nam ut eleganter respondet Paulus, procurator, aut gestor, qui interpellat debitorem meum, facitque, ut sit in mora, non acquirat etiam mihi actionem, sed implet officium procuratoris, quod ei injunctum est, vel implet officium amici voluntarii, eoque genere mihi parat, sive præparat *παρασκευάζει*, format, non acquirat actionem, ut *lege 15. de constit. pec. l. 3. quod vi, aut clam, l. 72. de procur.* Sicut etiam, qua comparatione utitur Paulus, amicus, qui me absente, furtum mihi facientem arripit, apprehendit animo gerendi mei negotii, non aliter mihi parat actionem furti manifesti, aut verius, per liberam personam, id est, sui juris, etiam non acquiratur mihi actio, conservatur mihi tamen, ut dicam explicatius, actio, quam habui, quæ alioquin mihi periret, vel præscriptione legitimi temporis, vel interitu rei debitæ, si nemo interpellaret debitorem vice mea. Ex iis sequitur, & moram factam procuratori meo perpetuare obligationem debitoris mei, efficereque, ut non liberetur debitor postea re perempta. Item efficere, ut in judiciis bonæ ufuræ veniant ab eo die, quo procurator, vel voluntarius interpellavit debitorem meum, & in fure deprehenso, quem deprehendit procurator meus, vel amicus meus negotium meum gerens, ut pro actione furti, quam habeo in furem, sed in duplum, quam haberem in furem, & habeo furto admisso, sed in duplum tantum si nemo eum apprehendisset, meo nomine nunc habeam in quadruplum. Conservatur mihi igitur mea actio, sed auctior, meliorque redditur pinguiorve. Et nihil est præterea in l. 24.

Ad L. IX. Rer. amot. *Non enim æquum est, invitum suo pretio res suas vendere.*

Ad L. XXXVIII. de Jurejur. *Manifestæ turpitudinis, & confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.*

Explicata est pars ea libri 37. quæ est de mora, quæ fit in dote danda vel recipienda. Reliqua est pars altera, quæ est de actione rerum amotarum, & de actione de moribus, & de retentionibus ex dote, quæ fiunt ob eadem causas, veluti ob res amotas divortii causa, vel ob mores conjugis graviores, aut leviores. Ac primum quidem sciendum est, res amotas divortii causa à marito, vel uxore, cum divortii consilium iniissent, posse condici à marito, vel ab uxore, qui quæve eas amovit divortii causa, vel ut latine loquar, subripuit, furatus, furatave est. Honestiore verbo utimur inter conjuges, id est, inter eos, qui matrimonio olim juncti fuerunt propter honorem matrimonii. Hoc est temperamentum Jurisconsultorum, ut inter eos, qui hoc fœdere juncti fuerunt, non dicant alterum alteri furtum fecisse, sed alterius res amovisse: non abstulisse, ut ille Dionysius, sed accepisse. Et præterea, ut graviores etiam eorum mores, graviora etiam eorum crimina, etiam adulteria, inter eas personas instituto judicio privato, ut non ea crimina suo nomine nuncupemus, sed vocemus mores. Hujus autem actionis rerum amotarum, qua res condicuntur quondam uxori, vel marito, quas divortii consilio subripuit, idem est jus, eademque potestas, quæ conditionis furtivæ, qua experimur contra alios fu-

res. Denique etsi non eadem actio figura verborum, jure tamen, & effectu eadem ratio est. Et plane, si latine loqui licet, hac in re conditio rerum amotarum est conditio furtiva, sive conditio rerum furtivarum, qua agitur post divortium. Constat etiam olim antequam Justinianum habuisset maritum ob res amotas ab uxore, retentionem dotis, l. 7. §. ob donationes, solut. matr. l. 1. C. rer. amot. Item eum, qui agit actione rerum amotarum, posse in judicio jusjurandum petere ab adversario, quo cum agit, id est, ab uxore quondam, vel marito suo, hoc est, jusjurandum ei deferre potest, ut juret nihil se divortii causa amovisse, & eum, eamve, cui delatum est tale jusjurandum, omnimodo jurare compelli, quoniam jusjurandum actori, qui id detulit, referre non potest, l. 11. §. ult. & l. 12. rer. amot. sicut nec fur, quo cum furti agitur, si delatum ei sit jusjurandum, ut juret, se furtum non fecisse, id actori referre non potest, id est, delatam conditionem jurisjurandi in eum, qui detulit rejicere non potest, l. 12. eod. tit. & l. 13. ubi in l. 12. scilicet quidam legunt, *non magis, quam si quis ei, qui furti agit jusjurandum referat, legunt, referat.* Et ita legendum omnimodo, aut deferat, accipiendum pro referat, ut in l. 24. de jurejur. vulgo legitur, *deferentes, pro referentes.* Nam ei, qui furti agit, quin possit jusjurandum deferri, non est dubium, l. 28. §. pen. de jurejur. ratio autem, cur delatum furi, vel ei, qui divortii causa res amovit marito, vel uxori, cur delatum, inquam, jusjurandum referri non possit, sumitur ex edicto prætoris, quia, inquit, l. 13. *Ita edicto ordinatum videtur, ne in his causis esset locus relationi jurisjurandi.* Sunt igitur ex causæ excipiendæ ab eo, quod generaliter definit l. 38. de jurejur. quæ est ex hoc libro, & quæ ita superiori tractatui coaptanda est. Definit autem delata in judicio jurisjurandi conditione, aut jurandum esse, aut referendum jusjurandum ei, qui detulit, neutrum velle facere, manifestæ turpitudinis, & confessionis esse. De jurejurando loquitur, quod pars parti defert in judicio, hoc regulariter referri potest: nam quod extra judicium ex conventionem defertur, referri non potest, l. 17. in princ. de jurejur. Quod item à iudice ultro exigitur, & imponitur uni ex litigatoribus, sane relationem non admittit. Id igitur jusjurandum tantum relationem admittit, quod in judicio, ad sellam judicis parti defert. Verum hoc, quod definit d. l. 38. præcipue locum habet, si ex contractu agatur, vel quasi ex contractu, nimirum, ut possit reus delatum sibi in judicio jusjurandum referre: & vero referre debet, aut jurare, aut solvere, nisi velit haberi pro confesso, non etiam, si cum eo agatur ex delicto, veluti furti, aut conditione furtiva, aut rerum amotarum, cujus facti reus solus est, qui liquido jurare possit. Ideoque nec referre jusjurandum, quod ei proprius incumbit, potest. Ad hæc de judicio rerum amotarum notandum est, si res amotas is, cum quo, vel cum qua agitur rerum amotarum, veluti perveracia quadam ductus, sive contumacia reddere nolit æstimationem earum rerum non fieri iusto pretio, sed quanti jurejurando devinctus actor eas res æstimator, hac ratione, quæ proponitur ex hoc libro in l. 9. rer. amot. quia non est æquum, invitum suo pretio res suas vendere, cui similem habuimus libro sup. in l. 25. §. 1. solut. matr. Quia, inquit, *non est æquum invitum res suas vendere.* Suo pretio, id est, iusto & vero, Basilica: *ὁσ ἐστὶν ἀξίον:* Quod etiam ostendit *lex nec quasi, de rei vind.* Et latius interpret Basilicōn: *Ὅτι γὰρ δίκαιοι ἐστὶν τῆς δικαίας τιμῆς μόνως ἀκοντα τὸν ἀνδρα πωραθεῖν τὰ ἴδια πράγματα:* Quia non est æquum iusto tantum pretio invitum virum res suas vendere. Invitus vendit propter contumaciam rei, propter contumaciam adversarii, qui rem, quæ petitur, reddere non vult. Æquum igitur est, non quanti digna res est, sed quanti ipsæ eam æstimator, ut eam vendat, etiam si immenso æstimator, modo juratus id fecerit. Et hoc est, quod dicimus *jurare in litem*, id est, juratos æstimare litem, sive rem, qua de agitur, & disceptatur apud judicem, quo genere mulctatur contumacia rei, qui rei restituendæ facultatem habet, & restituere detrectat. Transeamus ad l. 21. ejusdem tituli.

Ad L. XXI. Rer. amot. *Si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus, divortisset, si convalescerit vir,*

vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est.

Ad §. Si servus mulieris, jussu dominæ, divortii causa res amoverit: Pædus putat, nec furtum eum facere, quoniam nihil lucris sui causa contrectet: nec videri furtum facienti opem ferre: cum mulier furtum non faciat quamvis servus in facinoribus domino dicto audiendus esse non debeat, sed rerum amotarum actio erit.

Ad §. At si in dotem servus datus, furtum viro fecerit: si quidem mulier talem esse eum scierit, totum damnum viro facietur: quod si ignoraverit, tunc non ultra condemnationem noxæ multanda erit.

Ad §. Rerum amotarum actio damnum repræsentat, etiam si postea dotis exactio competat.

Ad §. Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est.

Ad §. Hæc actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. Et ideo non anno finitur, sicut & conditio furtiva. Præterea & heredibus competit.

Ad §. Nec viro, nec mulieri præstet in hoc iudicio, si facere non possunt. Pendet enim id ex furto.

Mulier, cum de mariti periculose ægrotantis vita desperaret, temere immemor illius proverbii: *Ab ægroto dum anima est, spes est*: subreptis, & convafatis quibusdam rebus divertit, non expectata morte mariti. Quæritur, an si postea convaluerit maritus, ei teneatur iudicio rerum amotarum? Et videtur ei non teneri, quia magis mortis, quam divortii causa res mariti intervertit, vel amovit. Et ubi mortis causa res amotæ sunt: cessat actio rerum amotarum. Quod tamen ita verum est, si & mors secuta fuerit, *l. seq. 22. §. ult. & l. 6. §. ult. hoc tit.* si mors consecuta fuerit. At hoc casu, quia maritus convaluit, quasi rebus amotis, divortii potius, quod & mulier fecit, quam mortis causa, saltem utilis rerum amotarum actio marito danda est. Et hoc proponitur initio hujus legis, moxque in §. 1. videtur subjici aliud exemplum utilis actionis rerum amotarum. Quæritur enim in §. 1.

Ad §. Si servus. An si servus mulieris jussu ejus, cum divortii consilium iniisset, res mariti amoverit, marito in mulierem danda sit actio rerum amotarum, si non ipsa amoverit, sed servus ejus proprius jussu ejus. Causa dubitandi hæc est, quia nec servus furtum fecit, qui nihil sui lucris causa contrectavit, sed quidquid fecit, id fecit animo exsequendi jussu dominæ, non lucris faciendi causa. Ergo furtum non fecit. Furtum etiam facienti opem non tulit, cum ipsa mulier furtum non fecerit, hoc est, cum nihil contrectaverit: furtum non fit verbo, non fit scriptura, non nudo animo, sed contrectatione, & animo lucris faciendi, quum factum non est, nec videri potest quisquam opem tulisse, *l. si is, qui rem, §. pen. de furt.* Ergo in hac specie servus mulieris, neque furtum fecit, neque furtum facienti, quod in æquo esset, opem tulit. Ergo cessat actio rerum amotarum, quia furtum non est, furtum non intercessit. Et hæc actio est de furto plane. In legibus autem, quas objicit glossa, servus furtum fecit, id est contrectavit lucris faciendi animo, & ideo domina ejus servi tenetur noxali actione, & ipse quoque servus, si manumittatur, tenetur furti, quia nota caput sequitur. Non obstat etiam regula juris, quæ vetat in facinoribus servum domino dominæve dicto audientem esse, quoniam in hac specie servus nullum facinus admittit. In facinoribus quidem obtemperare domino servus non debet, & optare potius mortem debet, quam imperanti facinus domino morem gerere. Sed in hac specie jubenti dominæ, ut res quasdam mariti divortii causa amoveat, obtemperare debuit. Obtemperare debuit? Sic est, quia facinus non est, quod domina jubet: si quod enim hic facinus est, furtum est: atquin furtum non est, ut sup. demonstratum est, ergo facinus non est. Ac præterea etiam in levioribus facinoribus excusat etiam servum parendi necessitas: in levioribus, non in atrocioribus, ut in *l. 15. §. si tutores, quod vi, aut clam, l. Divus, §. & quatenus, ad leg. Corn. de fal. l. si tacitum, ad leg. Falci. l. 2. §. 1. de nox. act. & l. 20. de oblig. & act.* Verum quamvis hæc om-

Ania ita se habeant, ut dixi, tamen ex hac causa in proposita specie verius est, utilem actionem rerum amotarum dandam in mulierem esse, quia res amotæ sunt divortii causa jussu ejus. Dico dandam esse utilem in hac specie, non minus, quam in prima, quamvis hoc in hac specie Paulus non exprimat, dandam esse utilem, propter illam rationem dubitandi, quæ non parvi momenti est, non esse dandam directam, quia amotæ sunt res divortii causa jussu mulieris, ita est, sed sine vitio furti, & directa actio rerum amotarum est de furto: in veritate furtum fit, ut ait, *l. pen. hoc tit.* Directa igitur plane de furto est, & idem omnino, quod conditio furtiva, verbis temperata. Sequitur in hac *l. 21. de servo dotali.* Dixit de servo proprio mulieris, qui jussu mulieris res amovit divortii causa: nunc dicit de servo dotali, qui non quidem res amovit divortii causa, sed qui furtum marito fecit. Et distinguit Paulus, utrum sciverit mulier, quæ talem servum dedit in dotem, talem eum esse, furacem eum esse, an ignoraverit, ignorantem mulierem teneri servi nomine furti noxali duntaxat, ultra noxæ deditioem non teneri, non multari, scientem autem suo nomine teneri in solidum. Et hujus rei rationem scilicet haberi in iudicio rei uxoriæ, sive de dote soluto matrimonio: nam constante matrimonio ipse maritus infurem statuere, & animadvertere potest, *l. servi, de furtis.* Et hæc quidem distinctio inter scientem, & ignorantem servatur etiam in servo commodato, & deposito, & pignori dato, & locato, & empto mandato alieno, *l. pen. commod. l. servus, de pign. act. l. 14. §. bis consequenter, de servo corr.* Qua de re disputat fufius Africanus in *l. 61. de furt.* Post hæc Paulus in §. rerum.

Ad §. Rerum. Docet in actione rerum amotarum rationem haberi damni dati in rebus amotis, si deteriores factæ fuerint, & lucris etiam, sive commodi marito intercepti ob id, quod res illæ subreptæ ei sunt. Denique in hanc actionem venire id omne, quod mariti interest, venire damnum datum, & lucrum interceptum. Et hoc servatur etiam in conditione furtiva, *l. 3. de cond. furt.* Ac præterea actione rerum amotarum (quod notandum) agi statim posse soluto matrimonio, etiam antequam competat exactio dotis, id est, ante diem repetendæ dotis, ante annuam diem, quæ solemnitas erat dies repetendæ dotis, quæ consistebat in rebus mobilibus, vel se moventibus. Denique, ut sequitur, repræsentari res amotas, & omnem utilitatem actoris ante dotem. Sic enim illa verba accipiendi sunt, *etiam si postea dotis exactio competat.*

Ad §. Penult. In §. pen. docet, hanc actionem esse ex delicto: quod etiam proditum est in *l. si rerum, de re judic.* ubi hanc actionem ait esse ex male contracto, & ex furto, sicut etiam conditio furtiva dicitur esse ex delicto, *l. 10. §. quotiens, de compensat.* & tamen rei pecuniariæ, non pœnæ perfectionem habere. Non est hoc novum, ut actio oriatur ex delicto, & persequatur tantum rem, id est, id quod interest, non pœnam: nam ejusmodi est actio ex edicto de alien. jud. mut. causa, & actio de dolo. Sic igitur hanc actionem oriri ex delicto, & tamen non pœnam, sed id duntaxat, quod interest actoris, pecuniariter, ut loquimur, persequi. Et ideo esse perpetuam actionem: si esset pœnalis, esset annua tantum. Quod idem juris etiam est in conditione furt. nam & conditio furtiva est perpetua, nec finitur anno. Et præterea, inquit, actio rerum amotarum heredibus competit, *heredibus*, inquit, nec addit, & in heredes, heredibus quidem competit, sed non competit in heredes, nisi quatenus ad eos pervenerit ex furto defuncti. Quod & per omnia ita servatur in conditione furt. Et hoc evidenter demonstratur in *l. 3. C. eod. tit.* & in *l. 6. §. ult. & pen. hujus tit.* Ubi comparatur, hac in re etiam conditio furtiva cum conditione rerum amot. Confirmatur hoc etiam *l. 9. §. ult. adhibita l. 10. de tut. & rat. distrah.* Nec quicquam huic sententiæ obstat *lex 9. de cond. furt.* quæ dicit, heredes furis conditione furti teneri in solidum, si unus sit heres plane in solidum: si plures, unumquemque pro portione hereditaria. Quoniam id ita procedit de-

mum, ut intelligere licet ex *l.9. de cond. furt.* conjuncta *l.2. A* *in fine, de pr. stip. & l. si hominem, §. 1. de pos. si* lis contestata fuerit cum defuncto, cum fure, vel etiam si nondum fuerit lis contestata cum defuncto, sed conventus tantum fuerit extra judicium, & interpellatus eo nomine, dum viveret, *l. consuetudinibus, de oblig. & act.* Nihil etiam obstat *l.5. & l.7. §. ult. de cond. furt.* quæ dicunt, heredem furis teneri conditione furtiva, non furem tantum, sed etiam heredem furis: Quoniam id ita intelligendum est, si & heres furis rem contrectare perseveret, non aliter: alioquin non teneretur heres furis, qui rem non contrectat, nisi in id quod ad eum pervenerit. Quia autem hæc actio nascitur ex delicto, ideo, ut addit Paulus in fine legis, non habetur in ea ratio facultatum ejus, qui convenitur, licet uxor, aut maritus actoris fuerit quondam, id est, is, cum quo agitur, non damnatur pro modo facultatum suarum, quatenus facere **B** potest, sed damnatur in solidum, & vel carcere coercetur, quoad solidum impleverit, quia beneficium illud, quod datur conjugibus, ut invicem condemnentur in id duntaxat, quod facere possunt, valet tantum in actionibus, quæ nascuntur ex contractu, vel quasi ex contractu inuito, & hoc necesse est, constante matrimonio, *l. 20. de re judic.* His actionibus, & post divortium non agunt invicem, nisi in id, quod facere possunt, quando contractus coeperunt ex tempore matrimonii. At in actionibus, quæ ex delicto nascuntur, cujusmodi sunt hæc actiones, beneficium illud nunquam locum habet, *l. si verum, eod. tit.*

Ad *L. IV. de Publ. judic. Interdum evenit, ut præjudicium* *judicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliæ, & furti, &* **C** *vi bonorum raptorum, & interdicto unde vi, & de tabulis testamenti exhibendis, nam in his de re familiari agitur.*

EX hoc libro restant duæ tantum leges, *lex 4. de publ. jud. & l.2. si ventris nomine.* Incipiam à *l.4. de publ. jud.* Quæ in ea relata sunt, Paulus scripsit, quum tractavit de actione de moribus, quæ post divortium vir accusat mores uxoris, quæ divertit: aut divortio causam præbuit, vel contra uxor mores viri. Quæ quidem actio, quæ civilis erat, & privata, non criminalis, tamen hodie sit à Justiniano sublata, *l. ult. in fine, C. de repud. & jud. de mor. subl.* tamen sit ejus actionis mentio in *l.5. de pact. dotal. & in l. rei judicata, §. pen. & l. viro, & l. cum mulier, sol. matr. & l. 1. C. Theod. victum civiliter criminaliter agere posse, & l. 1. C. Theodof. de dotibus, quæ alias est *l. ult. de incest. nupt.* Et cum tractaret etiam Paulus de retentione ex dote, quæ omiſſa illa actione de moribus, etiam fieri potuit, morum graviorum, leviorumve nomine, & retinebantur quidem sextæ propter graviores mores, id est, propter adulteria. & octavæ propter cæteros mores, qui omnes præter adulterium quales quales sint, leviores esse censentur, ut Ulpianus scribit *lib. 5. regul. tit. de dotib.* Et de hac retentionis causa; quamvis & hæc quoque à Justiniano sublata sit, constitutione de rei uxor. actione, agitur tamen in dicta *l. cum mulier, in secundo commate, sol. matr.* In hoc autem tractatu de actione de moribus, & de retentione dotis, aut partis dotis propter mores, incidebat hæc quæstio, an actioni de moribus, quæ actio civilis, & privata erat, ut dixi, præjudicium fieret, aut fieri posset iudicio publico, & criminali ex *l. Julia, de adult.* atque adeo an prius agi, & judicari posset iudicium privatum de moribus, quam publicum ex *leg. Julia, de adult.* Quod neque hoc casu, neque ullo alio quidam prudentes admittebant, ut scilicet prius ageretur civili, quam criminali iudicio: atque ita, ut per iudicium civile, præjudicium adferretur criminali ex eodem facto. Et ita quosdam sensisse est scriptum in *l.2. §. 1. vi bon. rapt.* Sed plurimum sententia obtinuit, ut scilicet agi possit prius civili, quam criminali, & per civile præjudicium adferri criminali. Quod etiam refertur in *d. l.2. §. 1. & in l. 1. C. quando civilis actio criminali præjudic.* Refertur & à Paulo hoc loco in *l. 4. dum ait: interdum evenire, ut per iudicium privatum, præjudicium fiat publico iudicio: prius scilicet instituto iudicio privato, &**

civili, quam publico. Verum Paulus ait, *hoc interdum evenire.* At illa *l. 1. C. quando civil. actio crimin. præjud. ait, generaliter id ita se habere,* non ait, *interdum, sed generaliter.* Nulla est repugnantia. *Interdum,* Paulus ait, quia non in omnibus privatis actionibus hoc evenit, sed in his tantum, ut ait in fine legis, in quibus de re familiari agitur, sive, quæ rei pecuniariæ, quæ actori abest, perfectionem habent. Et in his tamen hoc obtinet, & evenit generaliter. Ergo utrumque verum est: & illud *interdum,* & illud *generaliter.* Enumerat vero Paulus hoc loco quasdam actiones civiles, & privatas, per quas præjudicium fit iudicio publico, ante lato nimirum, peracto iudicio privato, ut si servo alieno occiso agatur civili actione legis Aquiliæ, qua de re prius agi iudicium legis Aquiliæ, & peragi potest, quamvis præjudicium fiat iudicio publico ex *l. Cornelia, de sicariis,* quo etiam ex eodem facto agi postea potest: utroque iudicio civili, & criminali de homine occiso experiri licet, *l.3. C. de leg. Aquil.* nec alio iudicio aliud perimitur: sive prius civili, sive prius criminali iudicio actum sit, finito uno, superest aliud. Et ut intelligatur differentia; iudicium civile persequitur rem, id est, id quod patrimonio actoris abest, & ultra rem etiam poenam pecuniariam. Iudicium autem criminale persequitur vindictam solam, & ultionem publicam: Civile iudicium est de re familiari, ut ait hæc lex in fine, & *l.6. de sep. viol. & d. l. 1. C. quand. civil. act. crim. præjud.* Iudicium autem criminale est de ultione publica, civile iudicium desiderat utilitas privatorum: criminale, vigor, sive rigor. Utrumque dicitur recte ab auctoribus, publicæ disciplinæ, *l. locatio, §. quod illicite, de publican.* Ac præterea, alius potest agere iudicio civili, alius criminali: civili agit is, cujus interest, ut sibi damnum sarciatur: criminali agit quilibet de populo, *l.3. de lib. hom. exhib.* Eo autem iudicio, quo prius actum fuerit, sive id civile sit, sive criminale, non potest non sequenti iudicio præjudicium fieri. Itaque si prius actum sit civiliter lege Aquiliæ, præjudicium fit legi Corneliæ de sicariis. Nec obstat ullo modo, quod ait *l. inde Neratius, §. si dolo, ad l. Aquil.* præjudicium non debere fieri legi Corneliæ, si dominus de homine occiso prius egerit *l. Aquil.* quoniam utrumque verum est, præjudicium fieri, & præjudicium non fieri. Neque enim utroque loco præjudicii nomen eodem modo accipitur. Hoc loco, atque etiam in *l.2. §. 1. vi bon. rapt.* præjudicium fieri, est ex iudicio civili, quod prius finitum sit, sumi exemplum, & argumentum, quod iudices sequantur in criminali. Illo autem loco, id est, in *d. l. inde Neratius, §. si dolo,* sicut & in *l.3. §. si quis dolo, de tab. exhib.* præjudicium non fieri, est non esse prius iudicium impedimento, non esse iudicium, quod prius factum est, impedimento, quo minus eadem res, quæ iudicio ante disceptata, & finita est, postea iudicio quoque criminali iterum disceptetur, & retractetur, ut aperte declarat *lex 1. C. quando civil. act. crimin. præjud.* Idemque evenit, ut Paulus ait hoc loco, *si prius agatur furti manifesti, vel nec manifesti,* quod civile iudicium est, *quam scilicet iudicio criminali ex l. Fabia de plagiariis,* subrepto alieno servo, alieno homine lucrificandi causa. Utroque iudicio agi potest: civili de rei persecutione: criminali de sola vindicta, *l. 12. C. ad l. Fab.* Ac peractum quidem prius iudicium civile proculdubio grande, aut non minimum præjudicium adfert iudicio criminali, quod sequitur, *d. l. 1. C. quando civil. &c.* Idem evenit, si prius agatur iudicio civili vi bonorum raptorum, quod locum habet in rebus mobilibus, vel interdico unde vi, quod locum habet in rebus immobilibus: si, inquam, prius agatur, hoc vel illo iudicio, quam criminali iudicio ex lege Julia de vi privata, vel publ. Namque potest de vi agi prius civiliter, quam criminaliter, *l. 15. tit. seq. de accusat.* Et prius iudicium, posterioris veluti quoddam præjudicium est. Idem evenit, ut persequar omnia exempla, quæ proponit Paulus, si prius agatur civiliter interdico de tab. testamenti exhibendis, quas quis dolo malo suppressere dicitur, quam criminaliter iudicio publico ex *l. Cornelia testamentaria,* utroque iudicio agi potest, & hoc vel illo prius, pro arbitrio actoris. Civili igitur etiam prius, si hoc malit actor, ut



rem suam recipiat, deinde criminali de vindicta publica, A quia hoc ordine licet præjudicium fiat quale quale iudicio criminali, iudicium criminale non consumitur, non perimitur, quasi eadem re jam ante præjudicata, imo iudicio criminali rursus eadem res tractari potest. Et generaliter in omnibus his iudiciis civilibus, & privatis, quibus de re familiari agitur, de qua non agitur in iudicio criminali, sed de vindicta sola, ut jam sæpius dixi, nihil vetat ea iudicia privata prius agi, & ita præjudicare sequentibus iudiciis criminalibus, & quodammodo viam præmunire accusatoribus. Itaque finita quæstione de eo, quod privatim interest, superest quæstio de eo, quod publice interest. Idemque dici potest de interdicto de libero homine exhibendo, quod civile iudicium est, & de publico iudicio, vel de executione publica legis Fabiæ de plagiaris, l.3. de lib. hom. exhib. Utroque iudicio agi potest, civili prius, deinde criminali, vel contra criminali prius, deinde civili. Nec si prius agatur civili, criminali præjudicium fit: non fit præjud. criminali, quo minus criminali iudicio rursus eadem res agatur. Et fit tantum præjudicium, quatenus exhibito homine vi, & potestate interdicti iudicii civilis, plagium fit manifestius. Et ita hæc lex intelligenda est, non ut Accursius tradit, quasi hoc dicat, quandiu agitur iudicium civile, criminale inchoari non posse. Nec quicquam præterea est in hac l.4. Verum iis, quæ sunt in h.l. ex diverso, vice mutata proculdubio Paulus adjecerat aliud interdum: interdum scilicet evenire è contrario, ut privata actione præjudicium non fiat publico iudicio, id est, ut vel prius agatur iudicio publico, quam privato ex eodem facto, vel si prius actum sit iudicio privato, & civili, postea iudicio publico, & criminali agi non possit. Et hoc docuerat evenire in his iudiciis civilibus, in quibus non de re familiari, sed de vindicta sola agitur, sicut & in publicis iudiciis: Nam & quædam sunt iudicia civilia, quæ non minus, quam criminalia, quædam iudicia privata, quæ non minus quam publica vindictam solam persequuntur, non rem familiarem, non damnum pecuniarium, ut iudicium de moribus: nam hoc iudicio non agitur de re familiari, non agitur de rebus amotis, de re, quæ absit viro, vel uxori factio conjugis: iudicio de moribus non agitur de damno pecuniario, sed de injuria lecti genialis, & thori. Ideoque si iudicio de moribus prius actum sit, postea agi non potest iudicio publico ex l. Julia de adult. Et ita nominatim proditum est de actione de moribus in l. 1. Cod. Theodos. *videtur civil. crim. agi posse*. Et confirmatur l. miles, §. *focer*, ad leg. Jul. de adulter. quia utrumque iudicium, & publicum, & privatum pertinet ad vindictam, & unius criminis duæ vindictæ, duo supplicia esse non possunt. Eademque ratione, si prius actum sit civiliter actione injuriarum de cæde, aut veneno, postea non potest agi l. Cornelie de sicariis, & veneficis, quia quod in iudicium publicum legis Cornelie venit, nempe ultio admitti sceleris, idem omnino venit in privatum iudicium injuriarum. Paulus l.2. §. *emancipatis*, de collat. bonor. *Actio injuriarum*, inquit, *magis vindictæ, quam pænæ persecutionem habet*. Ubi illud magis comparisonem non inducit, sed accipitur *θετις*. Valentinianus Imperator in *Novella de libertis*, & *success. eor. eum, qui agit injuriarum, agere causam dolois, non causam amissæ rei suæ*. Et eodem modo M. Tullius pro Cæcina: *actionem injuriarum non jus possessionis adsequi*, id est, persequi, sed dolorem imminutæ libertatis iudicio pænæ mitigare. Et Iulianus Ulpianus in l. *prætor*, §. 1. de injur. in actione injuriarum, de ipsa cæde, & veneno agi, ut vindicetur, inquit, non ut damnum sarciat. Ac rursus ibidem, in actione injuriarum de ea ipsa re principali agi, quæ executionem etiam, & animadversionem præbet. Et ideo idem ait, *rectius facturum Prætores civilem actionem injuriarum*: vel ut est in 2. de *exceptionibus*, *extra quam si in reum capitis præiudicium*, nimirum, quia actio injuriarum si prior in iudicio Cornelie iudicium publicum consumit. Quod si in iudicio idem omnino principale, & vindicta sola. Et hoc quidem dici potest de actione injuriarum,

posse quidem ea agi prius, sed rectius facturum prætores, si eam non dederit prius, ne hoc genere consumatur iudicium publicum, quod majoris momenti esse videtur, vel eo quod pateat omnibus. Idem etiam dici potest de qualibet alia actione civili, qua de vindicta, non de re familiari agatur, veluti de actione sepulchri violati, l.7. & *pen. de sep. viol.* & de actione ingrati, qua revocantur donationes, l.7. de *revoc. donat.* Et de interdicto de tabulis, non testamenti, de quo dictum est supra, sed de tabulis publicis exhibendis, l. ult. de *tab. exhib.* Nuno transeamus ad l.2. §. *venris nomine*, quæ restat sola.

Ad L.II. Si Ventr. nom. mulier. *Dolo facit mulier, non quæ in possessionem venientem non prohibet, sed quæ circumscribendi alicujus causa clam, & per quandam machinationem in possessionem introducat.*

B Ad §. Si & patris, & filie factum arguetur, in alterum, quem actor velit, reddenda est actio: quia in id, quod agentis interest, datur. Ideo si id, quod ei abest, ab eo, qui in potestate est servari possit præter sumptus litis causa factos, inutilis erit ei hæc actio.

T Ractavit etiam hoc lib. Paul. de retentione, quæ fit ex dote propter liberos, vel de actione, quæ eo nomine instituitur, ut habeant liberi, quo vitam tolerare possint, de qua in l.25. in *princ. sol. matr.* & aliis locis plerisque. Cujus rei occasione etiam Paul. hoc lib. egit de muliere, quæ post divortium, vel post mortem mariti dicit, se esse prægnantem, & partus nomine postulat se mitti in possessionem bon. mariti, quæ si missa in possessionem, mox dolo malo possessionem in alium transtulerit, vel si pater, in cuius potestate est, mox dolo malo possess. in alium transtulerit, forte in emptorem bona fide ementem ex hac causa, vel ipsa, vel pater heredi, eive cujus interest, tenetur actione in factum ex edicto prætoris in hoc tit. proposito in id, quod interest: ubi dolo malo, Paul. in hac lege interpretatur, facere mulierem, quæ circumscribendi alicujus causa clam, & per quandam machinationem alium in possessionem introducat: non etiam facere dolo malo eam, quæ venientem in possessionem non prohibet, non arcet. Quod male omnino Acc. accipit *ἐλλειπτικός*, ut hoc loco, dolo malo mulier facit, non quæ in possess. venientem non prohibet: illud, non quæ, sit, non tantum quæ, perperam: nam prætor utitur verbo *transferendi*, quo verbo factum arguitur, non negligentia, ut mox subjicit Paul. in secunda parte hujus *lib. utriusque factum arguatur*, inquit, *filie, & patris*, id est, si uterque dicatur in alium dolo malo transtulisse possess. in arbitrio actoris esse, quo cum experietur: cum alterutro experiri debere, cum filia, vel cum patre, non posse experiri cum utroque, quia hæc actio datur in id, quod actori abest, ut ait, id est, in id, quod interest, quia rei persecutionem habet, & bis eandem rem consequi non potest: præda est bis eandem rem consequi, l. si *minoris*, de *adm. tut.* Unde si actor, quod sua interest ab eo consecutus fuerit, qui in possessione est, id est, in quem translata possessio est. Legendum omnino in hac secunda parte hujus l. quomodo, & ex veteribus Doctoribus quidam legunt, *Ab eo, qui in possess. est*. Florentini male, ab eo, qui in potestate est, quia debuissent potius dicere ab eo, id est, à filiam. cuius dolo poss. in alium translata est: Nam sciendum est, & cum possessore, id est, cum eo, in quem possessio translata est, heredem interdicto experiri posse, ut possessione discedat, vel quanti interest præstet, l. 1. §. *neccessario*, h. t. Igitur si ab eo, qui in possess. est, heres quanti interest consecutus fuerit, inutilis est actio hujus edicti adversus filiam, vel patrem, quia non datur ultra quam interfit: nisi scilicet aliquid amplius interfit, quam consecutus sit à possessore, veluti propter sumptus litis actæ cum possessore, quorum forte iudex rationem non habuit, quod bonæ fidei possessor esset, & justam haberet causam litigandi: nam qui bona fide litigant, etiamsi vincantur, non reddunt victori sumptus litis, l. *qui solidum*, §. *etiam*, de leg. 2. l. *petitor*, de *liberat. leg.* Quos igitur sumptus heres non servaverit ab eo, in quem translata erat possessio, quod bona fide possideret, repetet hac actione à patre, vel

vel filia, qui, quæve dolo malo in eum transtulit possessionem. Nec obstat l.1. C. de evict. quam adducit Accursius, quia loquitur de emptore hereditatis, qui est emptor juris, non corporis certi, non corporum certorum, sed juris tantum. Emptor hereditatis si ab alio superatus sit in iudicio centumvirali de hereditatis petitione, iudicio evictionis sumptus litis causa factos non repetit à venditore indistincte: hoc verum est, sive superatus sit, sive superaverit adversarium, sive causam tenuerit, sive non tenuerit. Sed hoc est speciale in emptore hereditatis: nam alterius rei emptor, evicta re jure iudicioque, à venditore repetit etiam sumptus litis, & viatica, l.17. C. de evict. l. fideiusor, de doli except. Emptor hereditatis eos sumptus non repetit, quia venditor in hoc tantum tenetur, ut hereditatem esse præstet, vel modicam, non etiam præstare debet evictionem singularum rerum. Et per consequentias, nec sumptus, quos emptor hereditatis fecit in litem institutam de singularibus rebus.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. de Tutelis. Tutela est (ut Servius d. finit) vis, ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data, ac permessa.

Ad §. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores quasi tutores, atque defensores: sicuti aditui dicuntur, qui aedes tuentur.

Ad §. Mentus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem præbere non potest.

Ad §. Surdum non posse dari tutorem plerique, & Pomponius lib. sexagesimo nono ad Edictum, probant, quia non sanctum loqui, sed & audire tutor debet.

HIC Liber est de tutelis, & cœpit congruenter à definitione tutelæ, quæ ponitur in l.1. de tut. ex Servio Sulpicio auctore peritissimo cōficiendarum definitionum, & ejus artis, quam qui tenent, eruditi appellantur. Definitio hæc est: Tutela est vis, ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data, ac permessa. Caput liberum (nam prima verba notissima sunt) vocat impuberem, qui pater, aut mater, est, id est, sui juris, suæ spontis, qui tamen, ut ait, sponte se defendere nequit, suæ potestatis, qui tamen in potestate quadam tutoris est, quia non ut sui juris, suæ spontis, suæ potestatis est, ita etiam suæ tutelæ est ante finitam tutelam pubertate, quo demum tempore in suam tutelam venire, & suæ tutelæ, suæ ætatis fieri dicitur. Et eodem sensu liberum dicit Titus Livius 26. Dum liber, inquit, dum mei potens sum. Is vero est, qui uno, & proprio verbo dicitur pupillus, vel pupilla: neque enim pupillus is est, quamvis sit impubes, qui alieni juris est, sed qui sui juris est, & sub tutore, vel sub tutoribus agit. Denique tutor, & pupillus duo sunt quasi cognata, conjunctaque nomina, nec alterum sine altero esse potest, l.8. §. synveteranus, de excusat. tutor. l. pupillus 239. de verbor. signif. Seneca ad Helviam matrem, sic ille liber est inscribendus: Novatillam, inquit, sic in me transtuleram, sic mihi adscripseram, ut posset videri, quod me amisit, quamvis salvo patre, pupilla. Nam pupilla proprie est, quæ patrem amisit, vel morte, vel emancipatione, id est, quæ desit esse in familia patris, qui quæve alieni juris est, ut puta in potestate patris, vel in mancipio domini, vel in manu mariti, tutorem habere non potest, l. pen. §. 1. quod falso tut. auct. l. cum filiusfam. l. miles ita, §. nec tutorem, de milit. test. l. si putas, C. de petit. hered. l. 1. C. de pat. pot. Quod usque adeo verum est, ut & impuberi, cujus pater, in cujus potestate erat, captus est ab hostibus, non possit tutor dari propter spem postliminii, quia post regres-

Tom. II. Post.

sum patris confestim recidit in ejus potestatem: spes postliminii facit, ut & adhuc videatur esse in patris potestate, & consequenter, ut tutor ei dari non possit, detur tamen curator bonis, ne in medio pereant, l. muto, §. ult. h. t. Quæ de causa & tutelam impuberis patrisfam. aut matrisfam. adrogatione, & conventionem in manum, & servitute, atque etiam hoc casu captivitate finire constat, l. si adrogati, h. tit. Nondum est satis: nam & civem Rom. esse oportet eum, cui datur tutor, & civem æque Rom. tutorem dari, l. 1. in fine tit. seq. Jura propria civium Rom. tutelæ sunt, & hereditates, & connubia, & agnationes, & gentilitates, patria potestas, non peregrinorum: non ergo deportatorum in insulam pœnæ causa, quia deportatio facit peregrinum, & mulctat civitate Romana. Ideoque & deportatione tutela finitur, d. l. si adrogati. Sunt autem hoc loco in Acc. glossis multa menda. Primum, vis & potestas, inquit, id est, violenta potestas, qua interpretatione nihil insulsius, & dedignor hic addere plura. Ac præterea his verbis in capite libero, excludi servum, inquit, imo & liberum hominem, si alieni juris sit. Infert duobus tantum casibus servum habere tutorem, quorum unus sit in l. ei, qui de statu suo litigat, de tut. & cur. dat. quæ certe servo non dicit tutorem dari, sed ei, qui de statu suo litigat, id est, qui ex libertate petitur in servitute: & ita demum etiam palam, & aperte ait, tenere dationem, si liber sit: eventus causæ liberalis declarabit jure datus fuerit tutor nec ne, interim vindiciæ dantur secundum libertatem, & pro libero habetur in causis omnibus, ut l. 33. servum, §. 1. de procurat. quæ cum sit ex eodem lib. commodissime applicabitur d. l. ei, qui, & libero igitur, non servo datus tutor intelligitur. Alter autem casus in l. si impuberi, de tutoribus, & cur. dat. quæ lex neque dicit, neque adsignificat servo tutorem dari, quinimo heres rogatus servum hereditarium impuberem manumittere, eique hereditatem restituere, ut ibi ponitur species, heres quolibet de populo postulante, quia libertatis causa publica est, cogitur servum impuberem manumittere, & manumisso demum, ac perducto ad civitatem Rom. tutor datur specialis, ut l. apud, §. ult. ad Sc. Treb. quo scilicet auctore etiam heres ei restituat fideicommissariam hereditatem, quo facto heres ipse quasi manumissor succedit in tutelam. Ille specialis temporarius est tutor. Debuit potius Accursius adnotare casum, quo filiusfamil. tutorem habet ex l. ult. §. quibus, C. de sentent. passis, ubi patre deportato in insulam, atque ita filio ejus impubere, qui in civitate mansit, sui juris effecto, eique tutore dato, ac postea patre civitati restituto beneficio Principis, ac proinde recipere patria potestate in filium adhuc impuberem, si ejusmodi sit pater, ut ad omne vitium omnemque luxuriam mores suos instruxerit, & composuerit, melius esse ait Imperator, ut qui impuberi filio ab initio jure tutor datus est, tutor maneat, ut ejus consilio regatur, non prodigi, aut luxuriosi, aut dissoluti patris. Facilius retinetur tutor, qui ab initio jure datus est, quam datur: nec sane post restitutionem patris jure ei daretur tutor. Idem Accursius his verbis, ad tuendum eum, qui propter ætatem suam, &c. ait, excludi patrem, quasi & patris munus non sit tueri liberos, cujus etiam locum ea ratione tutorem obtinere Theop. nolter scribit in §. 1. de satisf. tut. Idem his verbis propter ætatem suam, excludi curatorem quasi, si diis placet, & curator non detur ætate minoribus, mollibus & ætate fluxis animis, ut Sallust. loquitur. Idem etiam Acc. non percipit hæc verba definitionis, jure civili data, ac permessa, non animadvertit jus civile id dici, ut sæpissime in jure specialiter, quod 12. tab. continetur. Et ex 12. tab. tutelam dari atque deferri agnatis proximis virilis sexus, si nulli testamento parentis tutores instituti sint, & patronis quoque, l. 1. inf. de leg. ius: Permitti autem tutelam, id est tutoris dationem permitti parentibus in testamento, qui liberos impuberes in potestate habent, l. 1. & 20. tit. seq. nempe his verbis: paterfam. uti legasset super pecunia tutelave sua, ut jus esto: & alio capite: si intestatus moritur, familia tutelaque ejus agnatorum gentiliunumque esto. Denique jure civili, id est, 12. tab. tutela datur proximis agnatis: permittitur parentibus, qui impuberes in potestate habent. Testamentaria igitur, & legitima tantum tutela in hac definitione demonstratur. Nam dativa tutela, quæ datur à

o o

ma-

magistratibus, postea introducta est lege Attilia. Multo majora Bartolus hac in re minuta peccavit, & insigniter quidem, quum hæc verba in *capite libero*, adserit esse accipienda de tutore, non de impubere, non animadvertens *αὐτὸς μὲν, in capite libero*, pro *in caput liberum*, ut illo Poetæ loco,

Nil animis in corpore juris.

Et in 12. tab. *in eo pecuniæque ejus potestas esto*, apud Cicer. ut inde liceat conjecturam facere, qui naufragium faciunt in parvo flumine, quales gubernatores sint in mari Ægæo. Mitto veriloquium tutoris, quod hic Stoicos imitatus exposuit Paulus, & transeo ad §. ult. in quo ait.

Ad §. ult. Ait: *Mutum, aut surdum tutorem dari non posse*: & mutum, quia auctoritatem pupillo negotium aliquod contrahenti præbere non potest. Unde collige, & serva perpetuo, auctoritatem tutoris verbo interponi, cum se probare palam tutor dicit id, quod agitur, l. 3. de *auct. tut. scripto*, aut per epistolam non interponi, l. 9. §. pen. de *auct. tut.* Quamquam in d. l. 3. tentet Accur. etiam taciturnitatem tutoris sufficere. Quod si esset verum, & mutus tutor esse posset. *Surdum autem tutorem dari non posse*, quia non potest exaudire verba eorum, qui cum pupillo contrahunt. Quod confirmatur etiam l. pen. §. ult. de *leg. tut.* Addamus ex l. 20. tit. seq. de *testam. tut.* quæ est ex eod. lib.

Ad L. XX. de *Testam. tut.* *Tutor incertus dari non potest.*
Ad §. *Testamento quemlibet possumus tutorem dare, sive is prætor, sive consul sit: quia lex duodecim tabul. id confirmat.*

Tutorem etiam incertum dari non posse, puta hoc modo, quicumque sequenti anno consul factus fuerit, filio meo tutor esto: Nam & consul, & prætor tutor dari potest, quia ut ait lex 12. tab. generaliter loquitur, *paterfamilias legasset, &c.* Et eleganter §. *tutor, Instit. de legat.* certo iudicio debere patrem. pro tutela suæ posteritati cavere. Et eo respiciens, ut opinor, Ulpian. lib. sing. reg. *Testamento nominatim tutores datos confirmari lege 12. tab. ubi utitur eodem verbo, quo hæc lex 20. quia, inquit, si consul, vel prætor tutor datus sit, lex 12. tab. id confirmat.* Unde etsi ita pater dixerit in testamento: *quisquis primus ad funus meum venerit, filio meo, tutor esto, inutilis datio est, & tutela ad agnatos, aut gentiles revertitur.* His adjecit Paulus in l. 6. de *legit. tut.*

Ad L. VI. de *Leg. tut.* *Intestato parente mortuo, agnatis deferitur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit: sed & is, qui testamento liberis suis tutores non dedit. Quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. Idem dicemus, si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur.*

Deficiente testamentaria tutela, cui datur primus locus, Paulus ait, succedere legitimam, puta intestato parente mortuo, agnatis proximis tutelam impuberum liberorum deferri: & intestatum videri parentem, si tutorem non dederit liberis, licet testamentum fecerit, id est, si quod ad tutelam attinet, intestatus decesserit, etiamsi non quod ad cætera, vel etiamsi testamento tutorem dederit, & is vivo testatore decesserit, ut est rectissime expressum in §. pen. *Instit. de leg. agnat. tut.* secundum quem & hæc lex sic accipienda est, & lex 11. de *test. tut.* nimirum, ut si tutor testamentarius vivo testatore vita decesserit, tunc tutela revertatur ad proximum agnatum, tutorem legitimum: Nam si mortuo testatore, postea qui jam cœperat esse tutor testamentarius, tutor vita decesserit, proculdubio tutela ad agnatos non revertitur; sed alius à magistratu tutor dandus est: neque enim legitimo tutori est locus, nisi cum mortis tempore deficit tutor testamentarius: atqui non deficit. Et sic si tutor testamento datus vivo testatore mutus, aut surdus factus fuerit, fateor, tutelam ad agnatos reverti, sed si mortuo testatore in hoc vitium inciderit, alius in eius locum dandus est à magistratu. Et hoc vult lex pen. de *tut.* Ad hæc etiam notandum ex l. 8. eod. tit. de *leg. tut.* quæ est ex hoc lib. 38.

Ad L. VIII. eod. *Si reliquero filium impuberem, & fratrem, & nepotem ex alio filio: constat utrosque esse tuores, si perfectæ ætatis sunt, quia eodem gradu sunt.*

Si plures sint agnati ejusdem gradus, simul omnes, ut ad hereditatem legitimam, & ad tutelam quoque legitimam vocari. Fac filio impuberi, quem quis moriens reliquit, superesse patruum, & fratris filium, superesse patruum, qui defuncto patri est frater, superesse fratris filium, qui defuncto patri est nepos ex alio filio: ambo filio impuberi sunt eodem gradu, nempe 3. gradu, & ambo igitur venient ad tutelam impuberis legitimam. Verum addit hunc modum l. 8. si perfectæ ætatis sint, id est, si sint majores 25. annis. Quod absque dubio Tribonianus adjecit ex constituto. Justinian. id est, ex l. ult. C. de *leg. tut.* quæ vetat, ne ad ulium genus tutelæ minores 25. annis admittantur. Ante eam constit. etiam minores 25. annis, etiam pupilli, erant legitimi tutores, jure scilicet, & nomine, non administratione: quod si vis tibi amplius approbari, adi, si placet observationem 17. cap. 28. Restant ex hoc lib. 38. leges tres duratæ, vid. l. 12. de *admin. tut.* & l. 5. de *fidejuss. tut.* l. 28. de *solut.*

Ad L. XII. de *Adm. tut.* *Cum plures tutelam gerunt, nulli eorum in contutorem alio pupilli nomine datur.*

Ad §. *Quæ bona fide à tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Trajani, & Adriani. Et ideo pupillus rem à tutore legitime distractam vindicare non potest: Nam & inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur: nemine scilicet emente. Nec interest tutor solvendo fuerit nec ne, cum si bona fide res gesta sit, servanda sit, si mala fide alienatio non valet.*

Ad §. *Nimium est, licere tutori, respectu existimationis pupilli, erogare ex bonis, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus.*

Ad §. *Cum tutor non rebus duratæ, sed etiam moribus pupilli præponatur, in primis mercedes præceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet. Alimenta servis liberisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, præstabit. Solemnia munera parentibus cognatisque mittet. Sed non dabit dotem sorori alio patre natæ, etiamsi aliter ea nubere non potuit: Nam etsi honeste, ex liberalitate tamen sit, quæ servanda arbitrio pupilli est.*

Ad §. *Si tutor pecuniam pupillarem credere non potuit: quod non erat cui crederet: pupillo vacabit.*

In l. 12. de *admin. tut.* primum quaero, si plures sint tutores, qui tutelam gesserint, & unus aliquid male, aut per fide administrarit. Quaeritur, an alii statim adversus eum agere possunt pupilli nomine, aetione tutelæ scilicet? Et ex initio hujus legis, intelligimus non posse: quia nec pupillus ipse manente tutela, durante tutela, tutelæ agere potest, l. 1. in *sine*, l. 4. de *tutel. & rat. distrab.* Est enim hoc iudicium generale de restituenda universa tutela; & reddendis rationibus tutelæ administratæ, quo importune, & intempestive agitur ante finitam tutelam, ante expletum, & finitum officium tutelæ. Cæterum non prohibetur contutor etiam manente tutela contutorem suspectum postulare, id est, agere cum eo suspecti ex 12. tabul. ut tutela abeat, l. 3. in *princip. de susp. tut.* Et ita accipiendum est initium hujus l. Ubi igitur tutelæ agi non potest, suspecti agi potest: ut vice versa, ubi suspecti agi non potest, tutelæ agi potest, quod omnium optime probat l. 3. §. *quæri, de susp. tut.* Cujus sententia hæc est. Qui tutores pupilli fuerunt, finita tutela pubertate, inviti curatores non fiunt. Satis enim abundeque est, quod tutelam gesserint, nec coguntur etiam inviti curam administrare, l. 13. §. ult. de *tut. & ration. dist. l. curator, C. de excusat. tut.* Medium tempus inter patrem senem, & filium ætate parvum, occupant duo diversa diversorum officia, tutoris, & curatoris, ut eleganter Orosius ait l. 2. c. 1. *Inter Babylonium, & Romanum regnum quasi inter patrem senem, & filium parvum, Africanum, & Macedonicum brevia, & media regna, quasi tutorem curatoremque venisse, pote-*

potestate temporis, non jure hereditatis admiffa. At si qui tutelam gesserunt adolescenti etiam, aut volenti, aut decreto prætoris, vel præfidis, quod ei testamento patris, quamvis non jure curatores constituti essent, curatores confirmati fuerint, ut l. *Cajus, de excuf. tut.* unus ex eis ob delicta ante gesta tutelæ à concuratore suspecti postulari non potest, ut removeatur à curatione: conveniri tamen potest actione tutelæ, quia finitum jam est officium tutelæ, & sumptum aliud officium, nempe curationis officium. Unde apparet, quando agi potest tutelæ, ob eandem causam suspecti agi non posse. Sequitur in §. 1. hujus leg.

A D §. *Quæ bona fide.* Bona fide & legitime à tutore gesta, & alienata ex rebus pupilli, rata habenda esse indistincte: sive finita tutela tutor solvendo sit, sive non, sive impar sit, sive par faciendæ pupillo parationis, id est, paris rationis, nec à pupillo posse revocari, aut vindicari res à tutore bona fide, & legitime distractas pupilli nomine. Imo rebus evictis pupillum emptoribus teneri evictionis nomine, quia cum tutoribus male non contrahitur, ut docet *lex 4. de evict.* nimirum, quia alienatio valet omnimodo. Et ut eleganter ait in *hoc §. 1.* inutile est, *il est dommageable*, damnosum est pupillis, si administratio tutorum non servatur, quam comitata est bona fides, & legum auctoritas. Alioquin nemo volet à tutore ullam pupilli rem emere, quam tamen forte distrahi pupillo maxime expedit. Qua ratione etiam dicitur in *l. quod si minor, §. non semper, de minoribus*, non temere cum minoribus gesta esse rescindenda: alioquin nemo vellet ullum cum minoribus negotium contrahere, & quodammodo minoribus commercio interdicere. At mala fide à tutore factam rerum pupillarum venditionem, & traditionem, veluti per fordes, aut gratiam, Paulus ait, nullius momenti esse: transferre igitur dominium in emptorem non posse: & pupillo integram, atque incolumem rei venditæ, & traditæ vindicationem esse. Ad dicitur in §. *nimum est*, ea tamen, quæ modum excedunt, licet à tutore gesta sint bona fide, veluti respectu existimationis pupilli dignitatisque natalium, respectu famæ, & nominis pupilli, rata habenda non esse, ut si ex bonis pupilli, impendat in epulas lautiores res, vel in nitidiorum suppellectilem, quod ex suis bonis ipse non honestissime erogaturus fuisset, si pædagogia pupilli, *les pages*, nimis pretiosa veste fucingat: nimis enim, & immodicæ erogationes tutori reputantur in judicio tutelæ, non pupillo. Culpatur nimietas in impendiis, in actione omni. Et notanda est illa locutio *respectu existimationis pupilli, ayant esgard à son estat*, ut in *l. 1. h. t. prospectu officii, ayant esgard à la charge*. Mox in §. pen. hoc posito quod est certissimum, tutorem non tantum rebus, sed etiam moribus pupilli præfici, præponi, subinfert, tutoris officio, hoc notandum in primis, incumbere, ut præceptoribus liberalium artium pupilli mercedes præstet pro modo facultatum pupilli, & pro dignitate natalium. Itemque ut præstet alimenta servis libertisque pupilli domesticis, atque etiam exteris, si hoc pupillo expedit, si forte dant operam pupillo. Itemque, ut solemnia numerata parentibus cognatisque pupilli mittat: ergo si ea miserit, ea in judicio tutelæ pupillo reputabit: sic est: dummodo servaverit quod prædictum est, *ne quid nimis*: nuptialia tamen munera, nuptiales sportulas matri, aut forori pupilli tutor non mittet, aut non reputabit, quia perquam necessaria ea munera non est, quod ostendit *lex quæ seq. 13. §. ult. & l. 1. §. præterea, de tutel. & rat. distr.* Igitur hoc loco solemnia munera ea tantum dicit, quæ non necessaria, sed perquam necessaria sunt, *τὰ εὐσημία, τὰ νομίδια μύρα*, & quasi debita parentibus, & cognatis, & quæ præbentur tantum parentibus, & cognatis: ergo non strenas dicit, non natalia, non nuptialia: nam & hæc amicis debentur, non parentibus, aut cognatis folis, & perquam necessaria etiam non sunt. Plane enim voluntaria sunt, & arbitraria: solemnia munera dicit ea, quæ *χαιροσία* dicebantur, ut Valerius docet *lib. 2.* Et chara cognatio. Tertullian. *lib. de Idololat. Charæ cognationis honoraria exigit*. Martialis 9.

Chara daret solemnne tibi cognatio munus:

Ovid. 2. Fast.

Tom. II. Post.

A Proxima cognati dixerunt *χαιροσία Chari*:

Et rectissime in glossis veterum: *chairs cognatia. εὐσημία re-*ctissime: nam convivium solemnium erant, quibus præter parentes, & cognatos nemo interponebatur, & quasi parentalia quædam, quia & in eis omnium charorum cognatorum jam vita defunctorum nomina cieri solebant, id est, *τὰ εὐσημία μύρα*. Quod & Ovidius illo loco ostendit. Et præter convivium, quod cognatorum quisque sua vice necessario obibat, etiam ut moris erat singulis convivii *ἀποφύρα* dabantur, aut mittebantur: hæc erogatio, hæc munera est necessaria, & pernecessaria. Hanc solam tutor reputat pupillo, non munera non necessaria. Sequitur in eod. §. Si tutor dederit dotem ex bonis pupilli forori ejus uterinæ, quæ cognata ei est, non agnata, etiamsi non habuerit illa unde nuberet, etiamsi aliunde nubere non potuerit, id tutorem non reputare pupillo: nam etsi honeste forori quoque uterinæ pupillus in dotem det, non cogitur tamen dare, ne inopi quidem. Et hoc pendet tantum ex ejus liberalitate, quæ arbitrio ejus relinquenda, & servanda est, non tutoris, ut quum erit grandior, tum si velit etiam uterinæ forori dotem constituat. Liberalitatis modus ex adolescentis bonis, in adolescentis, non tutoris voluntate est, quæ sententia ex contrario præstat nobis certissimum argumentum existimandi fratrem forori consanguinæ, sive germanæ, quæ agnata, & cognata est, si ea aliunde nubere non possit, dotem constituere debere. Est in hanc rem hic locus valde singularis. In §. ult. hujus legis docet.

A D §. *ult.* Si tutor ideo pecuniam pupillarem fœnori non occupaverit, quod non esset vir idoneus, cui fœneraret, hoc tutori non reputari: nec debere eum ejus pecuniæ usuras pupillo dependere, ut *l. 3. c. de usur. pup.* Quid igitur? pecuniam illam pupillo vacare, pecuniam illam pupillo esse sterilem, otiosam, vacuum, & necessario quidem propter penuriam hominum idoneorum, quibus credi possit. Eadem vero, quæ reputantur tutori in judicio tutelæ, reputantur etiam fidejussori ejus, qui cavit rem pupilli salvam fore: & contra, quæ non reputantur tutori, nec fidejussori ejus. Et hoc habetur in *l. 5. de fidejuss. tut.* quæ est ex hoc libro. Et utimur apte verbo *reputationis* hac in re, quoniam judicium tutelæ de calculo est, de reputatione est, de rationibus reddendis. Alia reputantur pupillo à tutore, alia tutori à pupillo. Et hoc etiam libro habemus in *l. 28. de solut.*

D Ad L. XXVIII. de Solut. *Debitor solvendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberatur, si pecunia in rem pupilli pervenit.*

D ebitorem pupilli ipso jure omnimodo liberari, si tutori solvat, ut *l. Lucius, §. tutela, de admin. tut.* Sed si debitor pupilli solvat ei, qui pro tutore negotia gerit, cum tutor non sit, tutori putatio, tutori falso, non aliter liberatur, quam si pecunia versa sit in rem pupilli, quoniam huic rerum pupilli administratio concessa non fuit, *l. apud, §. si quis non tutor, de doli except.* Nec quidquam præterea habemus in hoc libro.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLVIII. ad L. Aquil. Si servus ante aditam hereditatem damnus in re hereditaria dederit: & liber factus in ea damnus det: utraque actione tenebitur: quia alterius, & alterius sum.

O MNIA fragmenta, omnesve leges Libri XXXIX: sunt de furto, excepta *l. 48. ad leg. Aquil.* quæ est de damno injuria dato, quæ tamen recte, & vere protrahetur, & accomodabitur etiam ad furti causam. Credibile autem est, cum immensus sit

Qq 2

tra-

tractatus de tutelis, non superiore tantum, sed & hoc libro 39. Paulus egisse de tutelis, eique occasione scribendi de furtis dedisse actionem eam, quæ appellatur actio de rationibus distrahendis, quæ adversus tutorem datur in duplum ex 12. tab. qui intervertit rationes pupillares, quive avertit, aut interceptit pecuniam pupillarem, quive furandi animo rem aliquam abstulit ex pupilli bonis, cum qua actione etiam concurrat actio furti pœnalis, nec altera alteram tollit, l. 1. §. in tutela, l. 2. de tut. & rat. distr. Concurrat etiam cum actione de rationibus distrahendis conditio furtiva, d. l. 2. Et actio quidem de rationibus distrahendis, quam dixi esse in duplum, mixta est actio, quia id persequitur, quod pupillo abest, ac præterea alterum tantum, si id quod pupillo abest, arbitrio iudicis non restituitur, quia arbitraria actio est. Qua de causa, si conditione furtiva pupillus consecutus fuerit quod fuerit ablatum, tollitur actio de rationibus distrahendis, quia nihil pupillo abest, quæ tamen non tollitur actione furti, quia in actione furti extra rem, quæ abest, duplum est, id est, totum duplum pœna est. In actione de rationibus distrahendis duplum non est extra rem, d. l. 2. l. tres tut. de admin. tut. Eademque ratione si actione tutelæ pupillus consecutus fuerit quod fuerit ablatum, cessat actio de rationibus distrahendis, quia nihil pupillo abest, non cessat tamen actio furti: si actum sit tutelæ, & per eam, quod sibi abest pupillus consecutus sit, cessat actio de rationibus distrahendis, quia una obligatio, unum factum, una res est, ex qua tutelæ actio nascitur, & actio de rationibus distrahendis, permixta electione pupillo finita tutela hac, vel illa experiri, suumque persequi. Duæ autem sunt obligationes tutelæ, & furti, ex quibus & duæ nascuntur actiones, actio tutelæ sive rationum distrahendarum, & actio furti, d. §. in tutela. Et ideo altera alteram non tollit: actio tutelæ, vel actio de rationibus distrahendis non tollit actionem furti: quia diversæ obligationes sunt. Quomodo & hoc ipso lib. ut constat ex l. 48. ad leg. Aquil. Paulus scripsit. Si servus hereditarius domini testamento manumissus ante aditam hereditatem damnus in re hereditaria dederit dolo malo, & post aditam hereditatem libertatem adeptus ex testamento in eadem re damnus dederit, quia sunt duæ obligationes, duo facta, utrumque eum noxam sequi, ac proinde post libertatem adeptam duabus eum actionibus teneri, una ex edicto, si is, qui ex testamento liber esse iussus erit post mortem domini, ante aditam hereditatem subripuisse, vel corrupisse quid dicitur. Et altera ex leg. Aquil. ut rectissime in hac l. 48. Accursius adnotavit. In priori actione, quæ ex illo edicto competit, venit dolus duntaxat: in posteriori, quæ est ex leg. Aquilia venit etiam culpa levissima, l. 44. eod. tit. ad leg. Aquil. His autem duabus actionibus eum teneri, quia, ut ait lex 48. alterius, & alterius facti hæ res sunt, nimirum uno facto damnus dedit rei hereditariæ, altero facto damnus dedit rei jam heredis factæ per aditionem hereditatis. Duo igitur sunt facta, & duæ obligationes. Idcirco altera alteram non tollit: qua ratione etiam utitur d. §. in tutela, & est simile argumentum in l. 16. de neg. gest. de damno autem dato loquitur illa lex 48. non de furto, quia si jacenti hereditati, & nondum aditæ servus testamento manumissus furtum fecit, dominæ furtum fecit, quia hereditas jacens dominæ locum obtinet, l. denique, §. quæsum, quod vi, aut clam. Dominus autem, aut domina non possunt cum servo suo habere actionem furti. Ergo quod ante aditam hereditatem furtum fecerit, amota re quadam hereditaria, non ideo tenetur actione furti post libertatem, sed tamen, quia ex illo edicto si is, qui testamento liber esse iussus erit, &c. servus testamento manumissus, qui ante aditam hereditatem ex ea aliquid amovit dolo malo, perinde tenetur actione in duplum, atque si furtum fecisset revera, si etiam post aditam hereditatem ex ea aliquid amoverit dolo malo, eandem rem contrectaverit, atque ita heredi quoque furtum fecerit, duabus actionibus tenetur, actione in factum ex illo edicto, si is, qui testamento, &c. comparata ad similitudinem actionis furti, & actione furti directæ & civili, l. 1. §. 1. & l. pen. inf. si is, qui testam. & ita explicanda est illa lex 48. ad leg. Aquil. Cæteræ leges, quæ sunt ex hoc libro

palam, & aperte de furto perscriptæ sunt omnes, de quo, quod esset Paulus occasione raptæ unde dixi, aliquando furtius tractaturus, coepit, ut opinor, hunc librum à definitione actionis furti, atque etiam rei ipsius, quæ ex hoc libro proponitur in l. 1. de furt. ad quam transeo.

Ad L. I. de Furt. *Furtum à furvo, id est, nigro, dictum Labru ait, quod clam, & obscure fiat, & plerumque nocte: vel à fraude, ut Sabinus ait: vel à ferendo, & auferendo, vel à Græco sermone, qui φῶρος appellant fures. Imo & Græci ἀπόρως φῶρον, id est, à ferendo φῶρος dixerunt.*

Ad §. Inde sola cogitatio furti faciendi, non facit furem.

Ad §. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur: sed ita, si intercipiendi causa occultaverit.

Ad §. Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucrificandi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.

Ac primum ibi duæ potissimum proponuntur definitiones nominis, servaturque ordo artis, prius definendum esse nomen, quam rem. Ac primum quidem furtum, ut ait à furvo, id est, nigro dici. Quomodo & una Harpyarum est κελαινώ, quo nomine nigrum significatur, ut Fulgent. scribit in libris μυθολογικῶν. Et hoc, ut, ait, quia furtum fit clam, & obscure, & plerumque nocte. Qua re etiam furtum à rapina discriminatur, quia furtum non fit palam, ut rapina: sed, vel clam fieri potest, l. in duobus, §. si quis juraverit, de jurejur. Inde & l. 2. §. generaliter, vi bon. rapt. ex quibus causis furti actio mihi competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me actionem vi bon. rapt. in re facta per vim, in re erepta vi aperta, & l. 8. §. 1. & §. ult. arb. fur. cas. non eum, qui per vim sciente domino arborem cædit, sed eum, qui clam cædit, teneri actione arb. fur. cas. lex 12. tab. & l. ult. C. quibus ad lib. prov. non licet. furtiva compendia obscure capi, & parari, & plerumque nocte, inquit. Unde illud Homeri Iliad. 3. κλέπτῃ δέρε νυκτὸς ἀμείνω: hoc sensu, noctem amicam esse furibus inimicam pastoribus: addit Paulus, vel furtum dictum ab auferendo, quia nec furtum fit cogitatione, vel animo solo: non fit verbo, non fit scriptura, l. si quis uxori, §. neque, hoc tit. non fit inficiatione, ut si depositarius depositum inficietur, non statim furti tenetur: sed ita, si id intercipiendi animo occultaverit, & contrectaverit. Sequitur definitio rei. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucrificandi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.* Furtum est contrectatio, quæ scilicet quum res movetur loco: nam rei immobilis furtum non fit, sed rei mobilis tantum, l. 1. de distr. pignor. contrectare nihil aliud est, quam loco movere, & contrectatio fraudulosa, inquit, quia non eadem est ratio damni dandi, & furti faciendi: damnus datur etiam culpa levissima: furtum fit dolo malo duntaxat, & ut subicitur, lucrificandi gratia, luci sui causa, l. 21. §. 1. rer. amotar. Lucrificandi causa, vel ipsius rei, inquit, vel etiam usus ejus, possessionisve: ipsius rei, id est, proprietatis: Nam rei appellatio in jure semper proprietatem denotat, & destinat. Et ita dominum agere furti, quanti interfuit ejus proprietatem non esse subtractam, id est, rem, l. inter omnes, §. si servus, hoc tit. & actione furti domino præstari proprietatis causam, l. furtivam, hoc tit. ratione autem possessionis actio furti datur non domino, bonæ fidei tamen possessori, d. l. furtivam, vel etiam creditori pigneratitio, si vel debitor ipse, vel alius rerum pignori datam intervertat, l. cum es, §. 1. & d. l. si inter omnes, §. si servus: ratione autem usus actio furti datur usufructuario, d. l. cum es, §. 1. & d. §. si servus. Datur etiam quandoque domino ipsi actio furti usus gratia, sive usus ratione, ut si commodatarius rem, quam à domino utendam accepit, alii invito domino commodaverit. Nam ob interversum usum rei commodatæ domino tenetur actione furti, l. si pignore, §. 1. hoc tit. Sic igitur apparet quemadmodum, & quomodo fiat furtum, vel ipsius rei, vel usus ejus, vel possessionis ejus. Dices ad hæc & objicies: imo omne furtum est interversio possessionis, & generaliter, aut furtum non fit, aut furtum fit possessionis semper. Quod

Quod & ita scriptum est in l. 1. §. Scævola, si is, qui seft. Idque, vel ex eo apparet evidenter, quod ubi nullus est rei possessor, ubi possessio vacat, etiam si ejus rei dominus aliquis existat, furtum ejus rei fieri non potest, quæ à nemine possidetur, quamvis dominum certum habeat, ut hereditate jacente, apud quam interim, id est, ante aditam hereditatem rerum dominium esse intelligitur, ut ante diximus, rerum dominium, non etiam possessio. Cur non? quia possessio res est facti & animi, & factum, vel animus non cadit in rem incorpoream: hereditas autem est res incorporea, id est, jus successionis, quod abstrahimus intellectu, non sensibus percipimus, vel corpore: hereditas jacens est quidem domina, sed domina sine possessione, domina expertis, & impos possessionis. Ideoque nec rei hereditariæ furtum fit, jacente hereditate scilicet. nam adita hereditate jam non est res hereditaria, sed res heredis, l. hereditariæ, hoc t. Quid ergo dicimus, cum furtum fit? possessionis semper furtum fit, aut certe furtum non fit: hoc est certissimum. Et tamen in definitione hac, in qua accuratius hoc distinguendum fuisse videbatur, ait, furti fieri, vel rei ipsius, vel usus, vel possessi. Dico possessionis semper furtum fieri: nam & domino, cujus res subripitur, sane possessionis civilis furtum fit, & fructuario similiter, cujus usufructus, vel bonæ fidei possessori, cujus possessio intervertitur. Æque possessionis furtum fit, civilis, vel naturalis: bonæ fidei possessori civilis, si ex justa causa acquirendi domini possidet, usufructuario naturalis possessionis: nec si possessio non intervertatur, ulli unquam furtum fit. Igitur solius rei, vel usus furtum non fit, solius possessionis fit, veluti bonæ fidei emptori, qui in re, quam possidet nihil aliud juris habet: cum tamen bonæ fidei possessori furtum fit, domino etiam furtum fit, & utrique defertur actio furti, l. furtivam, hoc tit. sed domino jure domini, in qua æstimatur verum pretium rei, l. si vendidero, §. 1. hoc tit. bonæ fidei possessori, jure justæ possessionis, in qua æstimatur possessionis pretium, non verum rei pretium, quæ non est actoris: & pari modo, quum usufructuario furtum fit, proprietario etiam furtum fit, & utrique defertur actio furti, l. inter omnes, §. si servus, hoc tit. proprietario jure domini, in qua verum rei pretium venit, fructuario jure usufructus in qua usufructus tantum pretium venit. In actione furti pretium duplatur, si sit non manifesti, vel quadruplatur, si sit manifesti: duplatur, inquam, vel quadruplatur id, quod interest, quod domino agente non excedit verum rei pretium: alio autem agente non excedit pretium juris, quod in re subrepta habet. Ex his, quæ sunt certissima, intelligimus, semper possessionis furtum fieri, nam & ei, cui rei furtum fit, puta domino, possessionis furtum fit, & ei, cui usus furtum fit, possessionis furtum fit, atque eo respectu duntaxat furtum ei fit, & retro, ubi alicui possessionis solius furtum fit, tum etiam domino furtum fit: additur in extremo: quod lege naturali prohibitum est admittere, hoc est, quod ait l. probrum, de verb. sign. furtum esse natura probrum, quod adsignificat etiam hoc loco dum ait, prohibitum: nam veteres dixerunt probrum quasi prohibitum, ut quidam notant.

Ad L. LIII. cod. Qui injuriæ causa januam effregit, quamvis inde per alios res amovæ sint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas & proposita n delinquentis distinguit.

Ad §. Si servus commodatoris rem subripuerit, & solvendo sit is, cui subreptum est: Sabinus ait, posse & commodati agi cum eo, & contra dominum furti servi nomine. Sed si pecuniam, quam dominus exegit reddat, evanescere furti actionem. Idem & si remittat commodati actionem.

Ad §. Quod si servus tuus rem tibi commodatam subripuerit, furti tecum actio non est, quia tuo periculo res fit: sed tantum commodati.

Ad §. Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet: licet culpa ejus res perierit. Sed actione negotiorum gestorum, ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit: vel in eo tutore, qui diligentiam præstare debeat: veluti, qui ex pluribus tuto-

ribus testamento datis, oblata satisfactione, solus administrationem suscepit.

Ad §. Si ex donatione alterius rem meam teneas, & eam subripiam: ita demum furti te agere mecum posse, Julianus ait, si intersu tua retinere possessionem: veluti si hominem donatum noxali judicio defendisti, vel ægrum curaveris, ut adversus vindicantem justam retentionem habiturus sis.

Cum jam exposuerim ex lib. 39. l. 1. de furtis: & supersit alia lex in eod. tit. ex eodem libro, mihi ea prius exponenda est, quam cæteræ: ea est l. 53. de furtis: initio ait, eum, qui injuriæ causa fores ædium alienarum effregit, non teneri actione furti, etiam si fures ab eo non inducti postea res quasdam eduxerint, quia id fecit injuriæ causa, non turandi, aut opem furibus ferendi causa. Injuriam fecit, non furtum: voluntas, ut eleganter ait Paulus, & propoliturum delinquentis, id est, propter delinquentis distinguit maleficia. Neque huic sententiæ obstat l. in furti, §. pen. hoc tit. quam objiciunt, nec tamen expediunt bene, quæ dicit, ope consilio ejus furtum factum videri qui quid fecit. Ergo & qui fores effregit inimicitiarum causa, non ut socii, quos secum duxerat, furarentur, si quid videlicet tamen socii furati sunt, quoniam, ut respondeam, quos secum ipse duxit ut fores effringerent, ii furtum fecerunt. Unde et si injuriæ causa, vel inimicitiarum, quæ causa eadem est, adsumptis sibi sociis quibusdam januam ædium alienarum effregerit, quamvis hoc non animo fecerit, ut socii furtum facerent, si tamen socii furtum fecerint, furti tenetur, quasi ope, & consilio ejus admissio furto, quoniam ipse furto faciendo occasionem præbuit. Et ut, qui occasionem damni præbet, damnus fecisse videtur, l. qui occidit, §. pen. ad leg. Aquil. ita & qui occasionem furti dedit sociis adsumptis ad effringendum ostium alienarum ædium. At secus dicendum est, ut initio hujus legis §. 3. si extranei, quos tibi non adsumpserrat socios, effractis foribus ædes ingressi quid compilaverint: tunc enim, ipse non tenetur furti: ratio distinctionis est evidentissima.

Ad §. Si servus. Sequitur in §. 1. Si rem, quam tu mihi commodasti, servus tuus mihi subripuerit, atque ita res perierit, si eam rem servus tuus averterit, & ego solvendo sim, id est, si tibi ejus rei æstimationem solvere possim, mihi servi tui nomine in te competit actio furti noxalis: tibi in me actio commodati, quia culpa mea res perijt: furtum culpæ adnumeratur, non casui fortuito. Quod dixi, si solvendo sim, id ex Sabino Paulus refert hoc loco, & Modestinus confirmat libro 2. differentiarum apud Lic. Ruf. his verbis: is, cui res commodata sit, furti experiri debet, si modo solvendo fuerit. Tu si mihi à te rem commodatam subripueris, mihi non tenereris actione furti, nec ego tibi actione commodati, l. 59. hoc tit. At si eam rem mihi servus tuus subripuerit, & ego solvendo sim, ut dixi, tu mihi teneris actione furti noxali, & vicissim ego tibi actione commodati, quia culpa mea res subrepta est. Sed si, ut subjicit Paulus, tu mihi remittas actionem commodati, si mihi remittas culpam meam, vel si æstimationem rei, quam forte actione commodati à me jam exegisti, mihi reddas, proculdubio evanescit actio furti noxalis, quia nihil mea interest rem non subripi, aut subreptam non fuisse, quum nihil mihi ob eam rem abest, quia id, quod tibi eo nomine debebam, vel tu remittisti, vel jam tibi solum reddidisti, l. creditoris, §. dominus, hoc tit. Et hoc si solvendo sim, ut dixi. Quid si solvendo non sim? Si ego solvendo non sim, ad te, si hoc res pateretur, rediret actio furti secundum distinctionem veterum, quæ obtinuit ante Justinianum, id est, ante l. ult. C. de furt. videlicet servo alienato, vel manumisso. Sed hoc res non patitur, quia in servum tuum tibi ab initio nata non est, vel parta actio furti. Et ideo nec ex post facto nasci potest, quæ ab initio nata non est, l. servi, hoc tit. At ponamus aliter speciem, & quæramus, quid sit dicendum, si non servus tuus, ut in priori specie, sed servus meus rem à te mihi commodatam subripuerit? Et ait Paulus subtiliter, tibi in me actionem tantum commodati competere, quod diligenter eam rem non servaverim, quod mihi non cavcrim à fu-

à fure domestico : tibi tantum in me actionem commodati competere , non actionem furti noxalem , quia ea res mihi periit : & mihi igitur potius , si id peteretur , actio furti competere deberet : sed dominus cum servo suo actionem furti habere non potest , *d. l. servi , l. 1. §. 1. si is testam. liber esse iussus* . Ego si eam rem subripuissem , quam tu mihi commodaveras , usu ejus interverso , tibi tenerer actione furti ex delicto meo : si servus meus eam subripuerit tibi , non teneror actione furti , noxali scilicet si solvendo sim : Ita ut , quod tua interest , à me facile consequi possis actione commodati : si solvendo non sim , fateor te habere actionem furti noxalem , secundum illam distinctionem veterum .

Ad §. Pen. Post hæc in §. pen. quæritur de negotiorum gestore , qui ultro sine mandato ad gerenda negotia sive bona aliena accessit , si qua res ex his bonis , quæ gere- re , & administrare aggressus est , culpa ejus forte amissa sit , quia ejus interfuit rem non subripi , propterea quod eo nomine , quod culpa ejus res subrepta sit , domino tenetur actione negotiorum gestorum : an igitur ei adversus furem danda sit furti actio ? Et videtur danda secundum generalem definitionem legis *ro. hoc tit. quæ & fusa est per totum titulum* : cujuscunque interest rem non subripi , sive dominus sit , sive non , eum habere actionem furti . Et tamen Paulus dicit hoc loco , non aliter negotiorum gestori competere actionem furti , quam si ei cedatur à domino , id est , non aliter , quam si fiat procurator domini ad agendum furti in furem . Quam actionem utique etiam dominus ei cedere , & mandare cogitur , si eum velit damnare iudicio negotiorum gestorum . Cur vero & suo nomine sine cessione negotiorum gestorum non habet actionem furti ? Et ratio hæc redditur in *l. 87. hoc tit.* quia eam rem domini voluntate non tenuit , quandoquidem sine mandato obtulit se negotiis alienis : & ideo in ea re servanda , quam exactissimam diligentiam præstare debuit , qua non præstita , & re subrepta per negligentiam ejus , & incuriam , plane furtum vitio suo imputat , adeo ut & quamvis ejus interfuit rem non subripi , non habeat in furem furti actionem , non magis , quam alius quilibet , qui rem alienam tenet . Ea re subrepta , non habet furti actionem . Et huic similis est , qui pro tutore negotia pupilli gerit , cum non sit tutor : quia & hic domini voluntate rem non tenuit . Ideoque ob rem sua culpa subreptam ex pupilli bonis , quamvis eo nomine pupillo teneatur , cum fure furti agere non potest . Idemque servatur , ut Paulus docet hoc loco , in eo , qui ex pluribus tutoribus testamento datus , vel ex pluribus tutoribus , aut curatoribus ex inquisitione magistratus datus , solus tutelam , vel curam administrat , oblata satisfactione rem pupilli , vel adolescentis salvam fore secundum formam edicti Prætoris , quæ explicatur in *§. sed si ex testam. Instit. de satis d.* quod servatur etiam in alio quolibet tutore , & curatore generaliter , ut ait *d. l. 87.* qui modo tutelam , vel curam administrare , & diligentiam præstare debet , videlicet si ejus culpa res subrepta sit , ut quamvis ejus interfuerit eam non subripi , propter culpam , cujus nomine tenetur , tamen non possit agere adversus furem actione furti . Ex quibus apparet (nec desunt etiam multi alii casus similes) perpetuum non esse , quod dicitur , cujuscunque interfuit non subripi , eum habere furti actionem .

Ad §. ult. In §. ult. hujus l. proponitur , extraneum mihi donasse servum alienum bona fide accipienti , & dominum eum servum mihi subripuisse , suam rem subripuisse : ex hac causa dominus furti non tenetur , quia plerumque rei suæ furtum non fit . In casu tamen proposito in *hoc §.* dominus mihi furti tenetur : videlicet , si iustas causas habui domino servum vindicante , retinendi servi : verbi gratia , propter impensas necessarias , quas in servum feci , vel quia ægrum curavi , vel quia noxali iudicio eum defendi , & pro eo litis æstimationem solvi , cum id expediret magis , quam noxam eum dedi . Cui similis est casus alius de domino , qui rem , quam ipse commodaverat , commodatario subripuit in *l. 15. in fine , & l. 59. hoc tit.* Atque Accursius rectissime notat hoc loco , idem non esse dicendum , si rem alienam bona

fide emptam à non domino , dominus emptori subripuerit . Cur aliud dicendum hoc casu ; quia emptor rem non habet ex causa lucrativa , & gratuita , ut donatarius , vel commodatarius , quia pretium rei ei abest , & ideo emptori etiam in dominum actio furti datur , & dominus rei suæ furtum fecisse intelligitur , *l. cum es , §. 1. hoc tit.* Quod etsi debitor pignus creditori datum subripuerit , locum habet quia creditor rem pignori datam non habet ex causa lucrativa , *l. 12. §. 1. hoc tit.* Et nihil est præterea in *l. 53.* His addamus *l. 9. de nox. act. ex eod. lib.*

Ad L. IX. de Nox. act. Si communis familia , vel communis servus furtum fecerit , altero ex dominis sciente : is , qui scit , omnium nomine tenebitur , & conventus alterum quoque liberat : nec à socio quidquam debet consequi : sui enim facti nomine pœnam meruit . Quod si is , qui ignoravit , duplum præstiterit , à socio simplum consequatur .

Ponit ea lex , unum servum communem , aut familiam , id est , plures servos communes , multitudinem servorum furtum fecisse , quia nihil refert hoc , vel illud ponatur , quandoquidem etsi familia furtum fecerit , domini , qui hoc ignoraverunt , vel qui sciverunt quidem , sed familiam furtum facientem prohibere non potuerunt , pluris non tenentur , quam si unus furtum fecisset , id est , tenentur tantum in duplum omnium nomine , non singulorum nomine in duplum , ex beneficio scilicet edicti *si familia furtum fecisse dicitur* , quod etsi familia damnum injuria dederit , servatur , *l. illud , ad l. Aquil. & ita plura facta plurium habentur pro facto uno , pro & una litis æstimatio , una dupli pœna à domino infertur* . Si autem domini , qui sciverunt , & prohibere potuerunt familiam , ne furtum faceret , nec prohibuerunt , & suo nomine proprio in solidum , & singulorum servorum nomine , quum familia furtum fecit , actione furti tenentur , *l. 1. §. 1. si fam. furt. sec. l. 4. §. cum dominus , hoc tit.* Unde sic statuamus ex hac *l. 9.* sive communis familia , sive communis servus furtum fecerit , uno ex dominis sciente , altero ignorante , ita separandus est sciens ab ignorante , ut dicamus , scientem omnium servorum nomine teneri actione furti , omnium , id est , singulorum : omnium , inquam , servorum nomine teneri actione furti , & conventum , atque exactum , sic interpretari debemus *conventum* hoc loco , ut & in multis locis hujus tituli , singulorum servorum nomine , quasi factis furtis pluribus , alterum dominum , quo ignorante factum est , liberare , nec ab altero , quo ignorante factum est , à socio suo quidquam consequi posse , quia sui facti pœnam meruit : ipse enim furtum fecisse videtur , qui facientem familiam non prohibuit , cum prohibere posset , quia , inquit , ipse sui facti pœnam meruit , quæ ratio etiam redditur in causa tutelæ , *l. 1. §. plane si ex dolo , & l. 15. de tut. & rat. distr.* Ignorantem autem teneri tantum in duplum , perinde atque si unus tantum servus furtum fecisset , ignorantem non teneri singulorum servorum nomine , sed quasi unius nomine duntaxat . Ergo in duplum duntaxat teneri , quum familia furtum fecit , ac præterea præstito duplo à socio simplum consequi , id est , dimidiam partem ejus , quod præstitit , actione scilicet communi dividendo . Quod ait Paul. scientem , qui omnium servorum nomine conventus præstitit æstimationem litis , numeratis singulorum capitibus , eum à socio , quo ignorante factum est , nihil consequi posse , quamvis eum liberavit : id pugnat omnino cum *l. pen. si fam. furt. sec.* quam & Accurs. objicit , quæ ait scientem , qui totius familiæ nomine pernumeratis singulorum capitibus litis æstimationem exsolvit , à socio consequi partem , non quidem totius summæ , quam solvit omnium servorum nomine , totius famil. nomine , sed partem duntaxat ejus , quod unius tantum servi nomine præstitisset , id est , in simplum : nam si duo sint servi , & solverit quadruplum , duplum à socio non consequetur . Respondeamus hoc modo : scientem tribus modis accipi , pro eo , qui scivit , & iussit , qui auctor fuit , & princeps sceleris , & pro eo , qui scivit , & prohibere potuit , nec prohibuit , non etiam iussit , & pro eo , qui scivit , nec prohibere potuit , ut exemplo demonstratur in *l. 4. in princ. hoc tit.*

sit. Primum in eo, qui iussit famil. furtum facere, verum est omnino, quod ait hoc loco, nihil eum à socio consequi posse, quia sui facti pœnam subiit: in secundo casu in eo, qui prohibere potuit, non etiam iussit, non est omnino verum, sed ita, ut quod omnium servorum nomine intulerit, ejus summæ consummatae partem à socio non consequatur, consequatur tamen simplum, perinde atque si unius tantum nomine solvisset litis æstimationem, ut d.l. pen. In eo autem, qui scivit, & prohibere non potuit, certissimum est, eum à socio dupli, quod persolvit, partem consequi, quia ignorantis similis est. Et hoc Paulus hoc ipso libro, & loco scripsit, quod est in l. 50. de divers. reg. jur. culpa carere eum, qui scivit, sed tamen prohibere non potuit. Quæ sententia proprie pertinet ad hunc locum, & confirmatur l. 4. hoc tit. & l. 1. §. his autem, si famil. furt. sec. dic.

Ad L. XI. de Condict. furt. Sed nec legatarius condicere potest: Ei enim competit conditio, cui res subrepta est, vel heredi ejus. Sed vindicare rem legatam ab eo potest.

Conditio furtiva, sive conditio rei furtivæ, rerumve furtivarum (de qua initio hujus lib. diximus, si prius actum fuerit, consumi actionem de rationibus distrahendis, quæ pupillo adversus tutorem competit finita tutela) hæc, inquam, conditio furtiva soli domino competit, l. 1. hoc tit. non cuiuslibet domino tamen, non novo domino, qui post furtum admissum ejus dominium adquisivit. Actio quidem furti pœnalis novo domino competit, si fur in ejusdem rei contrectatione perseverat, ut probabo paulo infra. At conditio furtiva novo domino non datur, sed ei tantum domino, cui furtum factum est, cui res subrepta est, vel heredi ejus, & quandiu rei subreptæ dominus manet. Nam si facto suo ejus rei dominium amiserit, & conditio furtivam amisit, tam ipse, quam heres ejus, ut si eam rem pure legaverit per vindicationem, quo genere defuncto eo, & adita hereditate, dominium ejus rei ad legatarium recta via transit, dominium ejus rei mutatur, ideoque nec heres ejus rem furtivam furi condicere poterit, quia dominus ejus non est, neque legatarius, qui ejus rei dominus est, quamvis fur adhuc eam rem contrectat, quia legatario furtum factum non est, verum eam rem vindicare, vel ad exhibendum agere legatarius potest. Quæ est sententia legis 11. Verum adde, etiam legatarium, si fur adhuc eam rem contrectet, furti in duplum agere posse, & heredem quoque defuncti nomine furti actione experiri posse, quæ in hereditate fuit, utpote quæ cœperat à defuncto, l. 47. de furt. defuncti, inquam, nomine, non suo nomine, quasi sibi furto facto, l. 66. §. 1. eod. Cur non suo nomine? quia nihil ejus interest, nihil heredis interest, re alii legata, & acquisita, l. qui fundum, loc. Imo & re furtiva filii non legata, vel quo alio modo non mutato rei subreptæ domino, heres non duas, ut quidam volunt, sed unam tantum furti actionem habet defuncti nomine, quia non mutato dominio nunquam ex post facto crescit præteriti delicti æstimatio, ut furti æstimatio non crescit, furti pœna non crescit assidua contrectatione, l. 9. de furt. l. 138. de reg. jur. in 2. parte, ubi proponitur illa definitio generalis, nunquam non mutato scilicet dominio, non mutata persona actoris, ex post facto crescere præteriti delicti æstimationem: at rei furtivæ dominio mutato, veluti alii legata per vindicationem, & ei heredi defuncti nomine furti actio competit, quæ quæsitæ fuerat defuncto, & legatario quoque suo nomine, si fur in ejusdem rei contrectatione perseverat, l. 56. in illo loco, sed est persona, de furt. Nec quidquam huic sententiæ obstat lex 87. eod. tit. quæ ei, cui res ex testamento debetur, legatario igitur, vel fideicommissario, ait, si ea res post mortem domini subrepta, aut contrectata fuerit, non competere furti actionem. Et competere igitur heredi suo nomine: nihil, inquam, obstat, quia non loquitur de legato per vindicationem, ex quo dominium rei legatæ recta via, & ipso jure transit ad legatarium, l. à Titio, de furt. l. 80. de leg. 2. sed loquitur de legato per damnationem, quoniam ait, ex testamento debetur, legatum per damnationem debetur legatario, nec fit legatarii, nisi facto heredis, herede præ-

Astante legatum. Legatum autem per vindicationem non debetur legatario, sed legatarii est proprium jure dominii sine facto heredis ex 12. tabul. quæ distinctio legatorum semper accurate servanda, & dirimit non hanc controversiam tantum, sed & alias innumeras. Et ita vero dominio rei legatario quæsitæ per vindicationem, ac fure adhuc rem furtivam attrectante, dicimus condictionem furtivam legatario non competere, quia ei tantum competit, qui dominus fuit furti faciendi tempore, furti autem actionem competere: hæc facilius datur, quam illa, quia & illa introducta est contra regulam juris. Regulariter enim nemo rem suam condicere potest: vindicare potest, non condicere, imo inepta videtur esse conditio rei suæ, §. sic itaque, Instit. de act. Alia igitur est causa condictionis furtivæ, longe alia actionis furti: actio furti datur cuicumque, etiam non domino, si modo ejus interfuerit rem non subripi, exceptis casibus certis: conditio autem furtiva datur soli domino, cui res subrepta est, & rursus alia est causa actionis furti, alia actionis servi corrupti, quoniam & hanc hoc loco Accursius permittet cum actione furti: actio servi corrupti datur heredi, non legatario: actio furti, fure perseverante in contrectatione rei, datur legatario per vindicationem scilicet, non heredi suo nomine. Cujus differentiæ rationem exposui libro 19. ad l. 8. de servo corr. Accursius hæc, quæ omnino ita se habent, & sunt perspicua admodum: hæc, inquam, dum tractat hoc loco, vera falsis involvit varie, & inconstanter, quæ nunquam quisquam liquido, & perspicue evolvere quivit.

Ad L. XIII. eod. Ex argento subrepto pocula facta condici posse Fulcinius ait. Ergo in condictione poculorum etiam cælaturæ æstimatio fiet, quæ impensa furis facta est. Quem admodum si infans subreptus adoleverit, æstimatio fit adulescentis: quamvis cura, & sumptibus furis creverit.

Si fur argento, id est, massa argenti subrepta, ex ea pocula fecerit, pocula sunt furtiva, & in dominio ejus, cujus fuit argentum, quia quod ex re nostra fit, nostrum est, juxta Sabinianorum sententiam, quæ obtinuit maxime in his rebus, quæ ad eandem materiam reverti possunt, ut pocula reverti possunt, & reduci ad priorem massam, quod primæ juris Institutiones satis docent. Imo & Sabinus sententia obtinuit in his rebus, quæ ad eandem materiam reduci non possunt, veluti musto facto, & expresso ex uvis alienis, videlicet si fur, aut quilibet alius mala fide fecerit: nam quod fecerit ejus est, cujus materia fuit, l. 12. §. si quis, ad exhib. l. si quis uxori, §. si quis massam, de furt. Ergo qui fuit dominus argenti, quia & poculorum dominus est, & conditio domino datur: pocula furi, quæ fur ipse fecit, condicere potest, quia ut dixi, & poculorum dominus est, & fuisse intelligitur etiam furti faciendi tempore, quod etiam τῆ δυνάμει, id est, vi ipsa pocula in argento fuerint, & si quidem conventus fur condicione furtiva, quod pocula domino non restituat, tanti damnatur, quanti sunt pocula, si cælata sint, etiam cælaturæ æstimatione facta. Ubi glossa non intellexit, quid sit cælatura, quæ interpretatur inauratura: quanquam etiam inauratura, si pocula inaurata fuerint, æstimationem fieri verissimum est, quæ sc. vel inauratura, vel cælatura facta est impensa furis, non habita ratione impensæ. Nam si impensæ factæ in vale constando mala fide ex aliena materia ratio non habetur, cur magis habetur luminis, & ornatus extrinsecus adhibiti? nam & eodem modo si infans furto subreptus, cura, & impensa furis adoleverit: vel, ut ait, creverit, quod est idem, adolevens ob olefendo, id est, crescendo: si, inquam, infans furto subreptus cura, & sumptibus furis adoleverit, non infantis, sed adolescentis æstimatio fit in condicione furtiva, l. inficiendo, §. infans, de furt. denique res furtiva æstimatur quanti plurimi fuit, l. 8. §. 1. hoc tit. l. pen. rer. amot. Pergamus ad l. 3. de manumiss. quæ est etiam ex hoc lib.

Ad L. III. de Manumiss. Servus pignori datus, etiam si debitor locuples sit, manumissi non potest.

Sententia hujus legis hæc est : Servum pignori datum , A
 ac deinde ablatum creditori à debitore ipso nondum
 soluta pecunia , si debitor invito creditore manumittat,
 etiam si sit solvendo , nihil agit : neque enim manumissione
 fit liber : etiam manumissus à domino non fit liber invito
 creditore , cui pigneratus est . Ac præterea , quod supple-
 dum est , debitor creditori tenetur actione furti , etiam si sol-
 vendo sit , ut dixi , quod etiam est proditum in l. 12. in fi. de
 furt. qua etiam tenetur debitor creditori , si cum servum
 vendiderit , l. 66. in princip. de furt. l. 4. §. si rem pign. de
 usurp. & usucap. Nihil igitur refert , vendiderit an manumi-
 serit , quia & causam pignoris non extinguit . Et si hoc ,
 si illud fecerit , creditori abducto pignore , aut interverso
 pignore , creditori tenetur actione furti . Nec de hac re me
 plura attexere opus est . Superest l. ult. hujus libri , ea est
 l. 8. arb. furt. cas.

Ad L. VIII. Arb. furt. cas. *Facienda æstimatione , quanti domini
 intersit non lædi : ipsarumque arborum pretium deduci oportet,
 & ejus , quod superest , fieri æstimationem.*

Ad §. Furtim arborem cædit , qui clam cædit.

Ad §. Igitur si cæciderit , & lucrificandi causa contraxerit ,
 etiam furti tenebitur lignorum causa , & conditione , & ad
 exhibendum.

Ad §. Qui per vim sciente domino cædit , non incidit in hanc
 actionem.

In actione arborum furtim cæsarum , quæ legitima est
 actio ex 12. tab. & erat olim in singulas arbores æris 25.
 hodie in ea venit duplum , hodie est in duplum , in quo
 etiam id , quod damni nomine datum est , continetur . Ita-
 que mixta est actio , ut recte Accursius notat ex l. 9. hujus
 tit. nec sane alia ratione hæc actio est perpetua , nec finitur
 anno , ut ait l. 7. §. ult. quam quod & rei persecutionem
 contineat . Itaque duplum in ea non est extra rem , duplo
 inest res , quæ abest actori , & pœna est simpli tantum , quod
 rei superadjicitur . Quod & quodammodo ostenditur ini-
 cio hujus l. 8. dum ait , in ea actione faciendam esse æstima-
 tionem ejus , quod actoris interest , deducto pretio arborum
 cæsarum , si qui eas cæcidit , non asportaverit : exempli
 gratia , si vivæ arbores , & adhuc inhærentes solo fuerint 50.
 excisarum ligna sint 10. deductis 10. ejus , quod superest ,
 æstimatio fit , id est , 40. eaque æstimatio duplatur , atque ita
 reus damnatur in 80. Furtim autem cæduntur arbores , ut
 hic etiam Paulus docet , quæ clam , & occulte cæduntur
 ignorante domino , non quæ per vim sciente domino , qua
 ex causa non hæc actio , sed de vi , longe gravior actio , &
 executio competit , & furtim quidem , vel injuria cæduntur ,
 non furandi animo , ut l. 7. in princ. hoc tit. non omne quod
 fit furtim , furtum est , vel cæduntur furandi animo : & quo-
 tiens injuria cæduntur , non furandi animo , cum hac actio-
 ne concurrat actio legis Aquil. de damno injuria dato , l. 1.
 & l. pen. hoc tit. quotiens autem cæduntur furandi animo ,
 cum hac actione legitima , ut Paulus ait hoc loco , concurrat
 actio furti longe gravior , quam actio arborum furtim cæ-
 sarum rei perseguendæ gratia , id est , ejus quod interest ,
 conditio furtiva , vel actio ad exhibendum.



JACOBI CUJACIJ J. C. E

Ad Lib. XL. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES .

EX Libro XL. ad edictum habemus tantum leges
 quatuor , l. 10. usufruct. quemadm. cav. & tres alias
 in titulo de operis libert. Incipiam à dicta l. 10.
 & ad finem interpretationis illius legis quid hoc
 lib. præcipue tractaret Paulus demonstrabo.

Ad L. X. Usufruct. quemadm. cav. *Si servi , qui nobis commu-
 nis erat , usufructum tibi legavero , necessaria erit hæc cau-
 tio heredi meo . Quamvis enim de proprietate possit commu-
 ni dividendo experiri : tamen causa usus fructus , qui tuus
 proprius est ad officium communi dividendo judicis non per-
 tinebit .*

Finge : servus quidam est communis inter me , & te , &
 moriens ego ejus servi tibi usufructum legavi : tu he-
 redi meo , ut fieri solet , cavere debes datis fidejussoribus , te
 boni viri arbitratu servo pro parte mea usum fructurum ,
 & finito usufructu restitutum : quæ cautio fructuaria di-
 citur , stipulatio fructuaria , & est æquissima , ac usitatissima ,
 l. 4. §. ult. de verb. oblig. linter fructuarium , de dam. infect.
 Et æquissima adeo , ut nec testamento , quo ab herede alii
 legatus sit usufructus certæ rei , aut certarum rerum remitti
 possit , l. pen. Cui in poss. leg. quia & bonis moribus con-
 gruit , ut quis re aliena utatur fruatur boni viri arbitratu ,
 tanquam vir bonus , & diligens paterfam. ac præterea here-
 dis maxime interest sibi ea de re caveri , ad quem proprietatis
 pertinet , & ad quem usufr. quandoque rediturus est . In-
 terponitur autem hæc cautio officio judicis , l. 13. in princ. de
 usufr. videlicet desiderante herede , ut sibi is , cui usufructus
 legatus est , caveat , se boni viri arbitratu usum fructurum ,
 vel explicatius , se usufructus , vel proprietatis causam dete-
 riorum non facturum , ut l. 1. §. recte , hoc tit. d. l. 13. §. fru-
 ctuarius , lult. §. hoc proculdub. C. de bonis quæ lib. adq. Nam
 & qui proprietatis causam deteriore facit , id est , qui rem
 pejorem facit , usufr. pejorem facit , & contra , l. 4. Cod. de
 usufr. In specie autem proposita heredi meo hanc cautio-
 nem necessariam esse Paul. ait , eadem ratione scil. quia &
 necessaria esse dicitur in lult. h. Cur vero necessaria esse
 nempe quod heredi alia via , aliave ratione consultum non
 sit , quodve , ut dicam apertius , legatario usufr. eodemque
 socio in proprietate servi sciente servum deteriore , eo no-
 mine nullam heres meus actionem habeat , nisi cautione si-
 bi prospexerit , qua persequatur quanti sua interest , servum ,
 aut servi usufructum deteriore factum non esse . Neque
 enim , ut excludamus hanc actionem , quæ possit videri
 competere , potest hoc damnum deducere heres in iudicium
 communi divid. quoniam hoc iudicium ei competit tan-
 tum de proprietate servi , quæ communis est inter eum , &
 legatarium : de usufructu non competit , qui communis non
 est , sed socii ejusdem legatarii proprius in solidum : de re ,
 quæ communis non est , vel etiam , quam nondum constat
 esse communem , non potest agi communi divid. l. 1. in fin.
 comm. divid. l. 18. de except. Usufructus communis procul-
 dubio veniret in iudicium communi divid. l. 7. §. cum de
 usufr. comm. divid. & l. 13. §. si inter duos , de usufr. At in hac
 specie usufructus non fuit communis , proprietatis servi fuit
 communis , non usufr. usufr. fuit legatarii proprius . Itaque
 est necesse admodum , quod ad usufr. servi causam perti-
 net , ut sibi heres prospiciat stipulatione fructuaria adversus
 legatarium , ne qua in re servum , aut servi usufruct. dete-
 riorum faciat . Et de usufructu servi Paul. ponit speciem in
 hac l. 10. Omnino ita est : ad differentiam operarum servi ,
 usufr. servi possum legare pro parte domini , quod in ser-
 vo habeo , quia usufr. dividi potest , hoc est certissimum ,
 usufr. dividentem , ut loquimur , recipit . Operas autem
 servi non possum legare pro parte domini , quia operæ di-
 visionem non recipiunt , pro parte peti , solvi , præstari non
 possunt , l. 1. §. si usufructus , ad leg. Falcid. l. 15. de op. li-
 bert. Qua ratione etiam in l. 5. de oper. serv. operæ ser-
 vorum comparantur usui servi : nam & usus individuus
 est : usum si divides , corrumpas , & operas similiter , id est ,
 diurna officia : singulæ operæ dividi non possunt salva earum
 substantia . Plures quoque operæ si debeantur , veluti
 100. aut mille dierum operæ , non possunt dividi , nisi nu-
 mero , puta præstitis uni 50. dierum operis , & alteri totidem
 dierum , duobus heredibus relictis ab eo , cui debebantur
 100. operæ . Quod ostenditur etiam in d. l. 15. & l. stipula-
 tiones non divid. & l. in stipul. §. operarum , de verb. oblig.
 Et cum d. l. 15. est conjungenda lex cum Stichus , in fine , de
 solut.

solus. Et hoc vero dicimus tam de operis servorum, quam A de operis libertorum, quæ & in jure passim, & sæpissime invicem conferri solent. Et hic observa ordinem, quem in his libris tenuit Paulus per omnia similem ei, quem tenet in libris receptorum sententiarum, ubi dotium tractatum sequuntur tutelæ, curationes, deinde furtorum quæstiones, tum titulus de operis libertorum, lib. 2. quem etiam ordinem Ulpianum in libris ad edictum tenuisse constat. Egit enim primum de dotibus lib. 34. tum de tutelis lib. 35. & 36. deinde de furtis lib. 37. & priore parte libri 38. & mox posteriore parte ejusdem lib. 38. de oper. libert. Exposuitque in ea edictum prætoris, quo judicium operarum, promissarum scilicet, vel juratarum, pollicetur in libertos, & libertas, l. 2. de oper. libert. quæ est ex eodem libro Ulpiani. Quod quidem edictum etiam in hoc libro 40. Paulum tractasse constat ex l. 16. 18. & 20. de oper. B libert. Et si quidem libertatis obtinendæ causa, quam & obtinuit libertus promiserit patrono stipulanti, vel juraverit se operas daturum, vel donum, vel munus, qualescunque operas debet libertus, quas edere, & præstare potest, si modo probe, & honeste jure licito imponantur, indicantur, & præstari possint, ut ait l. 7. §. jurare, hoc tit. sine turpitudine, & sine vitæ periculo, ut l. 38. inf. hoc tit. Et ita Paulus in l. 16. ait, etiam ejus artificii, quod post manumissionem libertus didicerit, operas eum ex stipulatione, vel ex jurejurando debere præstare, quæ modo honeste, inquit, & sine vitæ periculo quandoque præstari possunt. Nam si manumissa postea quæstum corpore facere cœperit, has non præstabit, quia nec honeste peti possunt, si manumissus post manumissionem arenarius, aut bestiaris (sic etiam vocatur) esse cœperit, has non præstabit, quia sine vitæ periculo præstari non possunt. Cæteras omnes præstabit, etiam si eas non exercuerit manumissionis tempore, ut puta si eas postea exercere didicerit, quæ omnia interpretes aptant etiam rectissime, & producunt ad vasallos, & agricolas, qui dominis debent certas operas, operas juratas, qu'is appellent aussijurees en la Coutume de Champagne. Addit etiam Paulus tales præstari operas quales utriusque, id est, patroni, & liberti ætas, vel dignitas, vel valetudo, vel necessitas, aut propositum vitæ, institutum vitæ, & electio vitæ, quam instituerit sciente, & volente patrono, vel artificium, quod didicerit, vel consuetudo, quæ plurimum hac in re valet, ut non præstet operas, nisi quas confuevit præstare, aut facultates requirunt, aut patiuntur, utriusque ætas, utriusque substantia spectanda est. Omnes denique circumstantiæ in utriusque persona, quotiens operæ petuntur, quæ debentur, observandæ sunt: ut ecce liberta major quinquagenaria, & similiter libertus major sexagenario, non cogitur præstare operas, quas promisit, vel juravit, l. 35. h. t. quæ est ex libro ad legem Juliam, & Papiam. Ex quibus legibus etiam eadem ætas in maribus, & scæminis servatur in nuptiis contrahendis; qui item, quæve valetudine impeditur, non tenetur operarum nomine, ne in æssimationem quidem, l. 15. hoc t. dignitas etiam, quæ liberto, aut libertæ contigit, absolvit obligationem operarum, l. 34. & l. 38. inf. hoc tit. Et vice versa dignitas, quæ accessit patrono, & majores operas, aut graviores à libertis præstari desiderat. Verum quæritur, quod & in libris Feudorum quæritur de vasallo, vel agricola, qui debet operas, vel ut loquuntur, corporis vehas, des cornues, quæritur utrum suis, an patroni sumptibus libertus operas præstare debeat? & Paulus ex Sabini sententia in l. 18. suo, inquit, victu, vestituque operas præstare debere libertum Sabinus ad edictum prætoris Urbani lib. 5. scribit. Quod etiam nisi fiat, nisi præstet operas suo victu vestituque, statim in l. 20. ait prætorem patrono negaturum operarum præstationem, videlicet, quoniam & hoc additur in l. 18. si se libertus alere non possit, præstanda ei sint à patrono alimenta. Libertus igitur præstare debet operas suis sumptibus: sed si se alere non possit, præstanda ei à patrono alimenta sunt, alioquin patrono denegabitur petitio operarum. Et ita est attextenda lex 20. extremo legis 18. sed si se alere possit, & tueri, suo, ut Sabinus dicebat, victu vestituque operas præstare debet, & ut generaliter definitur in l. 20. unum.

Tom. II. Post.

quisque rem, quam spondit, suo impendio dare debet, quamdiu in rerum natura est: nam si perierit ante moram, omnino liberatur. Ergo & libertus operas suo impendio dare debet. Verum hoc pugnare videtur cum l. 21. & 33. & l. pen. hoc tit. In l. 21. ait, operas eo loco patrono edi debere, ubi moratur, sumptu scilicet, & vestura patroni, non liberti. Et in l. 33. imponi operas, ita ut libertus se alat, non posse. Et sane cum ex operæ præstentur sine mercede, vel victum requirere videntur, & l. pen. non solum libertum, sed & alium quemlibet operas edentem, alendum. Operas scilicet gratuitas. Verum hæc omnia, quemadmodum sint accipienda satis liquet ex ipsa l. 18. quod ait l. 21. l. 33. & l. pen. verum est, si libertus se aliunde alere non possit, aut certe satis temporis ei dari debet iis diebus, quibus operas edit patrono ad quæstum faciendum unde se alat, l. 19. quod etiam est scriptum in l. pen. inopem libertum scilicet, aut esse alendum, dum præstat operas, aut satis temporis relinquendum ad quæstum alimentorum. Et præterea adjicit etiam iis diebus, quibus libertus operas dabit, aliquid temporis ei esse relinquendum ad quæstum alimentorum, ad curam corporis necessarium, ad curam valetudinis, quod etiam est proditum in l. 26. de medico liberto, à quo desiderabat patronus, ut sequeretur se, neque medicinam faceret, quod putaret, si libertus medicinam non fecerit, multo plures imperantes sibi habiturum, ubi nescio qui sunt, qui scribant, ad verbum illud imperantes (de quo hoc tantum meminisse sufficit) commune id esse verbum medici, & ægroti: obstetrix, quæ est veluti medica quædam apud Terent. in And. act. 3. sc. 2. Quod iussi ei dari biber. sic legendum, non bibere, & quantum imperavi, date. Subjicit autem liberales tantum operas, libero homine dignas à liberto exigi posse, ita ut possit acquiescere meridiano tempore, ut possit meridiari, & interjungere, & ut sinat eum habere rationem valetudinis, & sanitatis, & honestatis: verum ad rem. Ita concludendum est, libertum suo victu, vestituque si idoneus sit, & locuples, operas, quas debet patrono exhibere debere, inopem autem esse alendum, aut iis diebus, quibus operas edit, tantum temporis esse impertiendum, quantum sufficit ad victum sibi comparandum, & emendandum. Non est opus, quod faciunt glossæ, ut distinguas inter operas certas, & incertas, quia nec leges hac distinctione utuntur. At quia etiam plerunque incertæ sunt operæ, quas liberti patronis debent, debent enim liberti quas indixerit patronus, quas poposcerit, quas sciverint, vel didicerint postea, operas quascunque patrono præstare prout ex usu, & commodo fuerit suo. Verum nondum satis est. Observanda sunt hac in re duo sumptuum genera: est sumptus quidam itinerarius, viatica, vestura: est & sumptus cibarius, aut vestiarius: hunc patronus non aliter præstat, quam si parare eum sibi libertus non possit, itinerarium sumptum præstat, de quo est lex 21. dum ait, operas eo loco edi debere, ubi patronus moratur, sumptu scilicet, & vestura patroni, ubi copula, & videtur esse διαστροφή, sumptus scilicet accipere significationem ex sequenti nomine vesturæ: viatica igitur, & vesturas patronus præstat. Quod respicit ad §. ult. l. 20. in quo Paulus ait, ex provincia, ubi moratur libertus, libertum Romam venire debere, ad reddendas operas scilicet si patronus Romæ moretur, non si eo se contulerit vexandi liberti causa. Et hoc est, quod ponit, dummodo tanquam vir bonus, & diligens paterfam. Romæ moraretur, vel in provinciam proficiscatur. Dies autem, qui interim cedunt, dum Romam venit libertus, videlicet quum debuit operas certorum dierum, patrono pereunt, ut & hoc loco Paulus ait, & ad extremum subjicit, si patronus vagari per orbem terrarum velit, non esse liberto injungendam necessitatem, ut ubique eum sequatur. Sequi patronum est genus operæ, sed non operæ liberalis, qualis tantum peti à liberto potest, si indicat, ut se sequatur ubique. Ad hæc etiam addendum est in hac re, separanda esse operas servi legatas, ab operis libertorum: impendia cibariorum ipse libertus, qui est in facultatibus, facit, dum patrono edit operas: at legatis servi operis impendia cibariorum, & valetudinis, legatarius sustinet, non heres, à quo sunt legatæ ser-

P 2

vi

vi operæ, *l. sicut impendia, de usufr.* Si usufructuarius præflat impendia cibariorum servo, cujus usufructus legatus est, & multo magis is, cui operæ servi legatæ sunt, quia plus continetur operarum legato, quam legato usufructus servi. Quod memini me demonstrare ad *l. 2. de usufr. leg.*



JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XLI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. VI. de Bon. poss. *Sed cum patrono quidem contra tabulas certæ partis bonorum possessionem prætor polliceatur scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis: convenit non esse jus adcrendi. Igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur: cum cæteri, quibus adcrendi jus est, semel debent agnoscere bonorum possessionem.*

Ad §. Bonorum possessionis beneficium multiplex est. Nam quædam bonorum possessiones competunt contra voluntatem: quædam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus jus legitimum, vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem deserunt sui heredes esse: propter æquitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem prætor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem.

Ad §. Notis scriptæ tabulæ non continentur edicto, quia notas literas non esse, *Pedius lib. 25. ad edictum scribit.*

ABSOLUTO Lib. XL. transeundum nunc nobis est ad XLI. qui est de bonis libertorum, & de successione igitur, sive bonor. posses. libertorum, atque etiam ingenuorum hominum. Et prius quidem in eo egit Paulus de successione libertinorum, licet in Cod. Justin. prius dantur tituli, qui successiones libertinorum spectant, quam qui ingenuorum. Incipiam à *l. 6. de bon. poss.* cujus in initio contra quam definitum fuerit in *l. 3. §. ult. hoc tit.* Paulus docet: non semper inter bonorum possessores, id est, inter eos, qui jure prætorio defuncto in universum jus succedunt, versari jus adcrendi, id est, portionem omittentis, aut repudiantis bon. posses. tacito jure non adcrecere ei, qui pro portione sua bon. posses. petiit, admittit, agnovit, vid. si iis, qui simul ad bonorum posses. defuncti vocantur, non ejusdem, sed diversi juris deferatur bon. posses. puta alii bon. posses. *sec. tab.* veluti heredi scripto in testamento liberti, vel generaliter heredi scripto in tabulis testamenti, alii bonorum possessio contra tabulas, veluti patrono præterito in testamento liberti, vel heredi instituto ex modica portione. Cui quidem Paulus ait hoc loco, dari certæ partis bonorum posses. Scripserat Paul. dimidiæ partis. Sed pro eo reposuit Tribon. *certæ partis*, quia dimidiæ Justin. mutaverat in tertiam. Portio debita verecundiæ patronali hodie est tertia pars bonorum, ante Justinianum fuit dimidia pars bonorum. Extraneo igitur herede instituto testamento liberti, & patrono silentio præterito, patrono omisso datur bonorum possessio contra tabul. dimidiæ partis bonorum liberti ex edicto prætoris, quod obtinuit ante Justinianum, a se inter eum, & heredem scriptum diviso ex æquis portionibus. Quod juris etiam manifesto proponitur in *leg. 1. de bon. libert.* & in *l. 1. §. pen. si cui plus qu. per leg. Falcid.* & *l. debitor, §. 1. de pign. act.* & in *institui.* Et in Nerone Svetonii id satis etiam evidenter demonstratur, dum scribit: Pro semisse Neronem decrevisse patronis dare dodrantem: nam pars debita patronis erat semis bonorum liberti, vel libertæ. Fac vero deliberante herede scripto testamento liberti patronum præteritum petiisse bonorum posses. contra tab. dimidiæ partis, deinde heredem scriptum omi-

sisse, vel repudiavisse hereditatem; aut bonor. posses. secundum tabulas, an pars heredis scripti tacito jure adcrecit patrono? Minime, quia non eodem jure ambo invitantur ad bon. poss. patronus, & libertus: hic vocatur jure testamenti, ille jure prætorio. Jus autem adcrendi inter eos duntaxat versatur, qui eodem jure, non qui diverso vocantur. Ideoque alterius quoque partis bonorum posses. patrono necessaria est, quam & in hunc casum prætor patrono, nominatim, inquit (quod notandum) edicto pollicetur. Ait *nominatim*. Est igitur proprii generis bonor. posses. quæ hoc casu patrono datur, ut frustra quærat Accursius quænam ea sit, in glossa magna, quæ tota circumscribenda est: si altera pars, quam omisit, vel repudiavit heres scriptus, obveniret patrono tacito jure, nec opus esset patrono nova bonor. poss. *l. 2. §. si duo, de bon. poss. sec. tab. l. si ex duobus, §. 1. de adq. hered.* Et hoc est, quod ait, cæteros, quibus jus adcrendi est, semel duntaxat debere agnoscere bonor. poss. vel semel adire hereditatem, vel semel pro herede gerere. Et ad hæc confirmanda valde pertinet *l. si ve patronus, §. ex duobus, de jure patron.* Quæ tamen sane desiderat explicationem, & eam quidem accurate. Patronus testamento liberti heres institutus ex minore parte, quam dimidia, extraneo herede adjecto, contra tab. testamenti partis dimidiæ bon. poss. habet, perinde atque si institutus non esset, nisi quod deest ad suppleendam portionem dimidiam, portionem debitam, portionem legitimam per servum suum ex eodem testamento acquirere possit. Quod ostenditur in eadem *l. si ve, §. excluditur, & in l. 45. de bon. libert.* At finge: duo sunt patroni testamento liberti heredes instituti, Titius, & Cajus, nullis aliis adjectis coheredibus. Titius heres institutus est ex debita parte, Cajus ex minori parte. Titius bon. poss. contra tab. petere non potest, quia satisfactum ei est, cum sit institutus ex debita parte: Cajus, qui institutus est ex minori parte, petere potest bonorum poss. contra tab. Cajo autem repudiante, portio ejus, Caji scilicet, non adcrecit Titio ipso jure, quia diverso jure vocatur ad liberti bona, unus jure testam. alter jure prætorio. Sed Titio necessaria est ejus partis bon. posses. nova, Titio opus est titulo proprio ad eam partem obtinendam, quia non ei adcrecit ipso jure. Contra Cajo, qui ex minori parte heres institutus est, petente bon. poss. contra tab. quod ea ei pars aliunde non suppleretur, ait, portionem Titii repudiantis ei adcrecere posse: non dicit, quod observandum, *ei adcrecere, sed adcrecere posse*. Itaque hoc vult portionem vacantem ei non adcrecere jure adcrendi, sed ei acquiri accepta bon. poss. quam in hunc casum Paul. ait hoc loco, nominatim prætorem polliceri. Et ita recte ait, *non adcrecere*, quod fieret statim ipso jure tacite, *sed adcrecere posse*. Ad hæc etiam notandum est, casum hujus legis 6. non esse confundendum cum casu legis si libertus præterito, de bon. libert. quem tamen Accursius confundere cum isto videtur. Casus legis si libertus, hic est: libertus extraneum heredem instituit, & patronum silentio præterit: patronus antequam in semissem peteret bon. poss. contra tab. capite minutus est, quia se in adoptionem dedit, atque ita suæ familiæ, & suæ spontis esse desiit: & per hoc amisit etiam bon. poss. contra tab. ut *l. 3. §. si emancipatus, de bon. poss. contra tab.* Postea extraneus heres scriptus testamento liberti, hereditatem repudiavit, atque ita libertum intestatum fecit deserto, destituito testamento: hoc casu patronus ad omnia bona liberti vocatur per bonorum possessionem unde legitimi, perinde atque si libertus nunquam testamentum fecisset. Hic casus longe diversus est à casu proposito in hac *l. 6.* quo nempe proponitur patronus petiisse bon. poss. contra tab. partis dimidiæ, antequam heres scriptus omitteret hereditatem, deliberante, & consultante herede scripto. Verum in hoc rursus dubitatur, qui potuerit patronus partis debitæ petere bonorum posses. contra tab. quæ non deferretur ante aditam hereditatem ex testamento, ut ostenditur, & est verissimum ex *l. 3. §. ut patronus, & §. si pat. de bonis libert.* & ab ipso Paulo in hoc libro in *l. 4. de bonor. poss. contra tab.* Dicam facillime patronum impetrare potuisse debitæ partis bonorum posses. contra tab. etiam ante aditam hereditatem ex tab. testam. quia

quia prætor dat sine cunctatione cuilibet petenti bonorum poss. de plano, & in transitu, sine causæ cognitione, ut demonstratur in l. 3. §. si causa, hoc tit. Exceptæ sunt quædam bonorum possessiones, quæ non dantur, nisi causa cognita pro tribunali, quæ *decretales* dicuntur: cæterum *edictales* bonorum possessiones, quæ edictis à prætore promittuntur, dantur cuilibet, & quolibet tempore, quolibet die, & sine causæ cognitione: etiam heredi scripto sub conditione datur bon. poss. sec. tab. antequam conditio extiterit, & nihil est quod facilius à prætore detur, sicut & hodie literæ, quæ dicuntur Cancellariæ, quæ & iis bonor. poss. comparari possunt, dantur in foro, non in aula, cuilibet petenti facillime, litis alicujus instituendæ vel ordinandæ causa, veluti pro titulo, pro colore instituendæ litis. Verum si patronus ante aditam hereditatem præmature debitæ partis bonor. poss. cont. tabul. petierit, postea deserto testamento ab herede scripto, id est, repudiata hereditate, illius partis bonorum possessio, quam accepit, mutat jus, & conditionem suam, & patronum prætor tuetur, perinde atque si illius partis ei dedisset bonorum possessionem ex parte unde legitimi: & alterius quoque partis ei dat bonorum possessionem, ut assem habeat, veluti liberto intestato defuncto: nam & intestatus is est, cujus testamentum repudiatur. Et hoc genere modoque, ut bonor. possessio uno jure data, in aliud jus convertatur, tuitione prætoris, in hoc tractatu est frequentissimum, l. 3. §. pen. de bon. poss. cont. tab. l. *Infans*, de bon. liber. l. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab. l. *filius*, de collat. dotis: Sequitur in hac lege divisio bonor. possess. Bonorum possessionis, inquit, beneficium multiplex est, *ἐπιπέρας ἀπολαύσεως* in Basil. Alias enim bonor. possessiones factæ testamento competere contra testamentum, contra voluntatem testatoris, ut bon. possessio cont. tab. quæ liberis, vel patronis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque exheredibus competit, alias competere secundum voluntatem testatoris, ut bon. poss. sec. tab. quæ scriptis heredibus competit, vel bon. poss. secundum nuncupationem, quæ nuncupatis heredibus competit, non scriptis, l. si ita scriptum, §. ult. de bon. poss. sec. tab. l. 2. C. eod. tit. l. ult. C. de codicill. l. 1. C. de bon. poss. contr. tab. Alias autem bonor. poss. competere ab intestato jus legitimum habentibus, vel, inquit, non habentibus jus legitimum, propter capitis deminutionem, ut bon. poss. unde liberi, quæ datur ab intestato liberis suis heredibus, qui in potestate, & familia morientis fuerunt, quos constat vocari ad hereditatem jure legitimo, id est, ex 12. tab. jus habere legitimum in hereditate intestati. Datur etiam eadem bon. poss. quæ dicitur *unde liberi*, liberis emancipatis, qui in potestate, & familia morientis non fuerunt, qui etsi legitimo jure non vocentur, propterea quod capite minuti sunt: emancipatio est capitis deminutio, & sui heredes esse desierunt: vocantur tamen jure prætorio rescissa capitis deminutione, ut ait hoc loco, & l. 3. si emancip. 1. de bon. poss. cont. tab. in illo loco: *non enim per rescissionem*, id est, quod male ibi glossa, per rescissionem capitis deminutionis, per rescissionem emancipationis, ut in l. 9. C. Theod. de bon. prosc. Idque prætor facit naturali æquitate motus, propter æquitatem, inquit, rescindit eorum capitis deminutionem, quia etsi non sint sui heredes, quæ tamen liberi, etsi non civiles liberi, sunt tamen *νόμιμοι* liberi. Et addit Paul. *legum quoque tuendarum causa prætor datur bonorum possessionem*, videlicet cum ab intestato, ita hic locus explicandus est, liberis deficientibus dat bon. poss. unde legitimi, agnatis, qui ad hereditatem vocantur ex 12. tabul. vel etiam cognatis quibusdam, qui quamvis non sint agnati, tamen inter agnatos ex legibus quibusdam vocantur, vel ex SC. ut mater ad hereditatem liberorum, quamvis sit cognata, non agnata, ex SC. Tert. & alii quidam cognati, non omnes, vel ex lege Cornelia, vel ex legibus Julia & Papia. Harum legum tuendarum causa prætor dat bonorum poss. unde legitimi. Bonorum possessio *unde liberi* datur etiam iis, qui legibus incogniti sunt, veluti emancipatis liberis. Unde legitimi bonor. poss. datur tantum iis, qui jus legitimum habent, qui jure & legibus veteribus, aut novis cogniti sunt. Itaque non est valde necessaria, quia legis beneficio vocantur potius,

Tom. II. Post.

quæ prætoris, l. 3. C. de senatusc. Orfit. l. 4. C. de legis. heredib. l. 1. C. Theod. eod. tit. Sicut nec liberis suis heredibus admodum necessaria est bonorum possessio unde liberi, quia ipso jure heredes sunt, sine aditione, sine bonor. possessione. Sed sunt, qui non contenti jure civili, cupiant etiam habere prætorem successionis ei delatæ auctorem, accepta bon. possessione. Extrema clausula hujus legis pertinet ad bon. possessiones sec. tab. quæ ita demum dantur ex testam. paganorum (excipio enim testamenta militum) si perscriptæ sunt literis, non etiam si notis. Secundum notariam sic vocatur, non datur bon. poss. sed secundum tabulas literis exaratas, atque perscriptas. Notæ non sunt literæ, l. Lucius, de testam. mil. l. 1. §. ludi, de extraord. cogn. notæ sunt compendia quædam, quibus vel singulæ, vel plures voces significantur, ut notæ Tironis Ciceronis liberti, notæ Senecæ, quæ circumferuntur, notæ Astrologorum, quibus signa coelestia significantur, & notæ, quibus glossæ nostræ Dig. estia significant, quarum frustra quæritur ratio. Ab iis notis diversa sunt quæ dicuntur *singula*, vel per synopen *sigla*, aut *sigla* à Justiniano, vel *singularia litera*, ut quatuor illæ literæ, quibus senatus populusque Roman. S. P. Q. R. significatur, sunt *singula*, non notæ proprie. Et ita etiam notarii sunt diversi à singulariis: singulariis sunt, qui excipiunt per singularias literas: notarii, qui per notas. Putem tamen & ex testam. pagani singulariis literis scripto, non dari bonorum possessionem: nam & hæc latiori significatione notæ dicuntur. Valer. Max. 2. *Senatusconsultis*, inquit, *litera T. subscribi solebat: eaque nota significabatur ita tribunos quoque censuisse*. Et M. quoque Tullius pro Muræna, *Notas juris auctorum vocat formulas Jurisconsultorum scriptas singulariis literis*. Notant hoc loco Græci interpretes ex *Σκεδάει* testamenti (utuntur eo verbo) ne fideicommissum quidem peti posse: rectissime ex l. 11. §. 1. de leg. 3. Sequitur l. 4. de bonorum poss. cont. tab.

Ad L. IV. de Bonorum poss. contra tab. *Illud notandum est, quod bonorum possessio contra tabulas, quæ liberis promittitur, locum habet, si ve quis heres extiterit, si ve non: hoc est, quod dicimus, contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem. Quod in patrono contra est.*

Ad §. Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem, vel exheredaverit, & ex eo nepotem omiserit, bonorum possessionis locus non est: quia non esset nepos suus heres futurus. Eadem sunt & in sequentibus gradibus.

D Ad §. Ad testamenta fœminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent.

Ad §. Si quis eum, qui in utero est, prætermiserit: etiam nondum nato eo, alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest: quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur præteritus: ut, etsi ante moritur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto heredem, qui nec hereditatem interim adire potest.

H Ujus l. initio quod proponitur aptissime conjungi potest initium l. 6. de bonorum poss. nam quæ sequuntur in ea lege de variis generibus bonorum possessionis, ea videtur Paulus in hoc lib. 41. scripsisse primore loco, quasi præparatoria, ut loquimur, ad universum tractatum de bonorum possess. deinde egisse de bon. poss. cont. tab. quam prima edicti parte prætor se daturum liberis, & patronis præteritis pollicetur. Unde & ex prima parte edicti, vel ex primo edicto petere bonorum possessionem, est petere bonorum possessionem cont. tab. l. 2. de bonis libert. l. 4. & 12. de Carb. ed. Quoniam hæc est omnium prima in edicto, atque adeo etiam in his libris primus titulus de bonorum possessione cont. tab. Initio autem hujus legis ostenditur, hoc distare bon. possess. cont. tab. quæ datur liberis præteritis testamento parentum virilis sexus, & per virilem sexum cognatione junctorum, hoc, inquam, distare

P p 2

à bon.

à bon. possess. cont. tab. quæ testamento libertorum præteritis patronis datur : quod liberis quidem præteritis datur bon. possess. cont. tab. non tantum si testamento parentis heres scriptus, heres extiterit, contra ipsum heredem, qui jam extitit heres, id est, qui jam adivit hereditatem, vel petiit bon. possess. sec. tab. contra ipsum heredem, ut in *l. 8. §. si ab uno, hoc tit. l. si ponas, de inoff. test.* sed etiam, si heres scriptus testam. parentis nondum heres extiterit, id est, ante aditam hereditatem, petitamve bonor. possess. sec. tab. Et hoc esse, quod vulgo dicitur, bonorum possess. cont. tab. quæ liberis silentio præteritis, omisis, prætermis, datur, competere contra testamentum, vel ut est in *l. quod vulgo, hoc tit.* esse contra lignum, contra testament. ligno incisum, non contra heredem. Satis est, si aliquis ex testamento heres existere potuerit, nec necesse est etiam, ut extiterit, quia hujusmodi bon. possessio non tam est contra heredem, quam contra voluntatem parentis ligno incisam. Patrono autem præterito, quæ datur dimidiæ partis bon. possess. cont. tab. datur contra heredem tantum, id est, contra eum, qui ex testamento liberti heres extiterit, non contra lignum: neque enim aliter datur competitve, quam si ex testamento liberti aliquis heres extiterit. Itaque ante aditam hereditatem petitamque bonorum possess. ex testam. liberti non datur, *l. 3. §. ut patronus, & §. si patronus, & l. 36. de bon. libert.* Aut si forte datur antequam aliquis liberto ex testam. heres extiterit, si datur quali contra lignum, ut in specie *l. 6. de bon. poss.* quod & ibi Bartolus sensisse videtur, tuendus patronus est à prætoris in illius portionis bonorum possessione, perinde atque si non ex prima parte edicti, quæ est de bonorum possess. cont. tab. sed ex parte unde legitimi, ab intestato eam accepisset; & alterius quoque portionis ei petenda bonor. possessio est, & hoc repudiante herede scripto: quo genere bonorum possessio cont. tabul. quam patronus præmaturatione petiit & admisit, sine re constituitur, adeo ut indigeat patronus tuitione prætoris in obtinenda ea parte, quam agnovit petita bonorum possess. cont. tab. & bon. possessione nova, in obtinenda altera parte, quæ vacat per repudiationem heredis scripti, quam etiam bonorum possessionem alterius partis se in hunc casum prætor daturum nominatim in edicto pollicetur, ut ait *d. l. 6.* tanquam patrono necessariam, quia portio heredis scripti, qui repudiavit hereditatem, tacito jure ei adcrefcere non potest, propterea quod jus adcrefcendi non versatur inter eos, quibus diverso jure bona deferuntur, ut in ea specie patrono deferebatur jure bonorum possessionis contra tabulas, heredi scripto jure bonorum possessionis sec. tab. Et quod etiam dixi in *d. l. 6.* ad eam valde pertinere *l. si libertus, §. ex duob. de jure patron.* verissimum est. Sed retractanda species illius *§. ex duob.* Duo sunt patroni testamento liberti heredes instituti, Titius, & Cajus, Titius ex debita parte, Cajus ex minori parte. Titio, cui satisfactum est, cum sit scriptus ex debita parte competit bonor. possess. sec. tab. Cajo, cui satisfactum non est ad plenum, competit bonor. possess. cont. tab. Ideoque inter Titium, & Cajum jus adcrefcendi non est, quia diverso jure vocantur in liberti bona. Proinde Titio agnoscente bonorum possess. sec. tab. ac deinde Cajo omittente bonorum possessionem contra tab. portio Caji non adcrefcit Titio ipso jure, sed necessaria ei est partis Caji bonor. possessio, quam etiam in hunc casum se daturum prætor nominatim pollicetur, ut ait *d. l. 6.* At si non Cajus tantum, sed etiam Titius ex minore parte fuerit scriptus extraneis adjectis coheredibus, & Titius partis debitæ cont. tab. bonor. possess. petierit, Caji portio, qui eodem jure invitabatur, id est, cui etiam deferebatur bonorum possessio contra tabulas, si Cajus eam repudiaverit, vel omiserit, statim tacito jure adcrefcit Titio etiam invito, & ignorantem, nec necesse ei est petere partis Cajanæ bonorum possessionem novam, quoniam in iis, quibus jus adcrefcendi est, semel adire hereditatem, aut semel bonorum possessionem admittere satis est. Et hanc esse verioris speciem illius *§. ex duobus*, & verborum proprietati convenientem magis valde perspicuum est. Nunc videamus, quæ sit ratio superioris differentiæ, cur liberis

præteritis detur bonor. poss. vel contra heredem, vel contra lignum, patronis præteritis contra heredem tantum? Ratio hæc est, quæ patrono præterito datur bonorum possess. certæ partis, puta semissis, non totius assis bonor. possessio est, & consequenter, quæ patrono datur bonor. possess. contra tab. hereditatem partitur inter patronum, & heredem scriptum ex partibus æquis, vel hodie ex constitutione Justin. pro belse, & triente. Esse igitur prius heredem oportet, cum quo patronus partiatur liberti bona jure bonor. possess. cont. tab. Nam si liberto nullus heres existat ex testamento, tum patrono as defertur alio jure, nempe ex parte unde legitimi vocantur, *l. si libertus præterito, de bonis libert.* Liberis autem præteritis, sive ex testam. parentis, in quo prætermis sunt, heres existat, sive non, totius assis bon. poss. cont. tab. defertur, ne semuncia quidem heredi scripto relicta. Hæc vero sufficerent ad initium hujus legis, nisi Accursius objiceret *l. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab.* quæ ait, heredes scriptos expectare debere liberos præteritos, quamdiu bon. possess. cont. tabul. petere possunt: & iis demum exclusis bon. poss. sec. tab. petere posse. Ex quo efficit non male, bon. poss. cont. tab. dari, antequam heredes scripti petierint bon. poss. sec. tab. Cum tamen hoc loco dicatur, locum habere bon. poss. contra tab. etiam si aliquis ex test. heres extiterit, sive aliquis, inquit, heres extiterit, sive non. Verum id ita Accursius explicat male, quasi possit heres scriptus adire hereditatem jure civili, non expectato filio præterito, non etiam petere bon. poss. sec. tab. nam & hanc petere potest. Quidni? & quacunque alia via hereditatem testamento delatam adquirere, vel additione, vel gestione pro herede, vel petita bon. poss. sec. tab. Sed si bon. possessionem sec. tab. petierit, antequam filius præteritus peteret contra tabulas, bon. poss. sec. tab. quam petere occupavit, erit sine re, si postea filius præteritus petierit bon. poss. cont. tab. Itaque rectius fecerit, & hoc vult *d. l. 2. §. 1.* quam objicit Accursius, si filium præteritum expectaverit, nisi sui juris plane certus fuerit, & virium testamenti. Eodemque prorsus modo diximus, patronum præteritum posse petere bon. poss. contra tab. antequam aliquis ex testamento liberti heres extiterit, ut in *d. l. 6.* Sed erit sine re, sine effectu, si postea heres scriptus repudiaverit hereditatem, aut bonor. poss. sec. tabul. quia res ad intestati causam redit, & necessaria nunc patrono est tuitio prætoris in partem, quam nactus est jure bonorum possessionis cont. tabul. quasi quæsitam jure intestati, & alterius quoque partis bonorum possessio nova. Male etiam Accursius notat hoc loco, si ante aditam hereditatem ex testam. liberti præteriti petierint bonorum possess. cont. tab. testamentum ipso jure non valere: si post aditam hereditatem eam petierint jure civili, testamentum valere: sed jure prætorio rumpi, vel infirmari. Debuit enim Accursius distinguere inter liberos suos, qui in potestate morientis fuerint, & liberos emancipatos, nec distinguere inter aditam, vel non aditam hereditatem. Liberi suis præteritis ipso jure testamentum non valet, *l. filio præterito, de inj. rupto test.* Atque ideo non potest adiri hereditas ex testamento, quod nullum est. Bonorum tamen possessio secund. tab. peti potest, si modo obsignatæ fuerint, non minus quam 7. testium signis. Signa testium sunt ex jure prætorio, & prætor non servato jure civili semper dat cuilibet petenti bonorum possess. sec. tab. si animadvertat eas esse obsignatas 7. testium signis, etiamsi jure civili sit injultum, nullum, vel ruptum, vel irritum testamentum. Hæc tamen bonorum possessio secundum tabulas, postea sine re constituetur si petatur bonorum possessio contra tabulas. Emancipatis autem præteritis liberis, verum est ipso jure testamentum valere, & ex eo hereditatem adiri, & bonorum possessionem sec. tab. peti posse, sed rescindi per bonorum possess. cont. tabul. *l. 1. de leg. præst. l. ut liberis, C. de collation.* rescindi, inquam, per bonorum possess. contra tabulas, & per eam quoque bonor. possessionem sec. tab. sine re constitui. Hæc sunt certissima. Bonorum possessio facillime datur cuilibet petenti; & quolibet loco, quolibet tempore, de plano, in transitu, sine causæ cognitione, sine decreto, quæ tamen non utique

que semper cum re futura est, sicut litteræ Cancellariæ, ut sup. dicebamus, quæ in foro conceduntur, quæque non male comparantur bonorum possessionibus non semper cum re futuræ sunt: non semper qui eas obtinuit, & rem obtinet. Inde recte Ulpianus *lib. sing. reg. iis. 28.* bonorum possessionem ait cum re dari, aut sine re, quod & ibi latius explicat, & *l. filius, C. de inoff. test. Bonorum possessionem* (in specie ibi proposita) *dari cum re.* Et similiter 9. Epistol. Divi Ambrosii: *heredes alios esse cum re, alios sine re.* Qua forma & alii auctores *tribunitiam potestatem sine re,* & de Cupidine; *Deum sine re.* Bonorum autem possessionem secund. tab. passim dari à præatore non perscrutato jure civili, id est, eo non quaesito: an testamentum valeat jure civili, si modo sint ob signatæ septem tertiū signis, ostendit *§. non tamen, Instit. quib. mod. test. infirm. & l. postumus, de inj. rupt. testam.* Sequitur in *§. 1.* hujus legis B certa definitio juris.

A *D §. Si quis.* Bonorum possessionem contra tabul. dari liberis præteritis suis heredibus, quive sui heredes futuri erant. Sui heredes sunt liberi, qui in potestate morientis sunt, & quos nemo præcedit delatæ hereditatis tempore, id est, qui defuncto gradu proximiores sunt. Sui heredes futuri erant filii emancipati, si emancipatio non intervenisset. Ideoque iis, etiam si præteriti sint, rescissa emancipatione à præatore datur bonorum possessio contra tabulas. Item suus heres avo futurus erat nepos ex filio emancipato conceptus post emancipationem filii, videlicet filio defuncto ante avum, si emancipatio filii non intervenisset, ideoque ei etiam, si testamento avi præteritus fuerit, datur bonorum possessio contra tabulas, *l. si emancipatus, §. 1. l. si retentus, §. ult. hoc tit.* quia suus avo futurus erat. At si testamento patris, quæ est species *§. 1.* filius, quem pater habuit in potestate non sit præteritus, sed institutus, vel exheredatus, nepos ex eo filio, qui etiam fuit in potestate testatoris avi sui paterni, sit præteritus, ei non datur bonorum possessio contra tabulas, quia avo suus heres futurus non erat: propterea quod filius pater suus eum priori gradu præcedebat: eadem est ratio pronepotis, & nepotis, & sequentium graduum. Item ut subjicit in *§. seq. liberi præteriti testamento matris, vel aviæ, non habent bonorum possessionem contra tabul.* quia matri, vel aviæ neque sui heredes sunt, neque sui heredes futuri erant: nulla enim scæmina suos heredes habere potest, *l. nulla, de suis, & legit. hered.* quia scæminæ liberos non habent in potestate. Leo in Novella 27. *Μὴν αὐτῶν προσαύτω ὑπὲρ τῶν κλημάτων τῆς μητρός, solus mas habet liberos in potestate.* Unde patria potestas dicitur tantum, non potestas ulla, quæ nomen ducat à matre, vel avia, vel avo materno: sed quia liberi præteriti à matre, vel avia, vel etiam avo materno pro exheredatis habentur, ideoque eis tanquam exheredatis datur querela inofficiosi testamenti, & quidem contra heredem scriptum, quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela inoffic. testament. quatenus, hæc est ratio, non alia, exheredationis nullus effectus est ante aditam hereditatem, *l. Papinianus, §. si conditione, de inoff. testam. l. 12. §. ex test. de bon. libert.* Relat adhuc *§. ult. h. l.*

A *D §. ult.* Cujus quaestio communis est cum *l. si filius heres, de liber. & postum.* & cum *l. ventre, de acquir. hered.* quæ vulgo censentur inter difficiliore, & ea quidem quaestio pertinet ad hanc speciem. Pater filium heredem instituit, & postumum, qui erat, aut existimabatur esse in utero uxoris, prætermisit, præterivit: filius heres institutus cum re bonorum possessionem secundum tabul. accipere non potest, quia in eo sunt tabulæ testamenti, ut quamprimum jure civili rumpantur agnatione postumi prætermitti, vel jure prætorio rescindantur per bonorum possessionem contra tabulas, quæ postumo præterito competit. At quaeritur, an interim tamen filius, quamdiu speratur postumus, perinde ac si jam natus postumus esset, petere possit bonorum possess. contra tabulas. Jam exclusimus illum à bonorum possessione secundum tabul.

A nunq. quaerimus, an interim, dum non nascitur postumus, perinde ac si jam natus esset, filius heres institutus, possit petere bonorum possessionem contra tabulas. Quæ quaestio, ut intelligatur, sciendum est, nato postumo præterito bonorum possessionem contra tabulas, non tantum postumo competere, sed etiam fratri heredi instituto, quali commissio edicto, ut loquimur, de bonorum possessione contra tabulas, per postumum, id est, quali per postumum rupto testamento aperta via petendæ bonorum possessionis contra tabulas, etiam heredi instituto quasi inutili, aut irrita facta institutione, *l. 3. §. si quis ex liberis, hoc tit.* Quam etiam viam ingredi, & bonorum possess. contra tabulas filius heres institutus accipere potest, antequam postumuseam acceperit, *l. si post mortem, §. ult. hoc tit.* Inde hoc quaeritur, an etiam nondum nato postumo, nondum rupto testamento possit filius heres institutus tanquam commissio edicto propter postumum præteritum petere bonorum possessionem contra tabulas? Quod magni interest scire, quia si præmoriatur filius nondum nato postumo, & nondum petita bonorum possessione, nihil ex bonis paternis transmittit ad heredem suum: bonorum enim possessio, quæ petita non est, non transferitur in heredem, sicut nec hereditas, quæ adita non est, *l. 3. §. acquirere, de bonor. possess. l. unica, §. in novissimo, C. de cad. toll.* Sed si præmoriatur filius petita, & admissa bonorum possessione, commodum bonorum possessionis transmittit ad heredem suum. Quamobrem etiam nondum nato postumo, nondum edito partu, petenti filio prætor decernit bonorum possessionem contra tabul. & si quidem filius emancipatus sit, omnimodo necesse est, ut eam agnoscat ex decreto prætoris, si quid ex bonis paternis ad heredem suum transmittere velit, quia hoc tantum remedio ad bona patris pervenire interim potest, decreti remedio, non etiam ex edicto, ac non etiam juris sui ignarus, jure civili hereditatem adire potest, dum in incerto est agnatio postumi præteriti. Verum, ut ostenditur in *l. seq.* etiam si filius emancipatus nulla bonorum possessione petita, vita decesserit, æquum est heredibus ejus succurri similiter decreto prætoris, quia edictum deficit, causa cognita heredibus ejus data bonorum possessione secundum tab. non nato postumo, qui ventre vacuo frustra expectabatur, vel abortu facto, aut postumo nato iisdem heredibus data bonorum possessione contra tab. in portionem hereditatis quasi commissio edicto per postumum, ut sit etiam in specie *l. scriptus, de Carbon. ed. Decretalis* hæc bonorum possessio est: nam edictalis, quæ agnita non est à defuncto, ad heredes transmitti non potest. At videamus, cur dicat Paulus hoc loco, maxime in filio emancipato herede scripto necessarium esse, ut ei decernatur bonorum possessio cont. tab. interim, dum non nascitur postumus, ne si interim ipse moriatur, nihil heredi suo relinquat ex paternis bonis. Hoc vero remedium ea ratione dicit necessarium maxime esse filio emancipato, quia filius suus, id est, qui in familia testatoris retentus est, ipso jure heres est citra aditionem, & citra bonorum poss. *l. in suis, de suis, & leg. hered. l. 5. §. qui sunt, si quis omiff. caus. test.* Filius suus heres existit, statim etiam ignorans, vel ex test. si sit scriptus, vel ab intestato, si pater test. non fecerit, vel si quod fecit, ruptum, aut destitutum sit: heres, inquam, existit, vel ut Theophilus noster hoc verbum interpretatur, *αὐτοκίνητος*, statim heres apparet, existit ipso jure, non fit. Et consequenter in specie proposita, si filius, qui in potestate morientis testatoris fuit, filius suus, ut vocamus, heres scriptus sit non nato postumo, etiam si priusquam liqueret vacuum esse uterum mulieris, filius vita functus sit, ex test. heres patri ipso jure extitisse intelligitur, atque adeo hereditatem transmisisse ad heredes suos, *l. ventre 84. l. cum quidam, §. suum, de adq. hered.* Postumo autem nato post mortem filii heredis instituti, ex testamento quidem, quod ruptum est agnatione postumi præteriti, filius proculdubio ex testamento non intelligitur heres extitisse, quod nullum est, Verum ab intestato heres extitisse intelligitur, si nullum coheredem, aut substitutum vulgari modo habuit, à quo susten-

sustentarentur vires testamenti, quia eo tempore, quo mortuus est, certum esse coepit neminem ex testamento heredem fore, cum coheredem non habuerit, aut substitutum. Ergo ab intestato heres extitisse intelligitur in ipso moriendi articulo. Et ita definit Africanus in *l. si filius heres, de lib. & post.* Ideoque cum intelligatur heres extitisse ab intestato, ad heredes suos portionem suam paternæ hereditatis transmisisse intelligitur. Utroque igitur casu, ut ait *l. ventre*, sive mulier utero sit plena, sive vacua, interim decreto prætoris filios subveniendum est, videlicet si jure prætorio bon. poss. amplecti velit, quia & jure civili, sive postumus non nascatur, patri ex test. heres extitisse intelligitur, sive postumus nascatur jure civili, una cum postumo patri ab intestato heres extitisse intelligitur. Quæ ratio facit, ut ait *lex ventre, de adq. hered.* ut & filio emancipato heredi instituto, præterito postumo subveniri debeat, nimirum data bonorum poss. decretali, quia & filius emancipatus omnimodo rem habiturus est, sive postumus non nascatur jure bonorum poss. sec. tab. sive nascatur jure bon. poss. cont. tab. commisso edicto. At in filio emancipato hæc decretalis bonorum poss. necessaria est: in filio. non est necessaria, quia ipso jure heres existit, alterutro casu, vel ex testamento, vel ab intestato. Emancipatus autem ipso jure heres non existit, sed vel aditione hereditatis heres fit ex testamento, non nato postumo, vel rupto testam. agnatione postumi bon. possessor fit petita bonor. possessor cont. tab. Et hæc tantum hac in re differentia intercedit inter filium suum, & filium emancipatum. Nunc transeamus ad *l. 6.*

Ad *L. VI. eod. Si emancipatus filius nepotem procreaverit, & ita decesserit, deinde avus ejus: nepos ad avi bonorum possessionem venire potest.*

Ad *§. Quod si & filium; & nepotem emancipaverit; vivente quidem filio, nepos non veniet: post mortem autem ejus, ad bonorum possessionem avi veniet.*

Ad *§. Nepote quoque solo emancipato, & avo mortuo, deinde patre ejus, nepos præteritus accipiet patris bonorum possessionem: quia suus heres esset futurus patri, si potestate avi non exisset.*

Ad *§. Filio emancipato, si nepos retentus sit, & utrique præteriti: utrique accipient bonorum possessionem.*

Ad *§. Si filius emancipatus, in adoptiva familia nepotem sustulerit: ne nepos quidem ad bonorum possessionem avi naturalis veniet. Sed etsi emancipatus filius, procreatis nepotibus, in adoptionem se dederit, ut eum filii sequantur, idem erit. Plane si is, qui apud adoptivum avum procreatus est, emancipatus sit, veniet ad bonorum possessionem avi naturalis. Adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit. Cæterum emancipatus ad bonorum possessionem parentum naturalium venit: sed emancipatus vivis eis, non etiam post mortem eorum: hoc enim verius est, post mortem eorum emancipatum non admitti.*

Quod didicimus in *l. 4. §. 1. & §. ad testamenta*, idem comptobatur in hac *l. 6.* propositis variis exemplis: Bonorum possessio contra tab. datur liberis silentio præteritis, id est, neque institutis, neque exhereditatis: liberis præteritis, qui sui fuerint, id est, qui in familia, & potestate morientis fuerint: datur etiam iis, qui sui non sunt, si modo sui futuri erant, veluti liberis emancipatis: qui si non exissent potestate patris, utique sui futuri erant. Si suus futurus non erat, quamvis sit ex liberis, non datur bonorum possessio contra tabulas: ei tamen, qui nunquam fuerit in familia, & potestate morientis, si præteritus fuerit, datur bonorum possessio contra tabulas, si modo suus futurus erat, ut in specie *l. 7.* & in hac specie, quæ proponitur initio legis *6.* à Paulo. Filius post emancipationem nepotem procreavit, & prior vita decessit, deinde avus, nepote ex filio præterito, extraneo scripto: nepoti datur bonorum possessio contra tabulas avi, licet nunquam in potestate ejus fuerit, quia hoc casu, mortuo scilicet patre avo superstitite, semoto patre, avo suus heres futurus erat, si emancipatus filius non fuisset, *l. 3. in princip. hoc tit.* Recte ait Pau-

lus, si emancipatus filius nepotem procreaverit: recte procreaverit: nam si filius meus emancipatus extraneum adoptaverit in locum filii, huic præterito testamento meo non datur bonorum possessio contra tabulas, quia mihi ex liberis non fuit, mihi extraneus, non nepos fuit, *l. ult. in fin. hoc tit.* Adoptio enim jus tantum agnationis adfert, non jus cognationis, jusve sanguinis, *l. qui in adoptionem, de adopt.* Item finge: filium simul, & nepotem ex eo, qui erant in mea potestate emancipavi, & in testamento utrumque prætermisi: vivente filio nepos præteritus testamento meo non veniet ad bonorum possessionem contra tabulas, quia filius eum præcedit. Nec igitur nepos mihi suus heres futurus erat, sed filius, quasi gradu proximior. Mortuo autem filio me relicto superstitite, & nepote, nepos ex eo filio, qui etiam fuit præteritus, veniet ad bonorum possessionem contra tabulas, quia hoc casu prius defuncto filio, & me relicto superstitite, nepos mihi suus heres futurus erat, si emancipatio non intervenisset. Rursus finge: filium retinui in potestate, & nepotem ex eo emancipavi, & mortuus sum prior, deinde mortuus est filius meus facto testamento, in quo filium suum nepotem meum à me emancipatum præterivi. Nepos veniet ad bonorum possessionem contra tabul. patris sui mei filii, quamvis nunquam in ejus potestate fuerit, quia ei suus heres futurus erat, si potestate mea non exisset. Rursus finge: filium emancipavi, & nepotem ex eo retinui in potestate, & in testamento utrumque præterivi: hoc casu nepos mihi suus heres est, quia solus est in potestate mea; contra, filius mihi, qui suus heres futurus erat, non nepos, si filium non emancipassem: nepos obstat filio jure civili, quia mansit in potestate mea: contra filius nepoti obstat jure prætorio, quia mihi suus futurus erat. Quid fiet? Utri dabitur bonorum possessio contra tabulas? Uterque fuit præteritus: & dabitur bonorum possessio contra tabulas utrique conjuncto jure civili, & jure prætorio, conjuncto nepote suo cum filio emancipato ex edicto novo de conjungendis cum emancipato liberis, quod & Julianum edictum dicitur, quoniam in ordinatione edicti perpetui Julianus, qui eam fecit auctore Adriano Imperatore, hanc edicto clausulam adjecit fretus auctoritate Adriani, ut liberi sui conjungerentur emancipatis, *l. 1. §. qui habebat, hoc tit.* Et hæc est sententia *§. filio*, in hac lege, in *§. si filius*, qui solus superest in hac *l. 6.*

Ad *§. Si filius.* Ostendit, nepotem ex filio emancipato procreatum in adoptiva familia, in quam filius transierat, vel procreatum in familia filii, ac deinde translatum in adoptivam familiam, filio se dante in adoptionem: hunc, inquam, nepotem, si præteritus sit testamento avi naturalis, non venire ad bonor. possessionem cont. tab. avi naturalis, quia nec filius, qui se in adoptionem dedit, ad eam, si forte etiam præteritus sit, venire potest. Cur ita? Quia neuter avo, vel patri suus heres futurus erat, cum in aliena familia fuerint tempore mortis avi, vel patris naturalis. Sed, ut subjicit, quod & apertissime explicatur in *§. at ii, qui emancip. Inst. de hereditas. quæ ab intestato des.* si hic nepos ab avo adoptivo emancipatus fuerit vivente avo naturali, hoc enim exigitur, præteritus testamento avi naturalis veniet ad bonorum possessionem cont. tab. quia ei suus heres futurus erat: imo & eadem ratione si filius ipse emancipatus à patre naturali, si & à patre adoptivo emancipatus fuerit vivente patre naturali, postea præteritus testamento patris naturalis veniet ad bon. possessor. contra tabulas, quia ei suus heres futurus erat, si defuisset esse in familia adoptiva vivo patre naturali, etli à patre naturali emancipatus non fuisset. Adoptio enim, ut ait, tamdiu nocet, quamdiu quis in aliena familia est. Adoptio præterito non nocet. Atque ita hæc lex variis exemplis demonstrat bon. poss. cont. tab. dari ei, qui suus futurus erat, non dari ei, qui suus futurus non erat, quæ est certissima regula juris, demonstrata, ut dixi, hoc loco variis exemplis.

Ad *L. XI. eod. Si in adoptionem datus, sub conditione scriptus sit heres à naturali patre: alio committente cont. tab. edictum, & ipse veniet. Sed si defecerit conditio, repellitur ab ea possessione.*

essione. Idem puto, & in eo, qui pure quidem, sed non jure scriptus sit heres.

Ad §. Exemplo juris legitimi, & bonorum possessio contra tabulas distribuitur. Igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt.

Certum est, quod & jam diximus sæpe, liberos suos, id est, retentos in potestate, & liberos emancipatos, vel quacunq; alia ratione sui juris effectos: Itemque eos, qui ex iis nati sunt, ex causa præteritionis præterorem inducere in bon. poss. contra tab. Verum id ita procedit, si per adoptionem in alienam familiam non migraverint, si in adoptionem dati, vel adrogati non fuerint: nam si in adoptionem dati, vel adrogati sint, nec vivente patre naturali emancipati à patre adoptivo, ad bonorum possess. contra tab. patris naturalis ex causa præteritionis venire non possunt; quia in aliena familia sunt, l. 6. §. ult. l. 9. l. 17. hoc tit. Emancipati, quibus ex ea causa patet aditus ad bonorum possess. cont. tabul. licet ex patris naturalis familia exierint, non sunt tamen in aliena familia, sed ipsi suæ familiæ sunt, nec alium patrem habent, quam naturalem. Et ideo jure prætorio veluti emancipatione rescissa, admittuntur ad bona patris, perinde atque jure civili admitterentur, si emancipati non fuissent. At dati in adoptionem, ut dixi, plane sunt in aliena familia: nec possunt igitur quasi sint etiam in familia patris naturalis venire ad bonorum possessionem contra tab. patris naturalis, quia duarum familiarum esse, aut videri non possunt, aut fingi. Igitur non possunt committere edictum de bonorum possessione contra tab. quamdiu sunt in adoptiva familia: committi tamen eis illud edictum potest, si heredes instituti sint testam. patris naturalis: Vel sic dicamus, petere bonorum possessionem contra tabul. non possunt, competere, sive *συγκληθῆναι*, quo verbo hoc loco Basilica utuntur, bonorum possessionem contra tab. possunt: non possunt petere, sed possunt competere, cum alio scilicet filio præterito. Ut si quis duos habens filios, unum emancipatum, alterum extero in adoptionem datum, emancipatum præterierit, in adoptionem datum heredem instituerit, emancipatus, qui præteritus est, committit edictum de bon. possessione contra tab. id est, edicto locum facit, *sui voverit*, atque ita per eum fit, ut & frater in adoptionem datus admittatur ad bonorum possessionem cont. tab. in semissem, quia habet patris naturalis voluntatem, qui cum instituerit eum heredem, & hoc sane voluit, ut veniret in partem bonorum, nec etiam in totum extraneus est. Et hoc etiam edicto fuisse nominatim expressum ostendit l. 8. §. in adopt. hoc tit. Et nunc in hac l. 11. Paulus hoc ipsum verum esse ostendit, sive filium datum in adoptionem pater naturalis pure heredem instituerit, modo jure instituerit, sive sub conditione: nam existente conditione competere poterit, id est, una cum emancipato præterito petere poterit bonorum possessionem contra tab. Sed si conditio institutionis defecerit, repellitur à competitione bonorum possessionis contra tabul. id est, edictum ei non committitur, quia pro non instituto est. Itemque si pure quidem, sed non jure pater naturalis eum heredem instituerit, ut si eum non instituerit verbis civilibus, verbis Latinis, & directis, quod olim omnimodo exigebatur, ut valeret institutio, si, inquam, eum heredem non instituerit verbis civilibus, adjectis aliis heredibus, qui ex testam. heredes existere possunt, qui, quantum potest testamentum sustentare possint, hic etiam repellitur à bonorum possessione contra tab. quia & hic pro non instituto habetur. Non jure aliquid fieri, & non fieri sunt paria. Neque vero cum hac sententia Pauli pugnat l. 3. §. sed si sub conditione, hoc tit. quam opponit Accursius, quia non loquitur de filio dato in adoptionem, sed de filio non dato in adoptionem. Hic si fuerit institutus sub conditione, deficiente conditione, quasi præteritus bonorum possess. contra tabul. petere potest, non etiam pendente conditione, l. 18. hoc tit. At filius in adoptionem datus, & heres institutus sub conditione testamento patris naturalis, alio committente edictum, nec deficiente conditione venire potest ad bonorum possessionem con-

tra tabul. nec pendente conditione. Et hæc sunt, quæ pertinent ad priorem partem hujus l. 11. Sequitur in posteriori parte: Exemplo juris legitimi, & bonorum possessio contra tabulas distribuitur, hoc est, quod ait l. 1. §. 1. hoc tit. ad contra tabulas bonorum possessionem liberos præteritos vocari eo jure, eoque ordine, quo vocantur ad successionem, id est, ad hereditatem legitimam jure civili. Et ideo si sit unus filius, & ex altero filio jam mortuo nepotes duo, vel tres, vel quinque, nihil refert, & omnes sint præteriti testam. parentis, ad bonorum possessionem contra tabul. omnes veniunt, non quidem in capita, ex æquis portionibus, sed in stirpes, *et sic patet*, ut hic Basilica habent. Ita scilicet, ut parentis hereditas dividatur in duas partes, unam ferat filius, alteram duo, vel tres, vel quinque nepotes ex altero filio, ut l. si nepotes 7. inf. de collat. bon. nam & ab intestato jure civili eadem distributio servatur inter patruum, & filios jam defuncti fratris, id est, inter filium, & nepotes ex altero filio jam mortuo. Denique idem est ordo hereditatis, & bonorum possessionis, idem ordo utriusque juris, utriusque possessionis. Nunc transeamus ad l. 9. tit. seq. de leg. præst.

Ad L. IX. de Legat. præst. Sed etsi plus sit in legato, quam in dote, dabitur illis actio.

SI filius emancipatus præteritus testamentum patris resciderit per bonorum possessionem contra tabulas, res redit ad causam intestati, intestatum patrem facit, l. ut liberis, C. de collat. Et ideo nihil in testamento scriptum valet. Proinde nec legata ex eo testamento, nec fideicommissa debentur, præterquam ea, quæ relicta sunt liberis, aut parentibus, quæ eis ex æquitate prætor conservat hoc edicto de legatis præst. Et si quidem liberi, aut parentes, quibus in eo testamento legata relicta sunt, legata petant à filio emancipato præterito, qui per bonorum possessionem contra tabul. testamentum rescidit, & filius opponat hanc exceptionem, si non destitutum, aut rescissum testamentum est: si non destitutum, ab heredibus scilicet scriptis, qui metu præteriti omiserunt hereditatem, si, inquam, filius opponat hanc exceptionem, si non destitutum, aut rescissum testamentum est, quo legata relicta sunt, liberi, aut parentes tueri se possunt æquitate hujus edicti, opposita replicatione doli mali in hunc modum, si non per te factum est, ut destitueretur, vel uti rescinderetur testamentum. Conservat etiam hoc edicto prætor legatum, quod uxori, vel nurui relictum est in eo testamento dotis nomine, quia debitum ei legatum videtur: vel ut ait l. 8. §. pen. uxor, vel nurus ad æs alienum venit, quæ venit ad legatum sibi relictum dotis nomine. Uxori ergo, vel nurui conservatur legatum relictum dotis nomine, petita bonorum possessione contra tabul. etiam si in eo legato plus sit, quam in dote, ut ex hoc libro Pauli proponitur in hac l. 9. Et proponitur absolute, simpliciter, indistincte. Non dicit conservari legatum pro modo, sive pro quantitate dotis, si plus sit in legato, quam in dote, sed indistincte conservari legatum dotis nomine relictum, etiam si plus sit in legato, quam in dote, nulla adjecta conditione, nullo adjecto modo. Et ideo si pro fundo digno 100. quem testator acceperat in dotem, uxori legaverit mille nummos, 1000. debentur uxori, non ut Accursii animus arbitratur, 100. duntaxat. Satis est, si uxor dotem aliquam habuerit: nam si fuerit prorsus indotata, quod ei veluti pro dote relinquatur, non debetur, rescisso scilicet testamento per bonorum possessionem contra tabul. l. 15. §. ei, quæ dotem, hoc tit. Quod tamen non rescisso testamento alias deberetur, quod scilicet indotata veluti pro dote adscriberetur, l. 6. de dot. præleg. Ad hæc notandum est ex l. 11. hoc tit. quæ sumpta etiam est ex eodem lib. Pauli.

Ad L. XI. cod. At ubi institutus, & substitutus vivant, licet nemo adeat hereditatem: ea tamen legata deberi dicimus, quæ ab instituto data sunt.

SI pater duos gradus heredum fecerit, ut si heredi instituto dederit substitutum vulgari modo, si heres non esset,

esset, qui & ipse institutus dicitur, l. 12. hoc tit. institutus A scilicet secundo gradu. Quid est substitutio vulgaris? Institutio secundi gradus, vel ut in l. ex facto, §. Lucius, in fine, de vul. substitut. institutio secundi heredis. Si igitur pater heredem instituerit, eique substituerit vulgariter, & ab utroque gradu filium emancipatum præterierit, ab utroque gradu legata reliquerit liberis, aut parentibus, vivente utroque, id est, vivente instituto, & substituto, & neutro adeunte hereditatem ob metum, sive periculum bonorum possessionis contra tabulas, quæ filio emancipato competit, filius emancipatus, qui interim petiit bonorum possessionem contra tab. præstat tantum legata liberis, aut parentibus relicta à primo gradu, id est, ab instituto, non etiam relicta à 2. gradu, id est, à substituto. Cur ita? Quoniam primo gradui primum ex testam. defertur hereditas, atque adeo & contra primum duntaxat gradum, ex quo B heres existere potuit, nata filio est bonorum possessio contra tab. & consequenter ejus tantum gradus legata præstat, non sequentis. Quod & verum esse subjicitur in l. 12. quæ sequitur.

Ad L. XII. eod. Sive autem omiserint instituti, sive non omiserint: dicendum est, legata, quæ ab ipsis relicta sunt, præstanda: quamvis secundo gradu instituti omittentibus eis adierint hereditatem.

ETiam si post petitam bon. possessionem cont. tab. heres institutus omiserit hereditatem, eamque substitutus adierit, sed exclusus fuerit jure bon. possess. contra tab. nam & hoc casu filius non præstat nisi legata relicta à primo gradu, quem primum gradum ab initio duntaxat impugnasse videtur, quod ex eo solo primum deferretur hereditas eo tempore, quo filio nata est bon. possessio cont. tab. At si (qui est alius casus) post mortem testatoris heres institutus ante aditam hereditatem vitam decesserit, & hereditas ad substitutum pervenerit, quamvis filio emancipato revera nata sit bonorum possessio contra heredem institutum, qui supervixit testatori, ut l. 8. §. à primo, sup. tit. prox. de bonorum possess. cont. tab. tamen filius præteritus non præstat legata relicta ab instituto, exceptis personis scil. quia nec institutus ea debuit, nec quo minus ea deberet, nempe ut omitteret hereditatem causa præteriti, sed præmatura mors fecit. At legata relicta à substituto, cui vita superest, & qui hereditatem omisit, filius præteritus præstat, quia palam est, filium in causa fuisse, ut substitutus hereditatem omitteret, & consequenter, ut nemini legata deberet, ut corruerent legata, l. 4. hoc tit. Et hæc ratio ejus, quod traditur in l. 10. §. ult. hoc tit. Recte autem hæc omnia diximus de filio emancipato præterito.

Ad L. XV. eod. Is, qui in potestate est præteritus, legata non debet præstare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia & non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli mali huic noceat. Et absurdum est, eum cogi legata præstare, quia bonorum possessionem petierit, cum & sine hac hereditatem habiturus sit suo jure. Unde si duo præteriti sunt, emancipatus, & is, qui in potestate est: quidam nec emancipatum præstare debere legata existimant: quia effectu fratris aufert partem dimidiam: cum etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi præteritus sit suus? Verius est, quod dictum est. Vbi vero scriptus est, & voluntatem patris habet, debet teneri legatariis, etiam si omiserit bonorum possessionem.

Ad §. Sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter præteritus, & utrique contra tabulas bonorum possessionem acceperint: & institutus eadem præstat, quæ præteritus. Sed si solus heres institutus contra tabulas bonorum possessionem acceperit: omnibus debet legata præstare, perinde atque si adisset hereditatem. Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, præteritus autem bonorum possessionem acceperit, hic quidem, qui bonorum possessionem acceperit, certis personis legata debet. De scripto autem queritur: & complures putant, certis personis & eum præstare debere. Quod puto verius esse. Nam & prætor hac ratione eum inquit, quod ex

liberis est, qui contra tabulas petere potuerunt.

Ad §. Ita autem tuendus est in partem dimidiam, si aut ex majore parte, quam dimidia, heres institutus sit, aut ex semisse. Quod si ex minore parte, quam dimidia, institutus sit: dicimus non ex majore parte, quam institutus sit, tuendum eum esse: quia enim ratione majorem partem habere potest, cum nec bonorum possessionem accepit, nec ex majore parte institutus sit.

Ad §. Ei, quæ dotem non habet, nullum legatum debetur, licet sub prætextu dotis legetur.

Ad §. Si extraneo herede instituto, sub hac conditione exceptæ personæ legatum sit, si heredi decem dederit: ita ei legatorum actio dabitur, si ei, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, dederit, non si herede instituto. Quia absurdum est, illum commoda hereditatis habere, alium onera sustinere in præstando legato. Sed & si Titio iussus fuerit dare: non illi, sed filio dare debet.

NAM ut idem Paulus ostendit in l. 15. quæ est etiam ex hoc libro, & cujus tantum initium evolvam, filius suus præteritus, si veniat ad bonorum possessionem cont. tab. nemini præstat legata, nec liberis, nec parentibus testatoris, ut l. pen. §. legata, sup. de bonor. possess. cont. tab. Et ratio hæc est, quia nec filio suo, qui in potestate morientis fuit, necessaria est bonorum possessio contra tabulas, cum ipso jure, mero jure, ut ait §. legata, ab intestato heres sit, quia ipso jure nullum est testamentum, in quo filius in familia retentus præteritus est. Ideoque cuilibet petenti legata recte opponet exceptionem, si non ipso jure nullum testamentum est, nec ut Paulus ait in hac l. 15. ei nocet exceptio doli mali, ut emancipato. Exceptio, id est, replicatio, ut in l. nam postea §. si minor, de jurejur. & l. apud, §. si quis pupillo, de doli except. & in multis aliis locis, exceptio, id est, replicatio: & ut ait eleganter, absurdum est filium suum cogi legata præstare exceptis personis, quod bonorum possess. petierit, cum & sine hac bonorum possess. hereditatem habiturus sit suo jure. Unde queritur, quid sit dicendum, si sint duo filii, unus suus, alter emancipatus, & ambo præteriti, ambo petant bonorum possess. cont. tabul. an propter concursum sui, emancipatus relevabitur à præstatione legatorum relictorum liberis, aut parentibus? propter suum, ut dixi, quia effectu ipso, ut ait, fratri suo, qui solus jure civili tanquam suus heres ex asse patri heres est ab intestato, ac proinde effectu ipso, emancipatus suo aufert portionem dimidiam, non heredi scripto, quoniam as pertinet ad suum ipso jure. Et ita quidem, ut Paulus refert, quidam existimarunt. Verius tamen est, emancipatum non relevari, d. l. pen. §. legata, suum esse immunem à præstatione legatorum. Quid rursus, si filius suus institutus sit, non præteritus, emancipatus autem præteritus, & emancipato committente edictum, suus quoque admiserit bonorum possess. contra tabul. vel ab intestato immiscuerit se bonis, omnia bonorum possessione contra tabulas, an saltem hoc casu suus præstabit legata? Sic videtur. Et quidem, si se immiscuerit bonis jure civili, præstabit legata omnibus, quia patris voluntatem habet, qui eundem heredem fecit in testamento, l. si filius 23. si quis omissa causa test. Sed si non immiscuerit se, verum petierit bonorum possessionem contra tabulas, quali commisso edicto per emancipatum, legata præstabit exceptis tantum personis in hoc edicto: facilius obligatur legatis institutus, quam præteritus.

Repetam, & facilius explicabo ea, quæ heri dixi ad initium l. 15. de leg. præst. eaque connectam cum iis, quæ sequuntur in eadem l. atque ita legem absolvam. Hæc est præcipua differentia inter filium suum præteritum, & filium emancipatum præteritum, quod filius emancipatus præteritus, accepta bonorum possessione contra tabulas præstat legata testamento relicta personis exceptis in hoc titulo, id est, liberis & parentibus, vel uxori, aut nurui adscriptæ dotis nomine. Et non tantum his personis legata præstat, si accipiat bonorum possessionem contra tabulas, sed etiam, si ea non accepta ab intestato possideat hereditatem nondum aditam ab heredibus institutis, accepta nimirum bonorum possessione unde liberi, ut l. quia autem, §. ult.

ult. si quis omiffa causa test. Filius autem suus præteritus five A accipiat bon. possessionem contra tabul. five omittat, & suo jure veniat ab intestato ex 12. tabul. nulli prætat legatum. Hæc differentia proponitur initio hujus legis 15. Non est autem, quod Accursio in dubium venit, ut nobis dubium, aut mirum videatur, si suus heres, qui solus jure civili ab intestato heres est, tabulis test. in quibus præteritus est, ipso jure nullis, non mirum, si veniat ad bonorum possessionem contra tabul. si eam amplecti malit, quam jure civili niti. Nam id plerumque facit, ut occurrat heredibus scriptis. Qui, & si tabulæ testamenti nullæ sint jure civili, quia nullæ tamen non sunt jure prætorio, secundum eas bonorum possessionem petere, & accipere possunt, prætere utique eam daturò, sine cunctatione, sine controversia, si modo obfignatæ sint, non minus, quam septem testium signis. Tabulas enim, quas ita obfignatas cernit prætor, si modo testatorem, & civem Romanum, & patremfamilias fuisse mortis tempore constet, pro justis habet, & legitimis semper: atque adeo secundum eas dat bonorum possessionem heredibus scriptis, licet jure civili injustæ sint, aut nullæ, vel ruptæ, vel irritæ, vel etiam falsæ. Quæ de re postea quæritur, & prout de jure constiterit tabularum, bonorum possessio, quæ data est, vel sine re constituitur, vel rem trahit secum. Quod ostenditur in *l. postumus, de injust. rupto testam. l. 1. C. de iis, qui sibi adscribunt, §. non tamen, Institut. quibus modis testam. infirm. Et Ulpianus libro singul. iis. quemadmodum testam. rump. Si septem signis testium, inquit, testamentum signatum sit, licet jure civili ruptum, aut irritum factum sit, prætor scriptis heredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat. Quæ bonorum possessio cum re, id est, cum effectu, inquit, habetur, C si nemo alius jure heres sit. Et similiter in edicto translatio Caii Verrii, si de hereditate ambigitur, inquit, & tabulæ testamenti obfignatæ non minus multis signis, quam lege oporteat, ad me præferentur, secundum tabulas testamenti possimum possessionem dabo. Hoc igitur prætor, à quo petitur bonorum possessio secundum tabul. tantum observat, an sint obfignatæ septem testium signis, ac si ita obfignatæ sint, sine mora protinus dat bonorum possessionem secundum tabul. Cui rei, ut viam præcludat filius suus præteritus, plerumque ab eodem prætore festinat petere bonorum possessionem contra tabulas, qua rescindat tabulas, atque ita excludat heredes scriptos à bonorum possessione secundum tabul. Et hæc quidem dicimus de uno filio præterito vel suo, vel emancipato. Utroque autem præterito, emancipato scilicet, & suo, & utroque accipiente bonorum possessionem contra tabulas, quidam existimabant, D ut Paulus refert hoc loco, quod ex sua persona non habet emancipatus, id eum habere per fratrem suum, qui fuit in familia mortis tempore, sicut evenit sæpe in jure, ut quod quis non habet ex sua persona, quod quis non habet per se, habeat per alium, *l. cum hereditate, de acquir. hered. l. Aristo, in fine, quæ res pignori oblig. possunt*. Id, inquam, existimabant habere emancipatum, per fratrem suum videlicet, ut nemini legata præstet, ne exceptis quidem personis, sicut nec suus cuiquam præstat legata, licet acceperit bonorum possessionem contra tabulas, quia & non concurrente emancipato, suus solus jure legitimo assem obtineret: nec cuiquam præstaret legata. Verum Accursius hoc loco, illorum opinionem, quam refert Paulus, improbat, quasi æquius sit, ut emancipatus legata præstet exceptis E personis, etiam suo præterito, & concurrente in agnitione bonorum possessionis contra tabul. Quod tamen Accursius male colligit ex *l. post.* quæ sequitur in hoc titulo: quia ea lex de emancipato herede instituto loquitur, non de præterito. Et facilius videtur institutus, quam præteritus legatis obstringitur, quod pat. sit, atque conveniens, eum, qui institutus est, qui hoc honore à defuncto affectus est, tueri ejus voluntatem, saltem in præstandis legatis defuncti liberis, aut parentibus. Id tamen melius comprobabitur argumento *l. pen. §. legata, sup. iis. prox.* ubi suo exheredato, emancipato præterito, & herede scripto non adente hereditate propter præteritum, atque ita exheredatione irrita facta non adita hereditate, dicitur suum quidem nulli*

Tom. II. Post.

præstare legata, emancipatum tamen præstare legata exceptis personis, deminuta tamen in partem dimidiam, quæ suo relinquitur. Quæ ratio servatur suo exheredato, & exheredatione irrita facta, & emancipato præterito: quæ distinctio in legatis præstandis ab emancipato non à suo, cur non observabitur eadem suo præterito, & emancipato quoque præterito? Non erat tamen inelegans ratio, quæ nitebantur ii, quorum opinionem hoc loco refert Paulus, quæ rationem supra satis luculenter explicavimus. Nunc dicamus de filio herede instituto, vel suo, vel emancipato. Et in utroque commune hoc est, ut & filius emancipatus, & filius suus heres institutus, tertio filio præterito committente edictum, si accipiat bonorum possessionem contra tabulas, exceptis personis legata præstet, ut *l. §. in princ. hoc iis. l. 14. sup. iis. prox.* Sin autem, vel ex testamento adeat hereditatem filius emancipatus, aut ab intestato hereditatem possideat in fraudem legatariorum, vel filius suus ex testamento, aut ab intestato similiter in fraudem legatariorum immisceat se bonis, legata omnibus præstet, *l. si filius 23. si quis omiffa causa testam. & d. l. 14.* Id tamen inter prudentes controversum fuit, an filius suus heres institutus, qui miscuisset se, vel filius emancipatus, qui adisset hereditatem, cogeretur præstare legata omnibus, & ea controversia quemadmodum dirimenda sit, paulo infra demonstrabitur. Verum iis, quæ hæcenus diximus, congruit quod sequitur in *§. sed si unus*, quæ supra sunt, jam explicavimus. Si duo sint filii emancipati, unus heres institutus, alter præteritus, & uterque petat bonorum possessionem contra tabulas: recte ait Paulus, tam institutum, qui se coæquat præterito, competitiva bonorum possessione contra tabulas, quam præteritum præstare legata exceptis personis, non omnibus. Sed, hac in re attentione opus est, sicut & in omni hoc tractatu, qui tamen non est adeo difficilis, ut si quis paulum modo attentus sit, non possit eum adsequi: sed cognitio hujus juris prætorii perquam utilis, & necessaria est. Si duo sint filii emancipati, unus institutus, alter præteritus, est hic alius casus, & solus heres institutus acceperit bonorum possessionem contra tabulas, præteritus, qui commisit edictum, qui locum fecit edicto, qui instituto patefecit viam ad eundem prætoris, & petendæ bonorum possessionis contra tabulas, eam repudiavit, rectissime etiam ait, institutum præstare legata omnibus, perinde atque si adisset hereditatem ex testamento, vel quod idem est, quodve tantundem potest, si secundum tabulas bonorum possessionem accepisset, quia nihil ei præteritus abstulit, & sine obstaculo præteriti assem habet ex voluntate defuncti. Unde par est, perinde ac si commissum non esset edictum, & per omnia eum voluntatem defuncti conservare, ac tueri, denique legata præstare omnibus, & fideicommissa. Et ut in hanc rem eleganter ait lex 14. quæ præcedit in hoc titulo, *Occasio emancipati præteriti non debet institutum lucro efficere*, id est, exonerare præstatione legatariorum omnium, cum præteritus jure suo non utatur, atque adeo cum præteritus nemo fuisse videatur, cum edictum commissum fuisse effectu ipso non videatur, neque vero sit, ergo cum præteritus, qui commisit edictum, jure suo non utitur, id est quum repudiat bonorum possessionem contra tabulas, bonorum possessio contra tabulas, quam heres scriptus petere antevortit, petere occupavit, ut potuit, *l. si post mortem, §. ult. sup. iis. prox. ca.* inquam, bonorum possessio contra tabulas, quam heres scriptus ante præteritum, non expectato præterito, petere occupavit, postea præterito repudiante, redigitur ad jus, & conditionem bonorum possessionis secundum tabulas, ac proinde omnibus legatis præstandis obstringitur, non secus, quam si bonorum possessionem secundum tabulas accepisset, & quod memini me dicere etiam in *l. 6. de bon. posses.* migrat bonorum possessio ex uno jure in aliud, bonorum possessio contra tabulas vertitur in bonorum possessionem secundum tabulas. Quid autem dicemus e contrario, si e duobus filiis emancipatis unus heres scriptus sit, & adierit hereditatem ex testamento, alter vero præteritus acceperit bonorum possessionem contra tabulas? Quo casu sciendum est omnino, prætorum tueri

Q9

hæc:

heredem scriptum in partem dimidiam bonorum, si ex d. A
 midia parte, vel etiam si ex majore parte, quam dimidia
 scriptus sit: sed si ex minore parte, quam dimidia scriptus
 sit, veluti ex uncis, prætorem eum tueri in unciam tantum.
 Qua enim ratione majorem unciam partem habere potest,
 cum adierit hereditatem ex uncia tantum, qui & ex uncia
 tantum heres institutus erat? Ergo hæc ratio, siue distributio
 tunc duntaxat servatur, cum heres scriptus adivit hereditatem,
 vel quod effectu idem est, quum accepit bonorum posses-
 sionem, secundum tabulas: nam si non adierit hereditatem, sed
 accepit bonorum possessionem contra tabulas, etiam si ex
 uncia tantum heres scriptus sit, tuendus est in semissem, in
 dimidiam partem bonorum, altera dimidia filio præterito
 relicta, perinde atque si ambo ab intestato succederent.
 Unde etsi ex majore parte fuerit scriptus, veluti ex dodran-
 te, vel ex asse, non est tuendus ultra semissem, ultra dimi- B
 diam, quod ostenditur in l. 8. §. ult. & l. pen. §. videamus,
 illo loco, & hoc sit consequens, sup. tit. prox. Aliter ergo fit
 distributio bonorum inter filium heredem institutum, &
 filium præteritum, quum heres institutus adivit hereditatem,
 aut petiit bonorum possessionem secundum tabulas,
 aliter quum petiit bonorum possessionem contra tabulas,
 eodemque jure venit ad bona, quo & præteritus jure præ-
 torio, & beneficio bonorum possessionis contra tabulas.
 At videamus nunc in casu proposito, cum heres scriptus
 adivit hereditatem, præteritus accepit bonorum possessionem
 contra tabulas, quid statuendum sit de legatis in testa-
 mento relictis? Et Paulus ait, præteritum quidem præstare
 legata exceptis personis tantum, quod est certissimum. At
 dubitatur, & vero dubitare se ait Ulpianus in l. seq. an heres
 institutus, qui adivit hereditatem omnibus debeat præstare C
 legata? an exceptis tantum personis in hoc dicto? tandem
 Paulus concludit, heredem institutum, siue eum tutatus sit
 prætor in partem dimidiam, siue in partem minorem, ex
 qua heres scriptus erat, heredem, inquam, institutum non
 omnibus præstare legata, sed exceptis personis tantum, si-
 cut præteritum. Hac ratione, quia etsi contra tabulas bo-
 norum possessionem non accepit, tamen hac ratione
 eum prætor tuetur, & consociat fratri præterito, quod sit
 ex liberis, qui contra tabulas petere potuerunt bonorum
 possessionem, quamvis non petierit, sed adiverit hereditatem.
 Non est igitur onerandus supra quam oneretur is, qui
 contra tabulas bonorum possessionem petiit. Verba Pauli
 hæc sunt: nam & prætor hac ratione eum tuetur, quod ex li-
 beris est, qui contra tabulas petere potuerunt, quamvis non
 petierit contra tabulas, sed adiverit hereditatem. Contra D
 Paulum Africanus scribit in l. 14. sup. tit. prox. eum, qui adiit
 hereditatem, legata præstare omnibus, etiam extraneis,
 non exceptis personis tantum: Hac ratione, quia adeundo
 hereditatem, judicium defuncti secutus est, & approbavit,
 ergo id exsequi, & adimplere debet. Sane hoc etiam loco
 Paulus fatetur, rem fuisse controversam. Videtur autem
 omnis controversia dirimi posse, adhibita distinctione
 hujusmodi: Aut filio heredi instituto, qui hereditatem
 adiit, non minuitur portio hereditatis per concursum fratris
 præteriti, sed plena fruitur voluntate, ut si institutus sit
 ex semisse, vel triente, & prætor eum tueatur in semissem,
 vel trientem: Et hoc casu præstat legata omnibus, quod
 & Ulpianus probat in l. seq. Aut portio hereditatis, quæ ei
 testamento adscripta est, minuitur per concursum præte-
 riti, nec plena fruitur voluntate, ut si institutus sit ex do-
 drante, & prætor eum tueatur in semissem tantum, ut fieri
 debere diximus ante: Et hoc potissimum casu valet sen-
 tentia Pauli, ut non nisi exceptis personis legata præstare
 cogatur. In §. ult. & hoc ostenditur.

Ad §. ult. Conditionem dandæ certæ pecuniæ heredi
 scripto, adscriptam legatario cuidam ex personis ex-
 ceptis, id est, ex liberis, & parentibus, hoc modo: *Lego illi
 fundum, si heredi scripto 10. dederit*, conditionem eam esse
 implendam in persona filii præteriti accipientis bonorum
 possessionem contra tabulas, quia & ei præstatio legati vice
 heredis incumbit. Et hoc est secundum naturam, ut quem
 onus, siue incommodum sequitur, sequatur & commodum.

Sed etsi, quod ostenditur in §. ult. hujus legis, non heredi, sed
 Titio extero cuidam, legatarius, qui est ex exceptis perso-
 nis, dare iussus sit filio præterito, qui petiit contra tabulas
 bonorum possessionem, non Titio dare debet, quia re-
 scisso testamento per bonorum possessionem contra tabu-
 las sicut extraneis non debentur legata (Titius est extra-
 neus) ita nec mortis causa capiones, alioquin Titio om-
 nino dandum esset, l. 4. §. si sub conditione, de fideicommiss-
 hered. Mortis causa capio est, quod datur, & accipitur con-
 ditionis implendæ causa: *lego fundum, si Titio 10. dederis:*
fundum tu capis jure legati, Titius 10. capit jure mortis
causa capionis, quod alicui datur conditionis implendæ
causa, id ille mortis causa capere dicitur.

**Ad L. II. de Collat. bonor. Cum emancipati filii nomine ne-
 potem postumum post avi mortem editum dicimus, bonorum
 possessionem accipere oportere: necessarium erit dicere, bona
 sua tum conferre: licet non potest dici, mortis tempore avi
 bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat. Igitur
 siue hereditatem à patre, siue legatum accepit: hoc con-
 ferre debebit.**

**Ad §. Illud autem intelligendum est, filium in bonis habere,
 quod deducto ære alieno superest. Sed si sub conditione debeat,
 non statim id deducere debebit, sed id quoque conferre. Contra
 autem caveri ei oportebit ab eo, qui in potestate est, ut ex-
 istente conditione defendatur pro ea parte, quam consulit.**

**Ad §. De illis, quæ sine culpa filii emancipati post mortem
 patris perierunt, queritur ad cuius detrimentum ea pertinere
 debeant? Et plerique putant, ea, quæ sine dolo, & culpa perie-
 rint, ad collationis onus non pertinere. Et hoc ex illis verbis
 intelligendum est, quibus prætor viri boni arbitraturus jubet
 conferri bona. Vir autem bonus non sit arbitraturus, conse-
 rendum id, quod nec habet, nec dolo, nec culpa defuit habere.**

**Ad §. Id quoque, quod sub conditione ex stipulatu debetur,
 emancipato conferri debet. Diversum est in legato conditio-
 nali: quia etsi in potestate fuisset, & post mortem patris
 conditio exstiteret, ipse haberet actionem.**

**Ad §. Emancipatus filius si injuriarum habet actionem, nihil
 conferre debet: magis enim vindictæ, quam pecuniæ habet
 persecutionem. Sed si furii habeat actionem, conferri debebit.**

**Ad §. Si tres emancipati, duo in potestate sint: Cajus Cassius
 libro septimo juris civilis tertias conferendas, puta, ut eman-
 cipati, quia invicem non conferunt, unius loco sint: nec in-
 dignari eos oportere, si plus conferant, & minus accipiant,
 cum in potestate eorum fuerit, bonorum possessionem omi-
 ttere. Julianus quoque Cassii sententiam sequitur.**

**Ad §. Si ex emancipato filio nepos emancipatus, mortuo patre
 simul, & avo, bonorum possessionem utriusque accepit, cum
 uterque eorum suum heredem reliquerit: eo modo collatio ex-
 plicari potest: ut si (verbi gratia) centum in bonis habuit: &
 patrno quinquaginta, & fratri quinquaginta conferre debet.
 Hoc enim ratio facit siue personas, siue portiones numeremus.**

**Ad §. Si duo nepotes ex filio mortuo emancipati, bonorum
 possessionem avi petant: utrum dimidias, an quartas patruo
 conferre debeant, queritur? Et verius est, semisses conferre
 eos oportere. Quia etsi vivo avo, cum in ejus potestate es-
 sent ducenta (puta) adquisissent: centum filius, centum duo
 fratres per hereditatem avi haberent.**

**Ad §. Si duo emancipati bonorum possessionem petierint &
 unus contulerit, alter non contulerit: hujus portio tantum ei,
 qui in potestate est, prodesse debet, non etiam emancipato.
 Quoniam ejus causa, qui in potestate est, denegantur ei
 actiones.**

**Ad §. Si per inopiam emancipatus cavere non possit: non sta-
 tim ab eo transferenda est possessio. Sed sustinendum, donec
 possit invenire fidejussores, ut tamen de his, quæ mora de-
 teriora futura sunt, bis, qui in potestate sunt, actio deur,
 ipsique caveant in medium collaturos, si cautum eis fuerit.**

Sciendum est liberos emancipatos, qui simul cum suis,
 qui in potestate parentis remanserunt, defuncto pa-
 rente communi ad bonorum possessionem contra tabulas,
 vel ad bonorum possessionem unde liberi, venire deside-
 rant, antequam petant bonorum possessionem, aut reipsa
 bona

bona propria, quæ habuerunt tempore mortis patris, vel avi communis, & quæ si emancipati non fuissent, ei acquisituri erant jure patriæ potestatis, ea debere viri boni arbitrato in medium conferre, & in commune redigere, quod in idiotismo est, *raporter*, aut datis fidejussoribus cavere debere, se ea bona collaturos, communicaturos. Dico, filios emancipatos bona propria conferre, non suos. Nam sui nulla bona propria habere possunt, quæ in collationem cadant. Castrensia enim, & quasi castrensia bona, qualia fere tantum bona sui habere possunt nulli liberi conferunt, sed ea sibi excipua, aut præcipua habent, *l. 1. §. nec castrense, hoc tit.* Et ratio æquitatis hujus edicti apertissima redditur in *d. l. 1. in princip.* Et eleganter ab Ulpiano in Institut. his verbis: *æquissimum putavit prætor, neque emancipatos bonis paternis carere per hoc, quia non sunt in potestate, neque præcipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus*, qui scilicet soli jure civili heredes sunt, ut didicimus ex *l. 15. sup. tit. prox.* Hoc cognito, videamus, quæ species proponatur initio hujus legis secundæ. Ea, meo quidem judicio, cui & deprehendi omnino congruere iudicium Græcorum interpretum, est hujusmodi: Patremfamil. habuisse filios duos, unum emancipatum, alterum suum, & filium emancipatum eo tempore emancipasse, quo nurus, uxor ejus prægnans erat, eundemque filium emancipatum, prægnante adhuc, nondum enixa uxore, vita decessisse, patre superstitite, ac deinde patrem vita decessisse, relicto altero filio, quem habuit in potestate, & post mortem patris uxorem filii emancipati filium enixam esse, qui defuncto patri nepos est ex filio emancipato, eique quasi succedenti in locum filii emancipati sui patris, si præteritus sit testamento avi, deferri bonorum possessionem contra tabulas, una cum patruo, sive patruus heres institutus sit, cui idem edictum committitur, sive & ipse patruus præteritus sit, vel utriusque ab intestato deferri bonorum possessionem unde liberi. Ait lex, *cum emancipati filii nomine nepotem postumum post avi mortem editum dicimus bonorum possessionem accipere oportere, &c.* Emancipati filii nomine hoc loco, id est, quasi succedentem nepotem postumum in locum filii emancipati patris sui, vel, ut vulgo loquimur, quasi representantem patrem suum. In Basilicis rectissime *ὡς εἰς τὸν τῆ ἰδιότητος ὑπάρχοντος, quasi succedentem, aut subintrantem locum patris sui*, filii emancipati scilicet. Et hoc jure scilicet fretum, post mortem avi editum postumum nepotem, bonorum possessionem accipere, & concurrere cum liberis relictis in potestate avi patruis suis. Consequens igitur esse, ut patruis suis, patruove suo, conferat bona propria, quoniam bonorum possessio, quæ datur emancipatis, aut iis, qui ex emancipatis procreati sunt, semper habet adjunctum onus collationis bonorum propriorum, concurrentibus suis heredibus. Dubitationem faciebat edictum prætoris, quo cavetur nominatim, ut liberi emancipati, vel qui ex emancipatis liberis nati sunt, quorum est eadem ratio, *l. 6. in princ. sup. tit. prox.* conferant bona propria, quæ habuerunt tempore mortis parentis, de cujus bonis agitur, *l. 1. §. qui ab hostibus, & §. si ab ipso, & l. pen. hoc tit. leg. 6. 12. 15. Cod. de collationibus.* Atquin is nepos ex filio emancipato tempore mortis avi, quo nondum exierat utero matris, nulla habuit bona. Ita est. Ergo nihil patruo videtur debere conferre. Sed cum in locum patris sui, vicemque succedat, & una cum patruo veniat ad bonorum possessionem contra tabulas, vel unde liberi, hoc casu necessitati succumbimus, necessitas rei id exigit, *necessarium est*, inquit, *dicere, non habita ratione verborum edicti*, compellendum eum esse ad collationem bonorum, quæ à filio emancipato patre suo, in cujus locum successit post mortem avi, ad eum pervenerunt jure hereditario, vel si exheredatus sit, jure legati, aut fideicommissi. Et ita ponenda, atque explicanda est species, de qua agitur initio hujus legis. Nihil est neque certius, neque manifestius. Casum Azo male ponit: Filium emancipatum bonorum possessionem transmisisse in postumum heredem suum, & nepotem postumum bonorum avi possessionem petiisse filii emancipati patris sui nomine, id est, ex persona filii emancipati, quasi ab ea ad se transmissa: male, in-

Tom. II. Post.

quam, quia Paulus ait, nepotem postumum bona sua debere conferre, bona sua omnino. In casu Azonis conferre debere non sua, sed patris bona, quæ scilicet pater ipse fratri relicto in potestate conferre debuit. Item Paulus spectat, quid nepos habuerit in bonis moriente avo, vel paulo post habere cœperit in lucem editus, quod in casu Azonis non spectaretur: sed spectaretur id duntaxat, quod pater, id est, filius emancipatus habuit in bonis tempore mortis avi. Item in casu Azonis, nepos veniret ad bonorum possessionem, & collationem, tanquam heres filii emancipati patris sui. At Paulus ait, eum venire, etiamsi heres non sit filii emancipati patris sui, si ei legaverit tantum pater, non heredem eum instituerit: Venit ergo ex persona sua, non ex persona filii emancipati patris sui. Pergamus ad reliqua.

A *D §. Illud autem.* Sequitur in *§. 1. hujus legis.* In hoc edicto, quum dicitur, filium emancipatum bona propria filio suo, id est, filio defuncti suo conferre: bona intellige, quæ deducto ære alieno supersunt, ut in lege Falcidia. Et fere in omnibus partibus juris, id est, deducto eo, quod filius emancipatus aliis pure debet, *l. 6. C. de collat.* Pure, inquam: nam, quod debet sub conditione, non deducit, sed confert fratri suo, si modo ei frater suus, cui id confert, contra caveat, ubi conditio exstiterit, defensum iri eum adversus creditorem pro parte pecuniæ debitæ sub conditione, quam contulit. Notanda est illa locutio, *contra cavere.* Et rursus bona intellige, quæ filio emancipato salva, & incolumia post mortem patris permanferunt, non quæ perierunt sine dolo malo, & culpa ejus. Dolum enim malum, & culpam levem ipse præstat, id est, confert, quæ dolo malo ejus, vel culpa post mortem patris deperierunt ex propriis bonis in fraudem suorum, *§. de illis, in hac lege.* Cæterum vim majorem non præstat: non confert ergo, quæ casu majore amisit post mortem patris, quod & satis notat Paulus edicto expressum videri, dum prætor jubet collationem bonorum propriorum à filio emancipato fieri viri boni arbitrato, quia vir bonus non est arbitratus conferendum esse à filio emancipato id, quod nec habet, nec dolo malo, aut culpa desit habere. Et hæc etiam verba nominatim inserta fuisse edicto, *viri boni arbitrato bona propria conferri*, ostendit *l. 5. §. ult. hoc tit.* Præterea bonorum appellatione in hoc edicto contineri non res tantum corporales, sed etiam jura, quæ pertinent ad filium emancipatum, nomina sua, obligationes, actiones, & nomina sua tam pura, quam conditionalia, nomina aliena pura deduci, ante dictum est, conditionalia conteri; nomina sua & pura, & conditionalia conferri: Nam & quod sibi debetur sub conditione, filius emancipatus confert, id est, nomen illud conditionale confert in medium, obligationem illam conditionalem, quod, inquam, sibi debetur ex stipulatu, vel ex quocunque alio contractu, non quod sibi legatum est sub conditione: quia ea tantum confert emancipatus, quæ vivo patri acquisivisset, non sibi, si non exiisset ex ejus potestate, si emancipatus non fuisset. At quin si emancipatus non fuisset, ex stipulatione conditionali patri acquisivisset statim, etiam si post mortem patris conditio exstiterit: ergo eam obligationem conferre debet. Ex legato autem conditionali sibi acquisivisset, si conditio legati post mortem patris exstiterit, *l. 78. de verb. oblig. l. 18. de reg. jur.* Ergo legatum conditionale conferre non debet. Hæc est differentia notissima inter stipulationes, & legata, quam & hoc loco Paulus attingit in *§. id quoque.* Id quoque, inquit, quod sub conditione ex stipulatu debetur emancipato, subdistingue, *debetur*, ut in Florentinis. Et ita ergo legito: *Id quoque, quod sub conditione ex stipulatione debetur emancipato, conferri debet*: Differentia, inquam, illa notissima est: In stipulationibus spectatur tempus contractus: in legatis tempus, quo dies legatorum cedit. Ergo tempus, quo conditio legatorum exstiterit, non tempus facti testamenti. In stipulationibus tempus, quo contracta est stipulatio, non tempus, quo conditio stipulationis exstiterit. Qua ratione & stipulatio conditionalis in heredem transmittitur pendente conditione: legatum conditionale non item, *l. 5. quando dies legati ced. §. ex condicionali, Institut. de verb. oblig.* Stipulator conditionalis creditor esse dicitur, non etiam legatarius

Q 9 2

tarius

tarius conditionalis, qui nec conditionalis creditor dicitur, A
antequam conditio exstiterit, l. 42. de obligat. & act. l. qui
in fraudem 27. qui, & à quibus man. Quod ergo dixi, no-
mina conditionalia venire in collationem, & generaliter
omnes obligationes, omnes actiones, quæ filio emanci-
pato competunt, quia & hæc intelliguntur esse in bo-
nis emancipati; ab ea definitione generali primum ex-
cipiamus ea, quæ ex testamento debentur filio emanci-
pato sub conditione, quia nec proprie ei debentur, ante-
quam conditio exstiterit; quod satis liquet ex superioribus.
Deinde in §. emancipatus hujus legis, excipiamus actionem
injuriarum, quia & hæc actio non intelligitur esse in bonis
filii emancipati ante litem contestatam, l. 28. de injur. quan-
toquidem non pecuniæ, aut rei familiaris, sed vindictæ
tantum persecutionem habet, l. prætor, §. 1. eod. tit. Nec igitur
quamcumque aliam actionem confert filius emancipatus, B
quæ sit similis actioni injuriarum: non actionem de mori-
bus, quia & hæc vindictæ, non rei persecutionem habet.
Actionem furti confert, ut ait Paulus, quia pecuniæ perse-
cutionem habet, id est, duplum, vel quadruplum ejus pecu-
niæ, quæ mihi abest, vel quæ mihi furto ablata est. At actio
injuriarum, non pecuniæ, live rei familiaris, quæ abest acto-
ri, sed honoris imminuti ulciscendi persecutionem habet.
Unde & actiones populares, quæ jus populo tuentur, &
omnibus patent, filius emancipatus non confert, veluti
actionem sepulchri violati, actionem albi prætoris cor-
rupti, actionem ex edicto de iis, qui dejecerunt, vel effude-
runt, interdictum de via publica. Et in summa omnes actio-
nes populares filius emancipatus non confert, quia actio-
nes populares Reipublicæ, aut vindictæ publicæ magis,
quam pecuniæ, aut rei familiaris persecutionem habent,
& culibet competunt ex populo, nec in cujusquam bonis
privatim esse intelliguntur ante litem contestationem, l. 12.
de verb. signifi. l. penales, ad leg. Falcidiam, l. licet, de procurat.
Et ut de actione injuriarum ait Ulpianus in d. l. 28. de injur.
injuriarum actionem in bonis nostris non computari ante-
quam litem contestemur, actionem injuriarum non esse
in bonis ante litem contestatam, ita licet idem omnino di-
cere de quacunque populari actione, eam non esse in bo-
nis ante litem contestatam: occupatione sola fieri juris
nostri. Quod & hoc loco scripsisse Paulum pervincit, &
coarguit lex penult. de popul. act. quæ est ex hoc libro 41.
C
In qua & Paulus, ut hoc confirmaret magis, ait, etiam in
restitutione hereditatis ex Senatusconsulto Trebelliano popu-
lares actiones non venire: restituta hereditate ex Senatus-
consulto Trebelliano populares actiones non transire in
fideicommissarium: quia neque in bonis, neque in here-
ditate fuisse intelliguntur. Et ut subjicit in eadem l. pen. qui
D
habet actiones populares, non intelligitur esse locupletior.

A D §. Si tres, & duos seqq. Legem 2. de collat. bonor.
dixi à principio usque ad §. si tres emancipati, quem
nunc explicabo, & reliquos omnes, qui sequuntur. Ut
intelligatur §. si tres emancipati, atque etiam duo, qui
sequuntur, sciendum est, liberos emancipatos his fra-
tribus solis bona propria conferre, qui patris sui heredes
sunt, id est, qui in potestate patris fuerunt tempore mor-
tis, & quibus, tametsi jure civili omnia bona paterna ad
eos solos pertineant, beneficio prætoris auferunt eorum
bonorum partem virilem: emancipatos autem ipsos, in-
vicem bona propria non conferre, quia jura eorum paria
sunt, nec quicquam alter alteri aufert, l. 1. §. ult. hoc tit.
l. 9. C. de collat. Denique collationem bonorum proprio-
rum, quam emancipati faciunt, iis solis proficere, qui
in potestate sunt, non etiam emancipatis invicem, ut
est scriptum in l. 3. seq. §. Julianus. Hoc cognito videam-
us, quam liberi emancipati distributionis rationem
servent in conferendis propriis bonis, quamque in au-
ferendis paternis bonis. Aliud in hoc titulo est bona
conferre, aliud auferre, vel ferre, vel accipere. Bona paterna
emancipati ferunt, & auferunt suis ex parte: bona autem
propria conferunt suis, etiam ex parte: Et in ferendis qui-
dem bonis paternis plerumque partium distributio fit pro
numero liberorum, id est, quot sunt liberi emancipati,

quotque sui, tot fiunt partes bonorum paternorum, &
singuli singulas ferunt, vel retinent. In conferendis autem
propriis emancipatorum bonis, aliquando distributio fit
pro numero liberorum, aliquando non pro numero libe-
rorum, sed ἀναλογίαν partium, pro ratione portionum
legitima, & congrua. Sed hoc omne appositis exemplis
explanandum est. Et primum quidem, si unus sit filius
emancipatus, unus suus, ambo præteriti, vel amancipatus
præteritus, suus heres institutus ex asse, tam patris, quam
filii emancipati bona dividuntur in duas partes, ita ut filius
emancipatus dimidiam partem bonorum paternorum fe-
rat, & alteram dimidiam partem frater retentus in patris
potestate retineat, & similiter bonorum propriorum par-
tem dimidiam fratri suo conferat, partem alteram sibi re-
tineat. Atque ita fit divisio pro numero liberorum. Duo
sunt liberi, & duæ quoque partes fiunt uterumque bo-
norum. Eadem ratio servatur, si sint duo filii in potestate,
unus emancipatus. Nam & patris, & filii emancipati bona
dividuntur in tres partes pro numero liberorum, ita ut
singuli habeant tertiam partem bonorum paternorum, &
similiter tertiam partem in bonis emancipati propriis. Igi-
tur si filius emancipatus habeat trecenta in bonis, singulis
fratribus, qui sunt in potestate, centena conferat, centena
retinet. Similiter si in bonis paternis sint mille quingenta,
filius emancipatus ex eis fert 500. mille, reliqua fratres re-
tinent, & ex æquo partiantur inter se, l. 1. §. pen. h. tit. In
casibus divisio fit pro numero liberorum. Et eadem ratio
servatur in conferendis bonis propriis emancipatorum,
quæ servatur in conferendis, siue partiendis bonis paternis.
Aliquando tamen alia ratio, siue ἀναλογίαν servatur in con-
ferendis bonis paternis, & longe alia in conferendis bonis
propriis, ut puta, si duo, vel plures sint liberi emancipati.
Nam etsi omnium liberorum persone computentur in parti-
endis bonis paternis, persone tamen omnium non numerantur
in partiendis bonis emancipatorum propriis, sed duo
pluresve emancipati pro uno computantur: in ferendo, pro
pluribus computantur: in conferendo pro uno ferunt qua-
si plures sint, uti sunt: conferunt, quasi omnes unus sint, ut
in specie hujus §. si tres: Si tres sint emancipati, duo in po-
testate, quia eorum sunt quingenta liberi, singulis bonis pa-
ternis habent quintas, singulis tamen emancipatis non con-
ferunt quintas. Alioquin si personas numerarent, videren-
tur sibi invicem conferre, quod jus non patitur, ut proposui
initio, & ita minus conferrent, plus auferrent, sed conse-
runt tertias, quia pro uno computantur, ut si singuli filii
emancipati habeant 300. in bonis, singuli conferunt non
quintas, puta 120. id est, singulis, qui sunt in potestate se-
xaginta, ita ut retineant 180. duntaxat, sic fit, ut plus con-
ferant, minus ferant. Conferunt enim tertias, & ferunt
quintas tantum, & tertiarum utique majores sunt, quam
quintarum. Nec ut Paulus ait, propterea est, quod emancipati
indignantur, vel expostulent, cum sit eis in proclivi, in fa-
cili, omnia bonorum possessione contra tabulas se isto
onere levare. Idemque dicemus, si duo sint emancipati,
unus suus: singuli enim emancipati ex bonis paternis fe-
runt tertias, quia tres sunt liberi; conferunt autem ex bo-
nis propriis dimidias, non tertias tantum, alioquin vide-
rentur sibi invicem conferre: id est, collatio tertiarum non
iis tantum, qui in potestate sunt, ut oportet, proficeret, sed
etiam ipsis emancipatis. Plus autem in hoc portione: portio-
ne intelligo plus portione, quod tamen possit esse summa mi-
nus: ut è contrario plus summa, possit esse portio minus,
ut l. seq. §. Julianus. Sed in hoc tractatu non summa, sed
portio minus spectatur. Porro ad hoc placet dicemus, si duo
sint emancipati, duo in potestate, bonorum scilicet paternorum,
quia sunt quatuor liberi, singulis ferre quartas; bonorum
autem propriorum emancipatos non conferre quartas, quia hoc
sibi invicem conferre videretur, sed quasi unus liberus
id est, perinde atque si tres duntaxat liberi essent, unus
emancipatus, duo in potestate, conferre tertias. Bona
exemplum ex l. 1. 8. ult. hoc tit. eadem ratione retenta,
duos esse emancipatos, & duos filios, singuli emancipati
habent 300. in bonis. In bonis paternis sunt 400.

ex bonis paternis singuli ferent quartas, id est, centum. A
Ex bonis autem propriis singuli emancipati conferent tertias, id est, ducenta, nempe singulis ii, qui sunt in potestate 100. & retinebunt 100. vel etiam, ut in exemplo legis sequentis, §. Julianus, si unus ex emancipatis habeat 100. in bonis, alter 60. Ille, qui habet 100. conferet singulis iis, qui sunt in potestate, triginta tria, & trientem, in summa 66. & bessem, id est, conferet tertias, & retinebit 33. & trientem: Ille vero, qui habet 60. in bonis, conferet singulis liberis suis viginti, in summa 40. & retinebit viginti. Et hæc sufficiunt ad §. si tres, sequitur §. si ex emancipato, male explicatus ab Accursio.

AD §. Si ex emancipato. In hujus §. specie nepos emancipatus ex filio emancipato procreatus, nihil retinet ex bonis propriis, sed omnia confert. Qua ratione? in extremo dicam: finge: qui habebat filium in potestate, & filium emancipatum, & ex filio emancipato nepotem unum emancipatum à filio emancipato patre suo, & alterum nepotem retentum in potestate filii emancipati, simul & pariter uno eodemque momento perit ruina, vel naufragio una cum filio emancipato: nepos emancipatus præteritus tam patris sui, quam avi testamento, qui bonorum possessionem accepit contra tabulas utriusque, si centum habuerit in bonis, exempli gratia, is patruo conferre debet 50. id est, dimidiam suorum bonorum, quia ei aufert dimidiam ex bonis avi, & fratri æque conferre debet alia 50. quia & ei similiter aufert dimidiam ex bonis patris, atque ita nihil retinet sibi. Et est tamen ea distributio rectissima, sive personas numeres, sive portiones. Ratio hæc est, quia duæ hereditates sunt, de quibus agitur, non una: C una hereditas patris, quæ fratri defertur retento in potestate, alia hereditas avi, quæ patruo defertur, qui fuit in potestate avi, quarum hereditatum, uti oportet, ratione habita separatim, atque distincte, quemadmodum ille nepos ex bonis patris fert dimidiam, & ex suis confert dimidiam fratri, ita ex bonis avi fert dimidiam similiter, & ex suis confert dimidiam patruo. Eademque est ratio personarum, & portionum, per quam fit necessario, ut nihil apud eum remaneat ex suis bonis, qui tamen retineret 33. & trientem, si de una tantum hereditate ageretur, ut in l. seq. §. Jul. Sequitur §. si duo nepotes.

AD §. Si duo nepotes. In hujus §. specie, nec in ferendis paternis bonis, nec in propriis conferendis distributio fit pro numero liberorum, sed pro portionum ratione legitima. Species hæc est: Quidam decessit relicto uno filio in potestate, & duobus nepotibus ex altero filio jam mortuo, à se emancipatis, qui ex causa præteritionis, ut dictum est in l. i. de bonor. possess. cont. tabulas, eo jure vocantur ad bonorum possessionem contra tabulas una cum patruo, quo vocarentur ad hereditatem jure civili, si emancipati non essent: nempe vocantur in dimidiam partem, sive duo sint, sive tres, sive quinque, vel decem, id est, vocantur in partem, quam pater eorum si viveret habiturus esset, quem repræsentant, cujusve locum subeunt, vocantur in stirpem, non in capita: Alteram vero partem dimidiam retinet patruus, atque ita tantum habet patruus, quantum cæteri omnes nepotes. Singuli igitur nepotes ex bonis avi secundum hanc rationem ferunt quartas, non tertias, cum sint duo nepotes, ut posui: dividunt enim inter se dimidiam bonorum paternorum ex æquo. Unde quaeritur, utrum patruo ex bonis propriis conferant quartas: quia singuli ferunt quartas, an dimidias: quia ambo ferunt dimidiam? Et ait, eos, quasi scilicet unius loco sint, ut ait lex 7. hoc tit. puta patris sui loco: quem repræsentabant conferre dimidias propriorum bonorum: quia, quæ ratio est evidentissima, etsi emancipati non fuissent, & singuli ducenta acquisissent avo mortuo, ea inter eos, & patruum dividerentur ex portionibus æquis, id est, in duas dimidias. Itaque non personas numerant, sed portiones, sive partiantur cum patruo bona avita, sive bona propria. Denique & in hereditate avi, & in collatione bonorum propriorum unius loco sunt, d. l. 7. Et hoc vult §. si duo.

AD §. Pen. In §. pen. hujus legis, ostenditur filium emancipatum præteritum, qui bona propria non confert, per contumaciam scilicet, sic est hoc accipiendum, non confert, inquam, filio, qui fuit in potestate, vel non admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, vel si jam eam acceperit, ei denegari possessorias, sive hereditarias actiones, ut l. i. §. si frater, & §. si cum duobus, hoc tit. l. i. l. 14. C. de collation. & ut est in l. seq. paulo post principium, totam hereditatem sive omnia bona patris apud suum heredem remanere. Unde si duo sint emancipati (quæ est species §. pen.) unus suus heres, & ex emancipatis alter conferat, alter per contumaciam non conferat, portio non conferentis remanet apud heredem suum, qui fuit in potestate morientis, cujus etiam causa illi denegantur actiones. Nec in ea portione igitur non conferentis, quidquam habet alter filius emancipatus, qui bona sua contulit.

AD §. ult. Ad §. ultim. notandum est, collationem, aut reipsa fieri, bonis in commune collatis, & divisis, aut fieri cautione, puta emancipato promittente stipulanti suo heredi datis fidejussoribus (Nam hæc cautio satisfactio est) se bona collaturum, quæ moriente patre habuit, l. i. §. jubet, hoc tit. l. pen. §. videamus, de bonor. possess. cont. tab. Et re quidem ipsa fit plerunque collatio post petitam bonorum possessionem. Cautione autem interposita fieri solet ante petitam bonorum possessionem contra tabulas, vel unde liberi, ut Paulus scribit §. Sent. tit. 8. & probat lex, quæ sequitur, §. emancipatus præteritus. Sed & post petitam, & acceptam bonorum possessionem, eo quoque modo, id est, cautione fieri posse collationem, eadem lex, quæ sequitur, ostendit in principio. Quid tamen (hæc est quaestio §. ultimi) si post acceptam bonorum possessionem filius emancipatus per inopiam, de conferendo cavere non possit: per inopiam, inquam, quia vix ulli inveniuntur, qui pro inope fidejuberè velint, ut l. denuntiasse, in fine, ad leg. Jul. de adulter. l. si constante, §. quotiens, sol. matr. l. 3. de custod. reor. Quid ergo, si propter inopiam post petitam bonorum possessionem, & acceptam, filius emancipatus non possit cavere, non possit satisficere, an statim ab eo possessio transferenda est? an statim possessione quasi præmature accepta, aut quasi non jure accepta expellendus est, an statim bonorum possessio sine re constituenda est? minime. Verum, ut Paulus ait, adhuc sustinendus est, donec possit invenire fidejussores, ita tamen, ut interim iis, qui sunt in potestate permittatur distractio, sive auctio rerum, quæ tempore perituræ, aut mora deteriores futuræ sunt, rerum, quæ servando servari non possunt, veluti frugum; præstita tamen cautione, se pecuniam, quam ex venditione redegerint, in medium collaturos, ubi de collatione ab emancipato eis cautum fuerit. Vel etiam, ut in l. i. §. si frater, hoc tit. curator est constituendus portioni filii emancipati non caventis, ut eam portionem administret interim, quoad invenerit fidejussores. Et ita est explicandus §. ult. In quo animadvertendum est illo loco, auctio detur, more vetusto scriptum esse, auctio, pro auctio. Quod interpretes neque Græci, neque Latini assecuti sunt. Mos est auctoribus frequens, ut dicant, vel scribant, auctor pro auctor, & auctio pro auctio. Puto Paulum etiam hic quaesivisse de loco, quo emancipatus de conferendo cum satisfactione cavere debet, quaesivisse, quo loco eam cautionem emancipatum suo præstare oporteret, & docuisse, ibi cum ea de re cavere debere, ubi domicilium habet, ubi sedem bonorum, & fortunarum suarum collocavit, ubi bona propria habet, ut l. 5. §. ult. ut leg. nom. cav. Quapropter senatores populi Romani cavere debere in urbe, quoniam in urbe domicilium habent, vel in patria originis suæ, quia & ibi domicilium habent, senatores utroque loco domicilium habere intelliguntur, in urbe, & in patria germana, ut l. filii, §. senator, & §. pr. ad munic. Quod etiam ex hoc libro Pauli est proditum in l. pen. de senat. quæ ita est reddenda huic tractatui, addita hac ratione: quia dignitas non permutat domicilium. Sed adjicit, & potest quis pluribus locis domicilium habere, l. Labeo, ad municip. Potest quis plures patrias habere. In mu;

muliere numerabo quinque : patriam germanam , sive originalem , patriam adscititiam per affectionem : patriam mariti : patriam patroni : patriam adoptatoris . Ex hoc etiam libro Pauli est *lex ult. de coll. bon.* quæ docet .

Ad L. ult. eod. *Si quis prægnantem uxorem reliquerit , & ea ventris nomine in possessionem missa fuerit : interim cessat collatio : Nam antequam nascatur , non potest dici in potestate morientis fuisse . Sed nato conferetur .*

Postumo suo nondum nato , etiam si defuncti uxor missa sit in possessionem ventris nomine , vice bonorum possessionis contra tabul. vel unde liberi , non conferre postumo nondum nato , quia nondum etiam postumus admittitur , aut admittere potuit bonorum possessionem , nec potest etiam videri , antequam nascatur in potestate morientis fuisse : nato conferri , sed nondum nato non conferri . Recte igitur cum temperamento *l. pen. de statu hom. ait. eum , qui est in utero , in toto pene jure civili pro nato haberi . Nam hic est unus casus , quo pro nato non habetur . Et sunt alii complures .*

Ad L. II. de Conjung. cum emancip. lib. *Nihil in hac parte edicti cavet prætor , ut legata exceptis personis nepos præstet . Sed potest superior sermo & ad hunc casum referri : Nam absurdum est , patrem quidem ejus legata præstare , ipsum vero plus habere : cum eadem conditione in eandem partem vocantur .*

EX legibus , quæ ex lib. 4. 1. restant , prima est *lex 2. de conjung. cum emancip. liber.* Ex hoc edicto de conjungendis cum emancipato liberis , quod edictum novum dicitur , & nova clausula , quia est addita novissime à Juliano Jurisconsulto in ordinatione edicti perpetui , quam fecit auctore Adriano Imperatore , si filius emancipatus præteritus sit , & nepos ex eo retentus in potestate , heres institutus , vel etiam præteritus , filio emancipato , in petenda bonorum possessione contra tabulas jungitur nepos ex eo retentus in potestate avi , qui tamen solus jure civili ad hereditatem vocabatur , quasi solus suus heres ; sed ex hoc edicto patri suo conjungitur , & veniunt ambo eodem jure ad bonorum possessionem contra tabulas , quod & ex hoc libro jam habuimus supra in *l. 6. §. filio , de bonor. possess. cont. tabul.* Cum quo §. ita videtur hæc *lex 2. conjungi posse , ut adjicias , utroque accipiente bonorum possessionem contra tabulas , patre emancipato , & nepote ex eo retento in potestate avi , utrumque etiam præstare legata exceptis personis , parentis testamento relicta . Ergo non emancipatum tantum , sed etiam filium , id est , nepotem retentum in potestate avi præstare legata exceptis personis , hac ratione , quia absurdum est , & incongruum , filio defuncti conjuncto nepote ex eo nato , id est , patri conjuncto filio , meliori conditione filium esse , quam patrem : plus habere filium , cum ex hoc edicto eodem jure , eademque conditione , ut ait , conjungantur in unam , eandemque partem . Itaque superior sermo , ut Paulus ait hoc loco , id est , superius edictum , quod est de legatis præstandis , ut & Accursius interpretatur recte , ad hunc casum non refertur , quia hoc casu etiam suus heres legata præstat exceptis personis . Cæterum hoc casu excepto , suus heres , qui cum emancipato concurrat in petenda bonorum possessione contra tabulas legata nemini præstat , *l. 15. de leg. præst. l. pen. §. videamus , de bon. possess. cont. tab.* Ait , posse superiorem sermonem , id est , edictum de legatis præstandis , referri etiam ad hunc casum . Recte , ut scilicet uterque legata præstet . Nec tamen ideo minus verum est , superius edictum de leg. præst. non referri ad hunc casum , quia in illo edicto separatur emancipatus à suo : emancipatus præstat legata exceptis personis , non etiam suus , in hoc casu conjungentur , & hæc separatio non fit . Et hæc sufficiunt ad *l. 2.**

Ad L. II. de Vent. in possess. mitt. *Sed & si eum ediderit , qui repulsus est , discedere debet .*

Ad L. IV. eod. *Habitatio quoque , si domum defunctus non habuit , conducenda erit mulieri .*

Ad §. *Servis quoque mulieris , qui necessarii sunt ad ministerium ejus , secundum dignitatem cibaria præstanda sunt .*

Ad L. LXII. de Legat. I. *Si ancilla cum liberis legata sit , & ancilla sola , si non sunt liberi : & liberi soli , si non sit ancilla , debentur .*

EX hoc edicto uxor , quam quis moriens ex se gravidam reliquit , ventris nomine mittitur in possess. bonor. defuncti , vice bonorum possessionis cont. tab. si postumus præteritus sit patris testamento , vel vice cujuslibet alterius bonor. possessionis : Et interim , donec pariat alenda , vestienda , toleranda ex defuncti bonis , tectum etiam ei præbendum est , *l. 1. §. mulier , hoc tit.* quæ pars est alimentorum , *l. legatis , l. ult. de alim. leg.* Habitatio , inquit Paulus in *l. 4.* conducenda est mulieri , si domum defunctus non habuit , id est , domum propriam : Domus appellatione proprietas significatur . Fac eum habuisse tantum habitationem in domo aliena , quam morte ejus finiri constat , sicut usum domus alienæ , *l. si habitatio , de usu , & habit.* Vel fac gratuito eum habitasse in ædibus amici cujusdam , quibus uxorem ejus , eo mortuo , dominus ædium excluderit . Et addit etiam , non tantum cibaria esse præbenda mulieri missæ in possess. ventr. nomine , quibus & se , & ventrem tucatur , sed etiam servi mulieris secundum dignitatem ejus , quos in ministerio habet . Verum , ut ex eod. Paulo scriptum est in *l. 2.* si mulier eum ediderit , qui repulsus sit , mulierem de possess. confestim discedere oportet , ut si mortuum ediderit : nam & abortivi edi , & nasci dicuntur , *l. qui mortui , de verb. signific.* Et in Hecyra Terentii , *natum abortum .* Hoc vero exemplo non male Basilica utuntur hoc loco , si mortuum ediderit , *et de 2. vexeporoxhōn.* Non est autem dubium , quin & alia multa hoc libro Paulus scripserit de hoc edicto . Et inter cætera *l. 62. de leg. 1.* conjecturam hoc loco facit , docuisse Paulum tractantem de hoc edicto , quod tametsi verba hujus edicti ita concepta sint , *ventrem cum liberis , quibus scilicet bonorum possess. dederim , in possess. esse jubebo* , tamen etiam si nulli sint alii liberi , quibus dederit bon. possess. si solus venter sit , ventrem ex hoc edicto in possess. mittendum esse , ut etiam ostenditur in *l. 7. in fine . hoc tit. l. 121. de leg. 1.* ubi pro jubeo legendum *jubebo , l. 13. §. ult. de manumiss. testam.* Et hoc Paulum confirmasse eo , quod proponitur in *diff. l. 62.* ex hoc ipso libro , nempe eodem modo ancilla cum liberis legata : *Lego tibi ancillam cum suis liberis , & ancillam solam debentur , si non sint liberi , & liberos solos , si non sit ancilla : quia scilicet hæc adjectio , cum liberis , conditionem non facit .*

Ad L. VI. de Carb. edict. *De bonis matris an decretum interponendum sit , queritur ? Et decretum quidem non est interponendum , dilatio autem longissima danda est , quæ in tempus pubertatis extrahet negotium .*

Ad §. *Plane si simul de paternis , & de maternis bonis controversia sit , vel etiam de fratris : & has controversias in tempus pubertatis differendas esse , Julianus respondit .*

Ad §. *Huic autem edicto locus est , etiam si ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi : tametsi ex inferioribus partibus petant , qua legitimi vocantur , quoniam sui sint : vel ex illa , qua cognatis datur .*

Ad §. *Ita demum autem huic edicto locus est , si status , & hereditatis controversia sit : nam si tantum status , quod (puta) servus dicatur esse , nec ulla bonorum controversia sit , hoc casu liberale iudicium statim explicandum erit .*

Ad §. *Qui pupillo controversiam facit , si simul cum eo in possessionem missus est , alii ex bonis defuncti non debebit , nec quicquam de bonis deminuerit : Hæc enim possessio pro satisfactione cedit .*

Ad §. *Non solum alimenta pupillo præstari debent : sed & in studia , & in cæteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum .*

Ad §. *Post pubertatem , queritur , an actoris partes sustinere debeat , qui ex Carboniano missus est in possessionem ? & responsum est , rei partes eum sustinere debere : maxime si cavet . Sed & si non caverat , si nunc paratus sit cavere , quasi possess.*

seffor conveniendus est. Quod si nunc non caveat, possessio A
transfertur adversario satis offerente, perinde atque si
nunc primum ab eo peteretur hereditas.

Ad L. ult. eod. Sed sicuti de bonis paternis emancipato cave;
tur: ita de istis, quæ ipse confert, cavendum est:

EX edicto Carboniano liberis impuberibus præteritis
testamento patris, quibus fit controversia bonorum
paternorum, hereditatis paternæ, alio quodam hereditatem
suam vocante, simul & fit controversia de statu, quia di-
cuntur non esse liberi, vel non esse iusti liberi defuncti, cu-
jus de bonis agitur, interim quoad puberes facti fuerint,
quoad pubuerint, datur bonor. possessio contra tabulas
ex edicto Carboniano, non quidem de plano, ut cæteræ
bonor. possessiones dari solent, sed pro tribunali causa co-
gnita. Decretalis ergo bonorum possessio, non edictalis, B
dilata tantisper controversia status, & bonorum paterno-
rum in tempus pubertatis, & impubere interim tolerante
vitam suam ex paternis bonis, quasi præsumatur esse defun-
cti filius, licet existat, qui neget, cum ejus esse filium. Et hoc
totum favor pupillaris ætatis extorsit. Ergo huic edicto, si-
ve bonorum possessioni Carbonianæ locus est, si de bonis
paternis controversia fiat liberis impuberibus: Nam si de
maternis bonis, aut de fraternis bonis, aut de bonis liberti
patroni, impuberibus controversia fiat, simul atque de sta-
tu capitis, vel familiæ, neque bonorum possessio Carbo-
niana competit, neque ex edicto Carboniano negotium
differtur in tempus pubertatis, l. 3. si is, cui status, l. seq. §. si
pupillus, hoc tit. sed ex constitutionibus Principum sine
possessione quæstio status differtur ad tempus pubertatis,
l. 3. §. 1. & 2. hoc tit. l. 7. §. pen. de vent. in possess. mis. l. divi, de
liber. caus. Et hoc supplendum est ad initium hujus l. 6. dum
ait, de bonis matris non esse interponendum decretum, id est,
non esse dandam Carbonianam, quæ decretalis est, bonor.
possessionem: dilationem tamen longissimam dandam esse,
quæ in tempus pubertatis extrahat negotium. Dandam scili-
cet esse hanc dilationem ex constitutionibus, non ex edicto
Carboniano, non ex jure ipso, quod sæpissime separatur à
constitutionibus, quæ sæpenumero deviant à jure publico:
& prudentia veterum. Si tamen, ut subjicit, fiat simul con-
troversia de paternis, & maternis bonis filio impuberi, vel
de paternis, & fraternis bonis simul, & de statu, proculdu-
bio ex edicto Carboniano negotium omne extrahitur in
tempus pubertatis, data interim bonorum possessione
Carboniana: has, inquit, controversias in tempus pubertatis
differendas esse Julianus respondit: ex edicto Carboniano D
scilicet; priori parte ex constitutionibus, & sine possessione;
posteriori parte, ex hoc edicto, & data bonorum pos-
sessione Carboniana. Sequitur in §. huic autem.

AD §. Huic autem. Edictum Carbonianum non tantum
pertinere ad bonorum possessionem contra tabulas,
sed etiam ad bonorum possessiones ab intestato: Nam &
has scilicet impuberibus dari ex decreto, quibus fit con-
troversia status, & bonorum paternorum, ut l. seq. §. inter-
dum, l. 3. in prin. h. t. l. 1. §. sed etsi ex Carbo. si tab. testam. nullæ
ext. Liberis ergo impuberibus, quibus fit controversia sta-
tus, & bonorum paternorum ex edicto Carboniano, causa
cognita ab intestato dari posse bonorum possess. unde li-
beri, vel unde legitimi, & unde cognati. Nam si sint sui
liberi, id est, si in potestate morientis fuerint, ab intestato
non tantum eis defertur bonorum possessio unde liberi, sed E
etiam ex sequenti parte edicti bonorum possess. unde legi-
tими. Quia (est elegans ratio Pauli) qui sui sunt, & legi-
tими, id est, agnati sunt, filius suus patri est agnatus pro-
ximus, l. si filius, de suis, & legit. hered. l. Jurisconsultus, §. 1.
de grad. & adfin. sicut ex diverso, qui non sunt sui, nec
agnati, vel legitimi sunt, l. scripto, si tab. testam. nul. extab.
Potest etiam eis dari bonorum possessio unde cognati:
Nam qui agnati sunt & cognati sunt. Et ita vero liberi
sibi ipsi succedunt ex iis edicti partibus, l. 1. §. sed viden-
dum, de success. ed. Filii sui omnia bonorum possess. unde
liberi, veniunt ad bonorum possess. unde legitimi, vel
rursus hac omnia, veniunt ad bonorum possess. unde co-

gnati. Ad extremum, & ex edicto Carboniano, si im-
puberes sint, quibus fiat controversia status, & heredi-
tatis paternæ, admittuntur ex omnibus partibus edicti.
Hoc vult §. huic autem. Post hæc subjicit Paulus, ita de-
mum huic edicto Carboniano locum esse, si status, & he-
reditatis paternæ simul controversia fiat. Nam si fiat con-
troversia status tantum, ut si filius defuncti impubes, di-
catur esse servus, statim liberale iudicium explicandum esse
sine dilatione, sine cunctatione: statim, ut brevius dicunt
Basilica, *ro xara orarindv* explicandum est, id est, liberale
iudicium, capitis iudicium, status iudicium. Quod ita ve-
rum est, si hoc edictum inspicias, si ad jus ipsum animum
advertas, statim explicandum est liberale iudicium sine
mora. Nam ex Constitutionibus favore pupillaris ætatis
causa cognita quæstio status, quæ fit impuberi, ad tempus
pubertatis, quo se ipse tueri possit, differenda est, etiam
si hereditatis paternæ nulla ei moveatur quæstio, d. l. divi,
de liber. caus. l. 3. §. quamvis, hoc tit. Sequitur §. qui pupillo.

AD §. Qui pupillo. Pupillus, cui data est bon. poss. Carb.
solus possidet bona, non cum adversario, qui movet illi
quæstionem status, & hereditatis paternæ, nisi adversarius sit
etiam ex liberis, sed si sit exter, si sit extraneus, solus ex hoc
edicto possidet bona, dummodo cum satisfactione caveat
adversario de restituendis bonis, si post pubertatem contra
eum iudicatum fuerit. Ita si satisfecerit adversario, solus
possidet bona dilatis controversiis omnibus ad tempus
pubertatis, solus fruitur utitur bonis. Sed si non satisfide-
derit, si noluerit, aut non potuerit satisfacere, bona solus
non possidet, quia vice satisfactionis non præstitit adver-
sarius simul cum eo mittitur in possessionem bonorum,
quæ ob id possessio vicaria dici potest, ut in l. postquam,
§. 1. ut leg. nomine cap. Et hac ratione, quia vicaria tantum
possessio est, id est, quia tantum est vice satisfactionis, ad-
versarius, qui simul missus est in possessionem, non alitur
ex defuncti bonis, nec ex iis quicquam diminuere potest
vescendi causa, quia vice satisfactionis tantum missus est,
non ut frueretur bonis, quod & servatur, quum credito-
res mittuntur in possessionem rei servandæ causa, non
etiam rei fruendæ causa, aut bonorum fruendorum causa,
l. Fulcinius in principio, quib. ex caus. in poss. eatur. Non ali-
tur etiam ex iis bonis impubes, qui satis non dedit, nisi si
se aliter videatur alere non posse, ut l. prox. §. quotiens, sup.
Pupillo autem, qui satisfecit adversario, etiam si aliunde
se tueri, & alere possit, alimenta præstantur ex defuncti
bonis, & præceptoribus ejus mercedes, impendia, inquit.
præstantur, quæ fieri convenit in studia. Præstantur & om-
nia alia impendia necessaria pro modo facultatum defun-
cti, præstatur vestiarium, calcearium, ministeria servorum.
Hæc omnia præstantur ei, qui satisfecit: ei, qui non satisfide-
dit, non item, nisi videatur se aliunde alere non posse.

AD §. ult. Præterea in §. ult. hujus leg. notatur alia dif-
ferentia inter impuberem satisfactantem de restituendis
paternis bonis, si victus fuerit post pubertatem, & non sa-
tisfactantem. Bonorum possessionis Carbonianæ emolumen-
tum finitur pubertate: est bon. possess. pupillaris, & ut pu-
pillaris substitutio finitur pubertate, ita bon. possess. Car-
bon. quæ est bon. possess. pupillaris, finitur pubertate, l. 3. §.
puberi, hoc tit. Et tunc, id est, post pubertatem, liquidem
satisfecerit is, cui data est bonor. possess. Carbon. in iudicio
centumvirali de petitione hereditatis, quo disceptabitur
de hereditate paterna inter eum, & adversarium, rei, sive
possessoris sustinet partes. Idemque est, etsi non satisfide-
derit ab initio: sed nunc post pubertatem satisfacere paratus
sit de restituendis bonis paternis, si iudicio centumvirali
superatus fuerit. Nam & hoc casu qui satisfacit, sustinet
partes rei, *c'est le defendeur*, cujus conditio melior, & ve-
rior est. At si nec nunc post pubertatem satisfacere velit,
aut possit, possess. bonorum transfertur in adversarium,
si modo & hic eandem satisfactionem offerat. Ac prout
tunc adversarius rei partibus fungitur. Ille vero partibus
petitoris, partibus actoris, & consequenter onus probandi
illi incumbit, se filium esse, & iustum filium ejus, de cujus
here;

hereditate agitur, & hereditatem ad se pertinere, ut l. 14. inf. A Actoris partes sustinere grande est onus, nullum fere sustinere partes rei. Favorabiliores enim sunt rei, quam actori res. Ex lult. hujus tit. quæ est etiam ex hoc lib. Pauli.

Ad Lult. eod. cujus verba supra sunt adscripta.

NOtandum est filio impuberi, qui gerit se pro suo herede patris accipienti bon. poss. Carb. quod fiat ei controversia status, & hereditatis paternæ, interim etiam ei fratrem emancipatum cavere debere de conferendis bonis propriis, l. pen. & vicissim ipsum filium impuberem debere emancipato cavere de restituendis bonis paternis, si in judicio petendæ hereditatis superatus fuerit, atque etiam de restituendis bonis propriis emancipati jam ab eo collatis, vel de remittenda cautione. Nunc ex hoc libro restat tantum l. 3. de bonor. posses. sec. tab. quæ est facillima.

Ad L. III. de Bon. poss. sec. tab. Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse.

Certum est jure civili, postumum suum heredem, id est, qui testatori suus heres futurus est quum natus erit, recte heredem institui: alienum autem postumum, id est, qui testatori suus heres futurus non est, jure civili institui non posse, ob id ipsum, quia non est, §. 1. Instit. de bonor. poss. at, ut Paulus ait in hac l. 3. & verissimum est, jure prætorio, omnis postumum heres institui potest. Verum est, inquit, omnem postumum; ergo etiam alienum postumum heredem institui posse, & natum petere posse bonorum possessionem secundum tab. si modo fuerit in utero moriente testatore, alioquin institutio ejus, qui nondum conceptus est, qui nondum est in rerum natura, nihil valeret.



JACOBI CUJACII J. C.

Ad Lib. XLII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. IV. de Bon. libert. Si necem domini detexerit servus: prætor statuere solet, ut liber sit, & constat eum, quasi ex Senatusconsulto libertatem consecutum, nullius esse libertum.

Ad §. Si libertus captus ab hostibus, ibi decesserit: quamvis liberti appellatio eum non tangat: tamen propter legem Corneliam, quæ testamentum sic confirmat, atque si in civitate decesserit, patrono quoque bonorum possessio danda erit.

Ad §. Si deportatus patronus sit, filio ejus competit bonorum possessio in bonis liberti, nec impedimento est ei talis patronus, qui mortui loco habetur. Et dissimile est, si patronus apud hostes sit, nam propter spem postliminii obstat liberis suis.

Ad §. Si extraneus à liberto heres institutus, rogatus sit filio hereditatem restituere: cum ex Senatusconsulto Trebelliano restituta hereditate, heredis loco filius habetur, patronus summovendus est.

SERVUS, qui indicavit, & vindicavit necem domini, qui coarguit, & detexit necem domini, pro præmio consequitur libertatem ex Senatusconsulto Syllaniano, non quidem ipso facto, sed prætor decernente eum esse liberum. Decreto prætoris opus est, l. si servus, de Senatus. Syllan. l. æris alieni, ad leg. Falcid. l. testam. de heredib. instit. l. 1. C. pro quib. causis servi pro præmio accip. libert. Ad si quidem prætor non assignaverit cujus libertus esset, is, quem liberum esse decernit ob causam detectæ necis domini, ut l. 3. §. quid si necem, de suis, & legit. hered. ille fit libertus orcinus, si prætor ei non assignaverit patronum, quum statuit eum esse liberum, orcus erit ei patronus, ut ait l. 5. qui sine manum. ad libert. perven. Paulus ait, initio hujus legis, eum nullius esse libertum.

Orcus enim, quem solum patronum agnoscit, pro nullo est. Contra, imo non orci videtur libertus esse, sed ejus, cujus proxime servus fuit, ut ait dicta lex 3. §. quid si necem. Proxime autem servus fuit heredis occisi domini, ergo heredis libertus est, non libertus orcinus. Libertus, inquit, est ejus, cujus proxime servus fuit. Male Accursius, id est, testatoris, inquit, & fit libertus orcinus. Omnino male, quoniam subjicit, ei deferri liberti intestati hereditatem legitimam. Et consequenter, si testatus sit libertus, eo præterito dimidiæ partis ei deferri contra tabulas bonorum possessionem, quæ necato domino, sive testatori sane deferri non potest. Libertus ergo est ejus, cujus proxime servus fuit, id est, heredis necati domini, vel testamentarii, vel legitimi: non est ergo libertus orcinus. Hoc explicandum est adhibita distinctione: si heres vindicaverit necem defuncti, servus, qui eam detexit, fit liber decernente prætor, & libertus heredis, cujus proxime servus fuit, non libertus orcinus: sed si heres non vindicaverit, & arguerit necem defuncti, solus servus eam arguerit, & detexerit, quia heredi hereditas auferitur quasi indigno, tunc servus ille fit liber, & libertus Acheronticus, sive orcinus hoc solo casu, l. pen. de jure patron. videlicet quum ipse solus cessante herede indicavit, & vindicavit necem domini. Nihil est certius. Sequitur in §. 1. hujus legis.

AD §. Si libertus. Liberto capto ab hostibus, & mortuo apud hostes, quamvis in eum proprie liberti nomen non cadat, quia servus decessit, & consequenter nec testatus decessisse, vel ex testamento, aut ab intestato heredem habere videri potest, l. 3. §. ult. de verb. signific. tamen quia lex Cornelia ejus liberti, qui decessit apud hostes testamentum confirmat, morti juncto tempore captivitatis, ex die, quo captus est, l. iusto, in fine, de usurpat. & usucap. patrono præterito datur bonorum possessio contra tabulas, quia lex Cornelia fingit, ut jam significavi, libertum decessisse in civitate, decessisse liberum, l. in omnibus, & l. bona, de capt. & post. Post hæc tractat Paulus de patrono capto ab hostibus, quem hoc differre ostendit à patrono deportato in insulam, quod si post deportationem patroni libertus vita decesserit, patroni filio competit bonorum possessio in liberti paterni bonis, quia patronus habetur pro mortuo, ut l. 1. §. pen. de bonor. posses. cont. tab. Deportatus, inquam, habetur pro mortuo. Cur ita? quia fiscus in ejus bona omnia, in universum jus ejusdem succedit, nunquam deportatur quisquam, quin simul & bona ejus omnia publicentur. Fiscus igitur in jus universum deportati succedit, l. affione, §. publicatione, pro soc. Viventis nullus est successor universi juris, aut necessario vivus, cui aliquis est successor universi juris, pro mortuo habetur. Ergo hoc casu patronus non obstat filio suo, sed filius statim atque mortuus est libertus paternus, petit bonorum possessionem in liberti paterni bonis. Neque quicquam in contrarium facit, quod deportatus restitui in civitatem potest, & poena liberari, quod tamen odio caducorum in considerationem venit in l. in tercidit 59. de cond. & demonstrat. quia restitutio illa pendet ex beneficio, & indulgentia Principis, de qua certam spem animo concipere nullo quis argumento possit. Quis possit sibi certo quicquam polliceri de animo, aut de indulgentia Principis? Et longe alia est ratio patroni capti ab hostibus. Nam etsi interim, dum is potitur hostium, dum est apud hostes, libertus moriatur, patronus obstat filio suo, quo minus ei deferatur bonor. possessio, quia non habetur pro mortuo. Et hoc spes postliminii facit, quam semper nostri auctores habent pro certissima, propterea quod posita est in virtute populi Romani, si quis sit captus ab hostibus, eum existimat mox recuperaturum. Huic similis differentia est inter deportatum, & captivum in lult. §. pen. de ad. sign. lib. Postremo in §. ult. hujus l. 4. ostenditur.

AD §. ult. Bonorum possess. contra tabulas liberti patrono præterito dari, si extraneus heres institutus sit testamento liberti, non etiam si filius liberti: tunc enim excluditur patronus omnino, §. prodesse, Instit. de succes. libert. non

non etiam si extraneus, qui heres institutus est testamento liberti, pure rogatus sit filio liberti restituere hereditatem, & restituerit ex Senatusconsulto Trebelliano, quia tunc filius liberti effectu heres est, l. 5. §. ult. quod cum eo, qui in alterius est pot. l. filiusfam. in fine, ad leg. Falcid. Et est hic locus in hanc rem elegantissimus. Sequitur in eod. tit. de bon. libertor. l. 9. quæ hoc tantum vult.

Ad L. IX. eod. Qui in servitute libertum paternum petierit: nec nomine libertorum bonorum possessionem accipere potest.

Filium patroni, qui libertum paternum in servitute petiit, vel, quod idem est, capitis accusavit, nec obtinuit, neque suo, neque liberorum suorum nomine accipere posse bonorum possessionem cont. tab. liberti paterni. Quod ostendit etiam aperte l. si filius, §. pen. de fideicom. liberti. Patronus ipse ob eam causam non amitteret bonorum possessionem, non amitteret jus patronatus: filius patroni ob eam causam amittit jus patronatus. Et recte in l. eum patronum, de jure patronat. patronum interpretantur rectissime, & verissime patroni filium: Nam & patroni filius, patronus est, sed non patronus primus, non manumissor. Sequitur in l. 5. si quid in fraud. pat.

Ad L. V. Si quid in fraud. Tenetur Faviana actione tam is, qui accepit ipse, quam qui iussit alii dari id, quod ipsi donabitur.

Ad §. In actione Faviana, si res non restituatur, tanti damnabitur reus, quanti actor in litem juraverit.

Quæ libertus alienavit in fraudem patroni ex suis bonis deminuendæ portionis patrono debitæ causa, patronus revocat actione Faviana ad finem debitæ portionis, si modo (nam & hoc quoque pertinet ad tractatum de bonorum possess.) bonorum possessionem contra tabulas liberti petere potuerit, l. 3. §. patronum, hoc tit. Qui amisit bonorum possessionem, & actionem Favianam amittit. Igitur si cui libertus donaverit dolo malo in fraudem patroni, patronus id revocat, ut ait Paulus in hac lege, vel ab ipso donatario, si id acceperit, vel ab eo, cui id donatarius dari iusserit, cui donatum scilicet, & quæsitum volebat. Hoc autem iudicio subijcit, tanti damnari reum, quanti actor in litem juraverit, id est, rem, quæ non restituitur patrono, æstimari non iusto pretio, sed pretio quod juratus patronus ipse fecerit. Quod addendum est l. in action. de in litem jur. ubi sat multæ recensentur actiones, in quibus juratur in litem, nec ista recensentur, in qua tamen hic locus singularis ostendit etiam jurari in litem. Videtur fuisse actio arbitraria. Persequitur ergo hoc iudicio, id est, actione Faviana patronus etiam quod sciens prudensque libertus indebitum solvit. Nam & hoc donasse videtur, l. qui fundus, §. servus meus, pro emp. l. 12. de donat. l. cum post mortem, §. 1. de adminst. tut. Quod & hoc libro scripsisse Paulum coarguit l. 53. de reg. jur. quæ sumpta est ex hoc libro, in qua ita definit.

Ad L. LIII. de Reg. jur. Cujus per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.

Cujus per errorem dati repetitio est, per conditionem, indebiti scilicet, ejus consulto dati, à sciente, & prudente, donationem esse. Unde si per errorem imprudens libertus indebitum solverit, id actione Faviana revocare patronus non potest, quia dolo caret libertus: sed vel libertus, vel heres ejus id potest repetere conditione indebiti. Explicit liber 42.

Tom. II. Post



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XLIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XVI. de Test. milit. Dotalem fundum si legaverit miles, non erit ratum legatum propter legem Juliam.

DOCUIT in hoc Libro Paulus legem Juliam de fundo dotali pertinere etiam ad testamentum militis, ideoque nec maritum militem testamento suo recte fundum dotalem legare, l. 16. de milit. testam. quæ est ex hoc libro, quod pervincit quam sit falsum quod Accursius notavit in l. 1. de fundo dot. legem Juliam non pertinere ad legata. Quod & in ea l. 1. non ita dudum refutavi, adducta, quæ etiam id probat l. 13. §. ult. ejusd. tit. de fund. dot. Hoc vero scripsisse Paulum crediderim, cum doceret, & in petenda bonorum possessione militis, tempora edicto prætoris determinata (puta 100. dierum, vel anni unius) observari, ut in l. 15. §. ult. de milit. testam. nam & jus commune in testamentis militum servari plerisque aliis in causis, ut in dotali fundo legato, quod & legatum non valet: nam & hic liber, & duo superiores, & liber, qui sequitur, omnes fuerunt de bonorum possessionibus. De quibus cum tractaret, & doceret, in bonis militum servari tempora petendæ bonorum possessionis, quæ servantur in bonis paganorum, tradidit & pleraque alia, quæ sunt communia: nec testamento militis relicto legatum incertis personis valere, §. incertis, Instit. de legat. nec ex testamento militis captatorias institutiones valere, l. 11. C. de hered. instit. nec ex testamento militis legata deberi, nisi ante omnia deducto ære alieno, l. 1. §. denique, ad Trebell. & pleraque alia. Sequitur in l. 18. de bon. liberti.

Ad L. XVIII. de Bon. libert. Patronæ quidem liberi etiam vulgo quæsitum accipient materni liberti bonorum possessionem. Patroni autem non nisi jure quæsitum.

Filium patroni patrono mortuo, aut deportato accipere bonorum possessionem contra tabulas liberti paterni, si modo iustus filius sit, ex iustis nuptiis procreatus, non si vulgo quæsitus sit: filium tamen patronæ (differentiam facit inter patronum, & patronam hac in re) filium patronæ, inquam, vulgo quæsitum admitti ad bona liberti materni. Ratio non redditur, sed hæc est evidentissima, quia & ad bona matris filius vulgo quæsitus admittitur ex SC. Orfit. l. 1. §. sed & vulgo, ad Senatusc. Tertull. Ergo non mirum, si admittatur etiam ad bona liberti materni. At vulgo quæsitus non admittitur ad bona patris, quia nec patrem habere intelligitur, cum pater ejus incertus sit, nec possit igitur admitti ad bona liberti paterni. Restat tantum ex hoc libro l. 3. unde legitimi.

Ad L. III. Unde legitimi. Generaliter igitur sciendum est, quotiescunque vel lex, vel senatus desert hereditatem, non etiam bonorum possessionem ex hac parte eam peti oportere. Cum vero etiam bonorum possessionem dari jubet, tum ex illa parte, qua ex legibus peti debere, sed ex hac parte poterit.

Hæc l. 3. docet, bonorum possessionem unde legitimi dari iis, quibus lex 12. tab. vel alia lex, veluti lex Cornelia, quæ etiam confirmat legitimas hereditates eorum, qui apud hostes vita defuncti sunt, l. 10. de capt. & poss. l. 8. C. de leg. heredit. Itemque iis, quos SC. veluti SC. Tertull. & SC. Orfit. vocat ad hereditatem intestatorum non facta mentione bonorum possessionis, quos non vocat nominatim ad bonorum possessionem, sed ad hereditatem:

Rr

iis

iis prætor dat bonorum possessionem unde legitimi, legum, aut Senatusconsultorum tuendorum causa. Iis autem, quos etiam lex, vel Senatusconsultum nominatim vocat ad bonorum possessionem, id est, ad hereditatem, & bonorum possess. simul, vel ad bonorum possessionem tantum, dari bonorum possessionem, ut ex legibus Senatusconsultis bonorum possess. detur, de qua in illo titulo, ut ex legibus Senatusc. Iisdem quoque si vocati sint ad hereditatem, & bonorum possessionem simul, dari, si hanc malint, bonorum possessionem unde legitimi. Itaque bonorum possessio tum cui, hæc sunt verba ejus, ex lege, Senatusconsulto bonorum possessionem dari oportet: sic eam Græci nuncupant, quæ dicitur ut ex legibus, concurrat cum bonorum possessione, tum quem heredem ei esse oportet, live, tum uti proximum quemque heredem esse oportet: quæ est bonorum possessio unde legitimi. Quæ verba tum quem heredem, plane indicant tantum heredem vocari. Illa autem verba edicti, ut ex legibus, tum cui ex lege Senatusconsulto bonorum possessionem dari oportet, indicant vocari tantum bonorum possessorem. Differentia igitur proposita in hac l. 3. ex verbis edictorum proficiscitur. Explicit liber 43.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XLIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. de Jur. & fac. ignor. Ignorantia vel facti, vel juris est.

Ad §. Nam si quis nesciat, decessisse eum, cujus bonorum possessio defertur, non cedit ei tempus. Sed si sciat quidem defunctum esse cognatum: nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri; aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem, quod scriptis heredibus bonorum possessionem prætor promittit: cedit ei tempus, quia in jure errat. Idem est si frater consanguineus defuncti credat, matrem potiorē esse.

Ad §. Si quis nesciat, se cognatum esse, interdum in jure, interdum in facto errat: Nam si & liberum se esse, & ex quibus natus sit sciat, jure autem cognationis habere se nesciat, in jure errat. At si quis forte expositus, quorum parentium esset ignoret, fortasse & serviat alicui, putans se servum esse, in facto magis, quam in jure errat.

Ad §. Item si quis sciat quidem alii delatam esse bonorum possessionem, in facto errat. Idem est si putet eum bonorum possessionem accepisse. Sed si sciat eum non petiisse, tempusque ei præterisse, ignoret autem, sibi ex successorio capite competere bonorum possessionem, cedit ei tempus, quia in jure errat.

Ad §. Idem dicemus, si ex asse heres institutus, non putet se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas. Quod si nesciat esse tabulas, in facto errat.

HUIC Libro XLIV. tres leges tantum adscribuntur, l. 1. de jur. & fact. ignor. l. 2. si quis aliqu. test. prob. & l. 3. quis ordo in bonor. possess. serv. Sed ex his tribus dict. l. 2. rejicienda est in librum sequentem, qui est de testibus: hic liber 44. fuit de bonor. poss. ut & tres, qui præcedunt, & specialiter de temporibus, intra quæ iis, quibus priore loco defertur bonorum possess. defuncti, petenda ea, vel admittenda est. Petenda olim erat solemniter à prætore, vel præside, l. 1. & 2. C. comm. de success. Hodie satis est eam, si sit edictalis scilicet, non decretalis bonor. possess. quæ desiderat causæ cognitionem, hodie, inquam, satis est edictalem bonorum possess. admitti quocunque indicio voluntatis, etiam non adito prætore, vel præside, §. ult. Inst. de bon. possess. quæ res efficit, quod notandum, ut in Digestis locis innumeris, pro petere Tribonianus reposuerit admittere, quod non sit hodie petenda, quodque satis sit hodie eam admitti, agnosci ab eo, cui competit, cuique edicto prætor, se eam daturum pollicetur. Quæ

pollicitatio prætoris, delatio est. Et liberis quidem, aut parentibus intra annum utilem bonorum possessio petenda, vel admittenda est, l. 1. §. largius, de success. ed. l. 2. Cod. qui adm. ad bonor. poss. Cæteris autem agnatis, vel cognatis bonorum possessio petenda est intra centum dies utiles, id est, intra tres menses utiles: nam cum unus mensis lege præstituitur, mensi additur semper unus dies. Et similiter duobus mensibus unus dies, & tribus mensibus unus dies, anno unus dies. Quod ostendit l. 2. C. de temp. appell. & l. ubi lex, de reg. jur. Sicut 100. dies sunt tres menses, superaddito uno die, qui omnibus temporalibus præscriptionibus superaddi solet, & mensibus singulis in jure, ut & aliiis disciplinis τριμηνίως, sive μεσοδιδιμήως tribuuntur dies 30. tantum. Cæteris ergo agnatis, vel cognatis, ut cepi dicere, quæ defertur bonorum possess. petenda, vel admittenda est intra centum dies utiles, quibus scierint defunctum esse eum, de cujus bonis agitur, & quibus delatam bonorum possessionem petere, & admittere potuerit. Denique quibus scierint petere, & potuerint petere, l. 2. quis ordo in bonor. possess. Sicut jure civili hereditas adeunda est intra 100. dies, quibus, ut est in formula cretionis, sive aditionis, heres scierit, petentique, id est, intra 100. dies utiles, l. si Titio, §. 1. quando dies leg. cedat, l. 3. §. etsi heres, de minor. l. 2. de jur. delib. Et ita dies aditionis, dies legitimus, scilicet aditionis accipiendus est in l. pen. §. si filiusfam. de jur. & fact. ignor. & l. Pannonius, de acquir. hered. Tempora ergo illa petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis scientibus duntaxat cedunt, & imputantur, non ignorantibus. At duplex est scientia, duplex item ignorantia. Scientia, vel ignorantia juris, & scientia, vel ignorantia facti, id est, rei gestæ: sive ἀνορέσιματ. Et scientibus quidem factum, & jus, vel scientibus factum tantum. Jus autem ignorantibus tempora petendæ bonor. possess. cedunt. Ignorantibus autem factum, & jus, vel ignorantibus factum tantum, scientibus vero jus, tempora non cedunt, non currunt, non imputantur. Quod variis exemplis propositis Paulus demonstrat in hac leg. ut puta, si quis nesciat vita decessisse eum, cujus bonorum possessio ei defertur, tempora petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis ei non cedunt, non computantur, quia in facto errat, facti ignarus est. Error, vel ignorantia facti non nocet. Sed si sciat quidem cognatum intestatum vita decessisse, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem unde cognati, sibi deferri, quæ est species legis 2. C. qui admitti, aut si sciat, se heredem scriptum esse, nesciat autem scriptis heredibus deferri bonorum possessionem secundum tabulas, prætore nempe eam in edicto promittente heredibus scriptis testamento obsignato non minus quam septem testium signis: ei proculdubio, id est, scienti factum, & ignorantibus jus, cedit tempus petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis, eoque præterito excluditur à comodo bonorum possessionis, & defertur successio ex edicto successorio ad sequentem gradum. Ergo erranti in jure, non etiam in facto. Hic error juris nihil prodest, quo minus tempus ei cedat. Juris civilis, vel prætorii ignorantia nocet. Idemque est, ut Paulus hic ostendit, si quis fratrem suum consanguineum, id est, ἀδελφόν, ex eodem patre, sciat quidem intestatum vita decessisse, sed nesciat in ejus successione potiorē se esse matrem defuncti fratris consanguinei: quia & hic errat in jure, quo comparatum est, fratrem consanguineum profus excludere defuncti matrem, l. 3. §. si mater, de Carbon. edict. §. præferuntur, Inst. de SC. Tertull. l. 2. C. Theod. de sec. nuptiis. Frater consanguineus in successione intestati fratris consanguinei omnino præfertur matri defuncti, etiam si quælitus sit per adrogationem, non natura, ut indicat l. 7. ad Senatusc. Tertull. Quod jus omne Justinianus immutavit, & quidem varie, & inconstanter. Primum enim l. ult. Cod. de SC. Tertull. matrem cum fratre, aut fratribus consanguineis filii defuncti vocavit in virilem portionem: deinde Novelle 118. distinctionem adhibuit inter fratres consanguineos ex eodem patre, eademque matre, cum quibus matrem vocavit in virilem portionem, & fratres consanguineos matre diversos, quibus prætulit omnino defuncti matrem, Recte autem Paulus hic ait, idem est, si frater consanguineus

neus defuncti credat matrem potiorem esse. Recte frater A
 confanguineus: nam frater uterinus, qui non est confan-
 guineus, non est agnatus, sed cognatus tantum: non erat
 potior matre defuncti: neque etiam frater naturalis, id est,
 quæsitus ex concubinato, defuncto fratre legitimo quæsi-
 to ex iustis nuptiis. Quamvis (quæ est species l. Lucius, de
 vulg. & pup. substit. summe notanda) Quamvis, inquam,
 testamento patris filius legitimus, id est, quæsitus ex iustis
 nuptiis, & filius naturalis, id est, quæsitus ex concubinato
 heredes instituti sint, & invicem vulgari modo substituti,
 & frater legitimus impubes intra pubertatem vita deceffe-
 rit, quia hoc casu in substitutione vulgari facta invicem, in
 substitutione vulgari reciproca, non inest pupillaris, quia
 alter fuit pubes, alter impubes, nec in utrumque potuit
 cadere pupillaris substitutio, vulgaris potuit. Itaque mor-
 tuo filio legitimo impubere, mater ei succedit, excluso fra-
 tre naturali, qui ei in secundum casum substitutus esse non
 intelligitur: fratrem autem naturalem certum est confan-
 guineum non esse, quia nunquam fuit in familia patris. Se-
 quitur in hac l. eum, qui nescit se esse cognatum defuncti
 intestati, interdicitum in jure, interdum in facto errare. In ju-
 re errare, si sciat, ex quibus parentibus natus sit, & se esse
 liberum hominem, jura autem cognitionis se habere ne-
 sciat. Et ideo ex die mortis temporis præstituti ad peten-
 dam successione rationem haberi, ex die mortis tempus
 ei cedere. In facto autem errare, si ex quibus parentibus
 natus sit ignoret, forte à matre projectus & expositus, ut
 ait, qui *μητροφίλητος* Theocrito, si expositus, inquam, sit, &
 ab eo, qui eum sustulit, quasi servus educatus: ut olim iis,
 qui expositos sustulissent, permissum erat, eos habere ser-
 vorum loco, l. 1. Cod. Theod. de expositis: Seneca contro-
 vers. 33. Expositi, inquit, in nullo numero sunt, servi sunt, hoc
 legumlatore visum est. Et ita vero, qui ignorat se defuncti
 cognatum esse, quia ignorat, quorum parentum sit, ei
 ignorantia prodest, quo minus dies petendæ bonorum
 possessionis cedat, quoad scierit quorum parentum sit. Et
 similiter ei, qui per errorem facti putat cognatum gradu
 proximiorum accepisse defuncti cognati bonorum posses-
 sionem, quam non accepit, vel non omisisse bonorum
 possessionem, quam omisit; hic error; hæc ignorantia;
 hæc opinio, vel credulitas prodest, quo minus ei tempus
 cedat. Sed si sciat cognatum proximiorum repudiasse, vel
 omisisse bonorum possessionem, id est, non petiisse eam
 intra tempus constitutum, nesciat autem sibi bonorum
 possessionem competere ex capite, sive edicto successorio,
 quo prætor pollicetur bonorum possessionem sequentis
 gradus cognato, eo, qui gradu præcedebat repudiante, vel
 intra tempora non admittente bonorum possessionem. Ex
 successorio capite, inquit, id est, ex successorio edicto. Ba-
 silica, *ἐν τῷ ἐπιναρτωθέντι*, id est, ex transmissione, quæ fit
 ad insequentem gradum, ex parte successoria, ex edicto
 successorio. Ei vero, qui ita, ut proposui, facti gnarus, juris
 autem, id est, edicti successorii ignarus non petit bonorum
 possessionem intra 100. dies, dies cessisse intelligitur. Ita-
 que post 100. dies utiles submovetur à successione defun-
 cti, quia dies cedunt juris ignaro, si modo facti ignarus
 non fuerit. Eodemque modo, ut proponitur in extremo
 hujus legis, si quis nesciat extare tabulas testamenti, qui-
 bus heres scriptus sit, tempus petendæ, vel admittendæ bo-
 norum possessionis secundum tabulas ei non cedit, non
 currit, quia in facto errat, vel quia facti ignarus est. Sed si
 sciat extare tabulas, quibus heres scriptus sit ex asse, & pu-
 tet tamen per imperitiam juris, se ante apertas tabulas bo-
 norum possessionem petere non posse, tempus ei cedit,
 quia in jure errat. Jure enim is, qui ex asse heres scriptus
 est, statim à morte testatoris ante apertas tabulas potest
 petere bonorum possessionem secundum tabulas, non
 etiam heres scriptus ex parte. Heres scriptus ex parte non
 potest admittere bonorum possessionem ante apertas ta-
 bulas. Quod præter hunc locum, ostendit etiam l. nullam,
 in fine, de condit. & demonstrat. & l. in bonorum, de bon.
 possess. & l. 1. §. sufficit, de bonor. possess. contra tab. Et in-
 de Ulpianus lib. singul. regul. tit. de caducis, caducam fieri
 hereditatem, si ex parte heres scriptus post mortem testa-
 Tom. II. Post.

toris ante apertas tabulas vita decefferit, id est, ante aditam
 hereditatem, agnitamve bonorum possessionem secundum
 tabulas: quæ distinctio juris veteris, quam abrogavit Iul-
 nianus, servabatur tantum in extraneis heredibus, non in
 suis, aut necessariis, l. ex parte, de acquir. hered. l. 3. C. de
 jure delib. Rem omnem ita concludamus, ut tempus pe-
 tendæ, vel admittendæ bonorum possessionis secundum
 tabulas, vel cujuscunque alterius, cedat & imputetur, sat
 est, si is, cui bonorum possessio defertur, cui bonorum
 possessionem prætor promittit, sciat se heredem scriptum
 ex asse; nec necesse etiam est, ut sciat heredi scripto ex asse
 competere bonorum possessionem etiam clusis tabulis te-
 stamenti. Sat namque est, si copiam habuerit jurisperito-
 rum, quos consuleret: juris ignorantia nocet non utique
 semper, sed in urbe potissimum, ubi licet consulere pru-
 dentiores. Neque enim ab eo, cui defertur successio, juris
 scientia exigitur eadem, quæ Jurisconsultis inest: sed ea,
 quam quis per se habet, aut quam consulendo prudentio-
 res adsequi potest, d. lin bonor. de bon. poss. l. 2. §. ult. quis
 ord. in bonor. possess. serv. l. pen. §. sed juris, hoc tit. Hanc
 juris scientiam, quam consulendo prudentes adsequi po-
 test, si aspernatus fuerit, plane ignorantia juris ei noceat,
 quia ignorantia fuit vincibilis, ut Theologi loquuntur, non
 male, minus latine tamen. Quia vincibilis est, quæ facile
 vincitur, ut in Phormione, *causa vincibilis*. Illi ignoran-
 tiam vincibilem vocant, quæ facile vinci potest, consultis
 peritioribus. M. Tullius 1. de Orat. Juris, inquit, *utilitas
 ad quamque causam juris repente, vel à peritis, vel de libris
 depromi potest*. Quod congruit superioribus legibus. Et hæc
 sunt, quæ pertinebant ad legem 1.

Ad L.III. Quis ord. in bonor. posses. Circa tempora bono-
 rum possessionis patris scientia ignoanti filio non nocet.

Quibus adjecit Paulus, quod est in l. 3. quis ord. in bono-
 possess. circa tempora petendæ bonorum possessionis
 scientiam patris filio ignorant non nocere, ut si sciat
 pater filium heredem scriptum, filius nesciat, scientia patris
 nescienti filio non nocet: & generaliter, ut ait *lex 5. in princ.
 h. t.* iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius, quam
 suam nocere. Nec obstat legi 3. l. 7. §. ult. de bon. poss. quæ ait,
 dies, quibus pater scit, cedere, neque enim dicit eos cedere
 filio: fateor eos cedere patri, maxime si filius infans sit, quia
 infantis nomine pater solus accipere, aut repudiare bono-
 rum possessionem potest, l. 1. de bonor. possess. sur. infanti, *mutuo
 comp. d. l. 7. §. pen.* non cedunt tamen filio. Et ideo si filius an-
 tequam scierit se heredem scriptum esse, emancipatus sit,
 postea cognito testamento petere bonorum possessionem
 potest, etiam si 100. dies præterierint.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XLV. PAULI AD EDICTUM.
 RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.II. Si quis aliq. test. prohib. Si quis dolo malo fecerit,
 ut testes non veniant, & per hoc deficiatur facultas testa-
 menti faciendi: denegandæ sunt actiones ei, qui dolo fecerit:
 sive legitimus heres sit, sive priore testamento scriptus.
 Ad §. Fratris autem factum fratri non nocet.
 Ad §. Si fidei ejus, quod dolum admisit, commissum est, ut here-
 ditatem restitueret: ea hereditas caduca cum suis oneribus
 fiet, ut commodum legis Falcidiae fiscus sentiat: dodrantis
 autem fideicommissarius.

REJECI l. 2. si quis aliq. testari prohib. in lib. 45.
 qui est de testamentis. Qua de re illa lex 2.
 quamquam & aliquatenus possit accommoda-
 ri ad bonorum possessionem, ut ex interpre-
 tatione ejus manifestum fiet, à qua incipiam. Initio lex
 ait.

ait. Ei, qui cognatum, cui ab initio successurus est, vel ei, qui eum, à quo priore testam. heres scriptus est, prohibet facere, aut mutare testamentum data opera, forte ne convenient signatores, vel classici testes: sic proprie vocantur testes testamentarii, vel ne testamentarius, id est scriptor testamenti, sive *συνδικος*, sic appellatur, introducatur testamenti scribendi causa, atque ita, ut non sit illi copia, & facultas testamenti faciendi, aut mutandi, ei, inquam, denegari hereditarias actiones, atque etiam possessorias, ut indicat *lex unica, quibus non compet. bonorum possess.* & hereditatem, quæ ab initio, vel ex priore testamento ei deferretur, & quæ forte jam ab eo adita est, ei auferri & eripi quasi indigno, & fisco vindicari. Quod est ex constitut. Adriani, ut indicat *lex 1. hoc tit.* Et denegantur vero actiones hereditariæ, vel possessoriæ, veluti petitio hereditatis civilis, aut petitio hereditatis possessoria, quæ prætoriam est actio, aut actio famil. exciscund. si coheredes habeat. Ei, inquam, ex hac causa denegantur actiones, vel, ut autumat Accursius opposita exceptione doli mali, vel quod magis est, citra exceptionem officio prætoris, ut in *l. veluti, de verbor. obligat.* Subjicit autem Paulus, factum fratris fratri non nocere: factum coheredis coheredi, sive consorti non nocere: ut si duo sunt fratres, qui parentis intestati legitimi heredes futuri sint, quorum unus prohibeat parentem facere testamentum, quo forte eum exheredaturus erat, alter non prohibeat, pars tantum prohibentis caduca sit, nec factum ejus fratri innocenti quicquam nocet. Alterius scilicet dolus alteri non nocet, *l. electio, §. ult. de noxal. act.* Verum huic sententiæ obloqui, & repugnare videtur *lex 1. §. si dominus, hoc tit. & d. lex unica, quibus non compet. bonorum possess.* quæ leges dicunt, factum domini, vel patris, qui dolo malo fecit, ne testamentum mutaretur, in quo servus, aut filius ejus heredes scripti erant, servo, vel filio postea manumisso, vel emancipato nocere, ac proinde ei denegari hereditarias, vel possessorias actiones, & fisco locum esse, quamvis ipse non prohibuerit: Sed, ut breve faciam, hoc ideo, quia servus, vel filius non habent defuncti supremam voluntatem, cum mutaturus testamentum fuerit, ni pater, vel dominus obstitisset. In specie autem proposita frater, quia non prohibuit parentem facere testamentum, non potest videri non habuisse defuncti patris voluntatem. Imo factum fratris, qui prohibuit, argumentum est, eum solum non habuisse defuncti voluntatem, cum solum parenti nec gratum, nec acceptum fuisse. Separari etiam hac in re oportet factum fratris à scientia patris. Scientia patris filio non nocet circa tempora petendæ bonorum possessionis, ut supra didicimus ex *l. 3. quis ord. in bonorum possess.* quia filius ex voluntate, ex judicio defuncti venit. At in dicto *§. si dominus*, & in *d. l. un.* factum patris filio nocet, quia filius non venit ex judicio defuncti, quandoquidem pro filio defunctus posteriore testamento alium heredem facturum erat, ni pater obstitisset. Postremo additur in *§. ult. hujus legis*.

AD *§. ult.* Si heres priori testam. scriptus, & rogatus eodem testamento alii hereditatem restituere dolo malo fecerit, ne testamentum mutaretur, eam hereditatem caducam fieri cum onere fideicommissi, cum onere restituendæ hereditatis, ita scilicet, ut fiscus retineat Falcidiam, quam heres scriptus retenturus erat, & dodrantem fideicommissario restituat ex Senatusconsulto Trebellian. ut *l. 3. §. ult. ad Trebell.* Quod generaliter servatur in omnibus caducis: nimirum, ut semper caduca fiant cum suis oneribus, quæ scilicet ab heredibus scriptis recidunt in fiscum, ita ut fiscus sit heredum loco, *l. quidam, §. quotiens, de leg. 1. l. in factis, §. ult. de cond. & demon.* Observa autem in hoc *§. ult.* Paulum loqui de hereditate, non de legato: nam si legatarius testatorem prohibuerit mutare testamentum, legatum ei relictum non sit caducum, si id alii restituere per fideicommissum rogatus fuerit, *l. 1. §. pen. hoc tit.* Et ratio est evidens, quia legatarius oneratus fideicommissum non utitur beneficio legis Falcid. Quare nec ex legatarii persona quicquam cadere in fiscum potest, & fideicommissum integrum debetur fideicommissario. Et hæc sunt, quæ perti-

nent ad illam *l. 2. si quis aliqu. test. prob.* Sequitur *l. 9. de cond. inst.* quæ apertissima est.

Ad *L. IX. de Cond. inst. Conditiones, quæ contra bonos mores inseruntur, remittendæ sunt: Veluti si ab hostibus patrem suum non redemerit: si parentibus suis, patronove alimenta non præstiterit.*

AIt, conditiones institutionibus, extraneorum heredum scilicet, adscriptas contra bonos mores, veluti si patrem suum ab hostibus non redemerit, si parentibus suis, aut patronis alimenta non præstiterit, quod est, si impius erga parentes, aut patronos fuerit, hæc conditiones non vitare institutionem, sed vitari ipsas, aut haberi pro non scriptis, aut ipso jure videri remissas, ut *l. 14. eod.* Dixi extraneorum heredum: nam filiorum suorum heredum institutiones factæ sub conditione turpi, & probrosa vitiantur, *l. 15. hoc tit.* hac ratione, quia filii sui heredes, qui sunt in potestate inutiliter instituuntur sub conditione, quæ non est in eorum potestate. At conditio turpis non intelligitur esse in nostra potestate.

Ad *L. IX. Test. quemad. aper. Si mulier ventris nomine in possessione sit: aperiendæ sunt secundæ tabulæ, ut sciatur cui mandanda sit curatio.*

Aperiuntur tabulæ testamenti statim post mortem testatoris, in foro, aut Basilica, præsentibus testibus, & signatoribus testamenti, vel optimæ opinionis viris, honestis viris. Et hoc ideo ne mora fiat heredibus scriptis, aut legatariis, aut libertatibus, aut fisco, ut Paulus scribit aperte *4. Sent. tit. de vicesima*: heredibus, inquam, extraneis scriptis ex parte, qui ante Justinianum adire hereditatem non poterant ante apertas tabulas testamenti, ut supra didicimus ex *l. 1. §. ult. de jur. & fact. ignor.* vel etiam heredibus scriptis ex asse, qui mitti in possessionem rerum hereditariam ex edicto Divi Adriani non possunt ante apertas tabulas testam. *l. filiam, ad Trebell. l. 3. C. de edicto Divi Adriani toll.* Legatariis autem, & libertatibus, quia per legem Papiam legatorum dies cedebat ex apertis tabulis demum, & libertatum ex die aditæ hereditatis, ut constat ex *tit. de cad. toll.* Ut autem fisco mora non fiat, quia ex apertis tabulis fisco debebatur vicesima hereditatum extraneis relictarum: Quod à Paulo in supradicto loco appellatur necessarium vestigal: *Aperiendæ, inquit, sunt testam. tabulæ statim, ne mora fiat necessario vestigali*, id est, vicesimæ hereditatum. Aperiendæ autem sunt principales tabulæ testamenti, quas sibi paterfam. fecit, non etiam secundæ tabulæ, id est, tabulæ pupillares, quibus continetur substitutio pupillaris, quam pater fecit liberis impuberibus, quos habuit in potestate, vel postumis relicta uxore prægnante. Pupillares, inquam, tabulæ non sunt aperiendæ, antequam extiterit casus substitutionis pupillaris, videlicet si separatim eas pater signatas reliquerit septem testium signis. Potest pater, & suas, id est, principales tabulas, & pupillares tabulas simul obsignare septem testium signis, utrisque sufficiunt 7. signa testium, *l. patris, de vulg. subst.* Sed potest etiam seorsim suas obsignare 7. testium signis, & similiter pupillares seorsim totidem testium signis. Et hoc ita si fecerit, pupillares tabulæ temere non sunt aperiendæ, sed causa cognita tantum, ut ait *l. 8. hoc tit.* Ad quam statim justæ causæ exemplum subjicitur in *l. 9. hic*: Si ei, qui est in utero uxoris, pater fecerit substitutionem pupillarem, ejusque nomine uxor missa sit in possessionem, & de curatore ventri, bonisque dando agatur, & queratur, nunquid ut substitutum, ita & curatorem ventri dederit pater: nam ut hoc sciatur, hæc sat justa est causa aperiendarum pupillarum tabularum, quia etsi jure nullus curator testamento detur, tamen confirmari solet curator, qui à patre datus est. Et ita est explicanda *l. 9.* Verum ad causam aperiendarum tabularum testamentum etiam refero, *l. 5. ad municip.* quæ etiam huic libro adscribitur, & docet hoc tantum.

Ad

Ad L. V. ad municip. *Labeo indicat eum, qui pluribus locis ex æquo negotietur, nusquam domicilium habere. Quosdam autem dicere refert, pluribus locis eum incolam esse, aut domicilium habere: quod verius est.*

Pluribus quem locis domicilium habere posse, nec verum esse, quod Labeo indicavit, eum, qui in pluribus locis æqualiter moratur, & negotiatur, nusquam domicilium habere, quia imo omnibus locis domicilium habere intelligitur. Ad quod facit *l. ejus, §. Celsus, eod. t.* Nihil denique vetat plurium quem civitatum civem, aut incolam esse: Incolam esse, est domicilium habere. Unde in aperiendis tabulis testamenti mittendæ sunt tabulæ, ubi signatores testamenti sunt, ut ait aperte *l. 7. test. quemadmodum ap. ut signum quisque suum, & manum agnoscat: nam revocari eos signi sui cognoscendi causa onerosum est. Quippe, ut ait l. 7. sepe, cum magna captione à rebus suis revocentur, & iniquum sit, damnosum cuique esse officium suum: ergo non sunt evocandi signatores, sed mittendæ sunt ad eos tabulæ, ut signa sua cognoscant. Unde si signatorum aliquis pluribus locis domicilium habeat (ita *l. 5.* huic tractatui accommodanda est) non quemlibet in locum tabulas mitti fas est, sed eo mitti tabulas oportet, quo loco ipse nunc consistit, & diversatur: nemo potest omnibus locis, omnibusve domiciliis eodem tempore consistere. Non tam igitur spectatur ubi domicilium habeat, quia & pluribus locis habere potest, quam ubi nunc sit, ubi degat. Porro ex hoc libro est etiam *l. 9. si quis omis. caus. test.**

Ad L. IX. Si quis omis. caus. test. *Sed & si adhuc parendi conditioni tempus habeat, hac parte edicti non tenetur.*

Sub hoc tit. proponitur edictum prætoris, quo legatariis subvenitur, & fideicommissariis, & servis testamento manumissis directo, vel per fideicommissum, quorum scilicet in fraudem testamento heres scriptus, qui forte & ab intestato rem habere potest quali proximus agnatus defuncti, qui deserit testamentum, qui repudiat hereditatem ex testamento, & eam amplecti mavult ab intestato, ut scilicet exoneret se præstatione legatorum, aut fideicommissorum, aut libertatum: Nam huic calliditati hoc edicto occurrit prætor palam edicens, teneri eum legatariis, & fideicommissariis, perinde atque si ex testamento hereditatem adiiisset. Verum addendum est, non teneri tamen eum, qui omis. caus. test. ab intestato possidet hereditatem, iis, quibus dare, vel facere iustus est, puta heredem institutum sub conditione, si Titio decem dederis, si omittat testamentum, & ab intestato gerat se pro herede, non teneri Titio decem dare, quia Titius legatarius, aut fideicommissarius non est, *l. 8. hoc tit. l. Mævius, in fine, de condit. & demonstrat.* nec si heres institutus Titio decem dederit conditionis implendæ causa, legatum id dicitur, aut fideicommissum, sed dicitur mortis causa capio, *l. mortis causa cap. de mort. caus. donat.* Ex qua quidem mortis causa capione, ut hoc fiat manifestius, etiam interveniente lege Falcid. non detrahitur quarta, *l. 1. §. item si legatum, & l. acceptis, ad leg. Falcid.* quæ tamen detrahitur ex legato. Ergo mortis causa capio non est legatum. Unde, ut ex Paulo traditum *l. 9. si quis heredem instituerit sub conditione dandi Titio 100. prætituta etiam die, intra quam daret, quamvis adhuc parendi conditioni heres tempus habeat, & ab intestato hereditatem possideat: Titio tamen ex hoc edicto tenetur, ut numeret 100. quia legatarius non est, aut fideicommissarius, aut manumissus testamento. Et hujus tantum generis personis hoc edicto succurrit prætor.*

Ad L. XVI. de Injur. *Sed non esse æquum, pro majore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri, Pedius ait. Et ideo officio judicis portiones æstimandæ erunt.*

Huic etiam lib. 45. adscribitur *lex 16. de injuriis, sed falso cum sit adscribenda 55. ut & complures aliz*

A leges in eo tit. de injuriis sunt ex lib. 55. quadragesimus quintus de testamentis fuit, non de injuriis. Verum breviter exponamus, quod est in ea lege 16. in qua refertur à Paulo sententia Pedii JC. qui servo communi plurium facta atroci injuria, dicebat singulis dominis competere actionem injuriarum, & damnationem fieri pro portione dominica, id est, pro portione, qua quisque servi dominus esset. Et ita officio recuperatoris, vel judicis, portiones domini esse æstimandas. Nihil præterea. Cui sententiæ obstat *§. si communis, Instit. de injur.* Pedius dicebat, æquum esse damnationem fieri, verba sunt legis, *pro portione, qua quisque dominus esset.* Contra ille *§. ait, æquum esse æstimationem injuriæ non fieri pro portione domini, sed ex persona dominorum,* adjecta optima ratione, quia ipsis dominis injuria facta est: injuria nulla fit servo, sed dominis. Et ideo ex persona dominorum injuriæ æstimatio facienda est, non ex persona servi, habita ratione domini, quod quisque in servo habet. Pedius vero quasi servo facta esset injuria, non dominis, quod est falsum, portiones, quas in servo habuerint, ac si per servum acquisissent actionem injuriarum, spectandas esse putabat. Cæterum non ex persona servi acquirunt actionem injuriarum, quæ in nullo numero est, sed ex persona sua, quia ipsis facta est injuria. Itaque æquior est sententia *§. si communis.* Qui locus est singularis in jure, & satis apertus, quum ait, *quia ipsis dominis fit injuria,* quamvis non nominet Pedium, refellit tamen sententiam Pedii.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XLVI. PAULI AD EDICTUM.

* RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. VI. de SC. Syllan. *Est percussor certus sit: tamen habenda quæstio est, ut cædis mandator inveniat. Viique autem ipse maxime quæstioni dabitur, quamvis & cæteri puniantur.*

Ad *§.* *Quamvis alias in caput domini servi non torqueantur: recte tamen fiet quæstio, etiam si heredem accuset, sive extraneus heres, sive ex suis sit.*

Ad *§.* *Si unus ex dominis non compareat, quærendum est de casu ejus per servos, quos communes habuerunt, magis enim de salute, aut ultione domini non comparentis, quam in caput presentis torquebuntur.*

Ad *§.* *Si appetitus sit, nec occisus dominus: nihil Senatusconsulto cavetur. Ipse enim in familiam suam potest animadvertere.*

IN hoc Libro XLVI. sunt tantum duæ leges, *lex 6. & 8. de SC. Syllan.* Ex SC. Syll. quod factum est Augusti temporibus, Dolabella, & Syllano consulis hereditas ejus, qui à familia sua, à servis suis occisus esse dicitur, non potest adiri, neque bonorum possessi, peti, antequam de omni familia quæstio publica habita sit tormentis adhibitis: de omni, inquam, familia, quæ sub eodem tecto fuerit, vel ut uno verbo est apud Festum, *quæ subsuerit.* Quo verbo hic Neratius usus videtur. Quod ita Festus interpretatur, *quæ sub eodem tecto fuerit,* eo scilicet tempore, quo dominus occidebatur: alioquin hereditas adita ante quæstionem de familia habitam, sumptumque supplicium de noxiis, caduca fit, & heredi, qui adiit, aufertur quasi indigno, *l. 3. §. ult. ad SC. Treb. l. 5. §. 1. h. t.* Liquere autem prius semper debet, dominum scelere preceptum, scelere suorum, non sua manu: & rursus scelere, non obsequio, veluti imperante domino, ut se occidat servus, ut vitam sibi eripiat. Liquere igitur primum debet scelere occisum dominum, deinde quæstionem haberi, *l. 1. §. item illud hoc tit.* Unde & hodie priusquam homicidii quæstio introducatur, liquere debet de occiso, nec tamen temere credendum est morienti domino, qui se à servo illo, vel illo occisum dixit, nisi potuerit id probari, ut eleganter ait *l. 3. §. 1. hoc tit.* Un-

Unde nec hodie si quis mortifere vulneratus moriens dixerit, se ab illo occisum, non est ei temere credendum, quia potuit hoc errans dixisse, ipso scilicet momento moriendi. Sed si certum ejus rei iudicium protulerit, non dubito quin credendum ei sit. De familia autem quaestio habetur non tantum, si incertus sit percussor, sed etiam si certus, ut Paulus ait initio l. 6. etiam si certus sit percussor, non ideo minus habendam esse quaestionem de familia, nimirum ut caedis mandator, si quis sit, inveniatur. Sic enim haec verba Pauli accipienda sunt: *Et si percussor certus sit, tamen habenda est quaestio*, de familia scilicet, non ut glossa de percussore, qui certus est: ut, inquit, caedis mandator inveniatur: nam & de percussore subjicit, ipsum maxime quaestioni dari ob eam rem, nempe ut prodat mandatorem. Et hoc est, quod ait: *uique autem ipse maxime quaestioni dabitur*. Ipse percussor scilicet, non ut de se interrogetur, cum certus sit, sed ut interrogetur de mandatore, quo mandante facinus admisit, qui quidem mandator ipse, perinde atque percussor est puniendus, *quamvis*, inquit, & ceteri quoque puniantur. Quid hoc est: Ceteri scilicet servi. Non punitur tantum percussor, aut mandator, sed etiam ceteri servi, qui sub eodem tecto fuerint, & auxilium non tulerint. Ceteri ergo, id est, ceteri servi, non ut glossa, *ceteri mandatores*, quae hanc Pauli sententiam non intellexit, neque etiam de sequenti quicquam affirmare ausa est. Certus autem percussor, ne hoc ignoremus, est is, qui confitetur, qui etsi de conficiis interrogari, & torqueri non debeat, qui desperat de sua salute, qui de se confitetur, etsi de conficiis interrogari, & torqueri non debeat, aut possit, *l. repeti, §. 1. de quaest. l. ult. C. de accusat.* tamen interrogari potest de mandatore, *l. prius 17. hoc. tit.* convictus autem reus potest interrogari de quolibet, de conficiis, participibus mandatoribus. Sequitur in hac lege: *Quamvis alias in caput domini servi non torqueantur*. Vetustissimum jus est, quod obtinuit etiam in republica, ut ex Miloniana constat, *servos in caput dominorum non torqueri*, non interrogari. Sunt enim natura, ut est in proverbio, hostes dominorum: *quot servi tot hostes*. Excipiuntur tamen tres casus, tria crimina, adulterii, perduellionis, & fraudati census, sive vectigalis in *l. 1. C. de quaest.* Quibus casibus addi potest quartus ex hoc §. 1. si suus heres, qui statim à morte testatoris heres existit, sive aditione, sive cretione, sive bonorum possessione, & consequenter statim servorum hereditarium dominus sit, si hic, inquam, suus heres testatorem occidisse dicatur: nam & hoc casu servi in heredem dominumque suum torquentur, & generaliter, ut definit Paulus hoc loco, qui non habet alium sensum, Accursius adfert tres, aut quatuor, ut, inquam, definit Paulus hoc loco, & 3. Sententiarum hoc titulo. De familia habetur quaestio, etsi heres testatoris occidisse dicatur: nec interest, inquit, extraneus, an ex liberis sit, hoc loco ait, sive extraneus heres, sive ex suis sit.

Ad §. penult. Ad haec notandum est ex §. pen. hujus legis. Si unus ex dominis alterum, qui nusquam comparet, occidisse dicatur, de servo communi haberi quaestionem, quia hoc pro domino fore videtur, qui occisus est, potius quam contra dominum, qui accusatur. Et ita est proditum aperte, quem locum omisit glossa in lege extraneo, §. pen. de quaest. vel, ut Paulus ait in hoc §. pen. eodem sensu, *magis de salute, aut ultione domini non comparentis, quam in caput praesentis torquebitur*. Praesentis, qui insimulatur homicidii: alias vero, ut idem Paulus ait §. Sent. tit. de servor. quaest. *Communis servus in caput alterius ex dominis torqueri non potest*. Sed in hac specie magis torqueri videtur pro domino, id est, pro salute, aut ultione domini. Et hoc colore, sive praetextu etiam dicitur in *l. 2. Cod. Theodos. ne praeter crimen majestatis servi dominos accusent*: In crimine perduellionis, quod ad salutem principis pertinet, servos audiri contra dominum proprium: quia haec est colorata ratio, *pro salute domini rerum*, id est, Principis, intervenire videntur.

Ad §. ult. In §. ult. hujus legis ostenditur. Senatusconsultum loquitur de occiso, non ergo, si duntaxat dominus ferro, aut

A infidiis appetitus sit, non occisus, quia, inquit, hoc casu ipse in familiam suam, quae auxilium non tulit, vel quae ipsum appetivit, animadvertere potest. Qua ratione etiam dicitur, si servus domino furtum fecerit, necesse non habere dominum, vel extraneum adversus furem agere furti, cum ipse in furem statuere possit, *l. servi, aut filii, de furt.*

Ad L. VII. eod. *Et in libertos extraordinarium auxilium habebis.*

ET iis additur statim in l. 7. h. s. libertos, in quos patronus animadvertionem non habet, quia liberi homines sunt, si patroni vitam appetierint, licet rem non peregerint, extra ordinem coerceri tanquam ingratos, & inofficiosos extra ordinem, quia legibus, sive jure ordinario non est prodita actio ingrati, sed praebetur hoc casu in libertos extra ordinem, sicut & in donatarios, *l. 1. C. de libert. & eor. lib.* Judicium, inquit, extra ordinem praebetur, quod optime congruit his verbis legis 7. ubi ait idem Paulus, & *in libertos*, qui scilicet patronum gladio appetierint, *extraordinarium auxilium habebis*, id est, extraordinariam actionem ingrati. De libertis etiam hoc notandum ex constitutione Trajani, patrono occiso, & de libertis, qui sub eodem tecto manserunt quaestionem haberi, & supplicium sumi: quos scilicet vivus manumiserit. Primum autem de servis tantum quaestio habetur ex Senatusconsulto Syll. qui sub eodem tecto fuerunt, deinde de libertis etiam testamento manumissis quaestio habetur, & supplicium sumitur patrono occiso ex Senatusconsulto Pisoniano, sive Neroniano, ut constat ex Cornelio Tacito 13. Annalium. *De his*, inquit, *servis, qui testamento manumissi essent*. Post ex constitutione Trajani, coepit etiam quaestio haberi de libertis, quos qui occisus est, vivus manumississet, id est, inter vivos, etiamsi illi liberti jure annulorum aureorum donati essent. Quod ostenditur in *l. 10. §. ult. & l. seq. hoc tit.* *Idem erit*, inquit, *de iis libertis, qui jus annulorum petierint*. Non ergo, ut arbitror, de iis libertis, qui natalibus restituti sint: quoniam hi sunt prorsus ingenui, non ii, qui aureo tantum annulo, aut facultate gestandi annuli donati sunt. Qui natalibus restituti sunt, plane ingenui sunt, & difficilius torquentur ingenui, quam libertini: nam & libertini perraro torquentur. Hoc tantum casu torqueri possunt, si ipsi eodem loco fuerint, quo occisus patronus est, ex constit. Trajani. Qua de re existat epistola Plinii lib. 8. ad Aristonem Jurisconsulti de libertis Afranii Dextrii consulis cum de caede ejus quaereretur. Et ante Trajanum quoque Dio scribit, Domitianum Imperatorem de Epaphrodito liberti Neronis sumpsisse supplicium, quod Neroni opem non tulisset, cum occideretur. Et apud Corn. Tacit. 14. *Annal.* tempore Neronis etiam Varro in senatu censuit, ut liberti quoque, qui sub eodem tecto fuissent, cum patrono occideretur, Italia deportarentur. Transeamus ad l. 8.

Ad L. VIII. eod. *SC. Pisoniano cavetur, ut si poena obnoxius servus venisset, quandoque animadvertum in eum esset, ut venditor pretium praestaret: ne emptori injuriam fecisse videatur senatus.*

Ad §. Si filiusfam. qui in castrensi peculio testatus est, occisus sit: omnimodo id defendendum est, ut ex quibus casibus ad fiscum patrisfam. bona pertinent; his casibus & hujus peculium potius quam ad heredes, qui deliquerunt in adeundo, & similibus, ultive non sunt.

Initio hujus legis 8. proponitur aliud caput SC. Pisoniani, sive Neroniani, quod scilicet factum est Nerone, & Pisoni Consulibus, ut si domino à familia occiso post quaestionem familiae heres vendiderit, & tradiderit noxium quendam servum: poenae, inquit, quendam obnoxium servum ob caedem domini, bonae fidei emptori, sumatur quidem supplicium de servo vendito ex SC. Syllan. sed absque injuria emptoris: quoniam venditorem emptori pretium reddere oportet. Sumi debent supplicia, & poenae sine injuria cujuscumque (quod notandum) sed hac ratione, quia noxius venierat. At venditor non praedixerat, noxia solu-

solutum esse, fateor : nec tamen ideo minus debet emptori A pretium restituere . Alioquin Senatus injuriam faceret emptori, si illi eriperet servum, eumque raperet ad supplicium, à venditore ei pretio non restituto: alioquin si servus venditus post venditionem noxiam fecerit, periculum est emptoris, l. Lucius, de evict. In altera parte legis 8. ostenditur, non tantum patrisfamil. hereditatem, sed etiam filiifam. peculium castrense, vel quasi castrense, si de eo testamentum fecerit, caducum fieri, si filiifam. à familia sua, à servis suis castrensis occiso, heres scriptus contra SC. Syll. peculium, sive hereditatem castrensem filiifam. adierit, vel si aperuerit tabulas testamenti ante quætionem habitam de fam. vel etiam si mortem filiifam. testatoris sui inultam reliquerit: quia ex hac causa heredi aufertur hereditas quasi indigno, qui vel non vindicavit necem domini, sive testatoris, vel non ante habuit quætionem de famil. quam adiret hereditatem. Alioquin non ex omnibus etiam aliis causis, ex quibus publicatur patrisfam. hereditas, etiam publicatur castrense peculium, sed retinetur à patre jure peculii, si filiifam. testamentum non fecerit, l. 1. C. de bon. proscript. Ut si deportatus sit paterfam. in insulam, tacito jure omnia ejus bona publicantur: sed si filiifam. deportatus sit, non publicantur castrensia, vel quasi castrensia, sed remanent apud patrem superstitem. Cæterum heredibus filiifam. auferuntur, videlicet si testamentum fecerit de castrensi peculio, vel quasi castrensi. Libri sequentes sunt de servitutibus realibus, & personalibus.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XLVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LXVI. de Usufr. Cum usufructuario non solum legis Aquiliae actio competere potest, sed & servi corrupti, & injuriarum, si servum torquendo deteriore fecerit.

PAULUS Libro XLVII. egit quidem aliquantum de servitutibus personarum, & rerum, verum obiter, ut animadvertit: neque enim ejus hoc fuit propositum principale, sed præcipue, ut tractaret de cautionibus, sive stipulationibus prætoris, ut & Ulpianus post tractatum de testamentis, de iisdem cautionibus tractavit lib. 51. 52. & 53. Ac primum quidem egit Paulus, ut opinor, de stipulatione fructuaria; sic appellatur in l. 4. §. ult. de verb. obligation. qua scilicet usufructuarius proprietario stipulanti promittit datis fidejussoribus, ut ostenditur in l. 13. de usufr. finito usufructu se restituturum quod inde exstabit, & interim se viri boni arbitrato usurum fruiturum, id est, se rem causamve usufructus, & proprietatis deteriore non facturum, l. 1. usufruct. quemadmodum cav. Unde & re deteriore facta à fructuario, cum eo dominus proprietatis statim ex stipulatu agere potest. Quamquam & aliæ eo nomine ei sint cum usufructuario actiones, ut quod Paulus ostendit in l. 66. de usufructu, quæ est ex hoc lib. cum fructuario proprietarius agere potest actione legis Aquil. si forte, exempli gratia, servum fructuarium injuria occiderit, quod etiam ostendit d. l. 13. §. de præteritis, eod. tit. Itemque actione servi corrupti proprietarius cum usufructuario agere potest, si usufructuarius servum fructuarium bonæ frugis ad delinquendum perpulerit. Quod etiam ostendit l. 9. §. si in servo, de ser. corr. Itemque actione injuriarum, si usufructuarius torquendo servum fructuarium deteriore fecerit, si flagellis cæderit: neque enim vi eum torquere, neque flagellis cædere potest, l. 23. in fine, hoc tit. Paulus 3. Sententiarum tit. de leg. Servos, inquit, neque torquere, neque flagellis cædere, neque in eum casum factu suo perducere usufructuarius potest, quo deteriores fiant. Et secundum hanc interpretationem igitur recte Florentini in hac lege, cum usufructuario non solum actione l. Aquiliae, ut in Basil. quod

idem est αρμύζειν καὶ τὴν χερσὶν ἐχόντος ὁ ἀνυλάτος. Accursius legit male sine præpositione, usufructuario: nam usufructuario hæ actiones non competunt, sed earum exemplo utiles tantum, sive in factum, quod & leges, quas adducit Accursius probant. Sequitur l. 26. de servitus. præd. rustic.

Ad L. XXVI. de Servit. præd. rustic. Si via, iter, actus, aquæductus legetur simpliciter per fundum: facultas est heredi per quam partem fundi velit constituere servitutem: si modo nulla capio legatario in servitute sit.

SI cui simpliciter, id est, ἀορίστως testator legarit viam, vel iter, vel actum, vel aquæductum per suum fundum, nec dixerit per quam partem fundi, Paulus in hac l. 26. ait, electionem non esse legatarii, per quam partem fundi servitute legata utatur, sed electionem, & facultatem esse heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem, cum modo tamen æquo, & pari, ita scilicet, ut id faciat ex usu, & commodo legatarii, sine captione, sine incommodo legatarii (†). Cui sententiæ Pauli statim opponitur quod Celsus scribit in l. 9. de servit. si cui simpliciter, vel ut ibi est scriptum, si cui simpliciter per fundum via relinquatur, quod est, legetur (vivi cedunt viam, morientes autem relinquunt legati genere, aut fideicommissi) si qui, inquam, simpliciter per fundum via legetur, legatario facultatem esse, per quam ejus fundi partem viam munire, & ire agere velit: modo, ut ait, id faciat civiliter: nam ut eleganter ait, in sermone omni indefinito quædam semper tacite excipiuntur, quem modum etiam suæ sententiæ adjecit Paulus in hac l. 26. his verbis, si modo nulla capio legatario in servitute sit. Sed Paulus electionem dat heredi, Celsus legatario. Itaque in summa, re dissident inter se, & discordant. Verum missis glossarum, & DD. traditionibus ex veteri jure, veroque hæc adhibenda distinctio est: Aut servitus legata est per damnationem, Heres meus damnas esto illi viam dare, cedere per fundum illum: Et hoc casu electio est heredis, quia & sermo dirigitur ad heredem: Aut legata est per vindicationem, lego tibi viam per fundum meum, & electio est legatarii, per quam partem ire agere velit. Quæ distinctio etiam servatur in homine, vel alia re simpliciter, sive generaliter, non nominatim legata: nam si homo legatus sit simpliciter, sive generaliter per vindicationem, legatarii electio est, quem ex universa familia testatoris malit accipere: civiliter modo: neque enim optimum eligere potest, veluti servum actorem, cujus amissio sæpe evertit totam domum, ut ait l. ult. de offic. præf. Denique optimum eligere non potest. Et ita est scriptum in l. legato generaliter, de leg. 1. Sin vero homo legatus sit per damnationem, heredis electio est, ita tamen ut non pessimum præstet, non compeditum, aut compunctum notis, non noxium. Et cum modo igitur semp: r, vel heredis, vel legatarii electio est, secundum speciem, genusve legati, l. si à substituto, §. 1. de leg. 1. Ulpianus lib. sing. reg. Optione, inquit, legati per vindicationem data, legatarii electio est, veluti hominem optato, eligito. Sequitur, idemque est (ut restitui) si generaliter legaverim Titio hominem: At, inquit, si ita: heres meus damnas esto hominem dare, heredis electio est, quem velit dare. Hæc Ulpianus. Et est apertissimum. Unde & M. Tull. de Invent. Cum paterfam. sic uxori suæ legavit: heres meus uxori meæ vasorum argenteorum 100. pondus, quæ volet, dato, quod est legatum per damnationem, recte ait, reselli heredem, qui se, quæ ipse vellet, debere dicit, quæve sibi arbitrium eligendi permissum esse adserit: nempe muliere objiciente, si heredis voluntati testator permittere velit, electionem vasorum, nihil attinuisse adscribi, Quæ volet, quia eo etiam non adscripto, nihil inesset dubitationis, quin heres, quæ ipse vellet, daret: quia scilicet legatum relictum est per damnationem. Ex quo sequitur hæc verba, quæ volet, aut esse supervacua, si referantur ad heredem, aut potius sic esse accipienda, quæ volet legataria, id est, quæ volet uxor. Hac vero de re egit Paulus in hac l. 26. cum tractaret de stipulatione damni infecti, vel de operis novi nuntiatione, nam

(†) Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 13.

nam qui viam munit, sternit, vel iter, vel aquæductum format per certam partem fundi, sine damno domini, aut vicinorum id facere debet, ut & qui munit viam publicam, l. 15. §. si quid in via, l. 31. de dam. infec. Et ideo cavere etiam debet de damno infecto, quod contigerit in via munienda: de damno nondum facto, quod tamen futurum veremur. Et generaliter non tantum qui dominium fundi habet, sed & qui servitutem in fundo habet, cavet de damno infecto, l. qui bona fide, §. 1. de dam. infec. De qua cautione etiam hic egisse Paulum indicat l. 3. ejusd. tit. quæ est ex hoc libro: In qua & quasi plura tractaturus de cautione hujusmodi damni, & damnationis notationem exposuit: quasi scilicet hæc dicta sint ab ademptione, & quasi deminutione patrimonii, ut apud Varronem 4. de lingua Latina, eodem prorsus modo, *damnum à demptione*, inquit, *quum minus relictum, quam quanti constat*. Unde & apud Gellium, *quia aucta, vel damna, vices augendi, vel minuendi*. Et hunc quoque tractatum de cautione damni infecti Paulus persecutus est libro 48.



JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XLVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXXI. de Serv. urb. præd. Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus, servitutemque præstaret, deposuit ædificium: concedenda erit legatario utilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum ædificium conabitur.

AC primum lege 31. de servit. urb. præd. si damnatus sit heres, ne officeret luminibus vicini, & servitutem vicino præstaret, id est, cederet, altius ædes non tollendi, l. luminum, & l. hæc autem, hoc tit. & heres deposuerit ædes, id est, prorsus ædes solo æquaverit, ac deinde eas restituit, legatario, inquit, utilis actio dabitur, actio confessoria scilicet, sive vindicatio servitutis legatæ, qua nempe prohibeat heredem, si supra priorem modum ædificium, quod restituit, extollere velit, quod congruit cum l. cum luminibus, hoc tit. & l. 1. C. de servit. & aq. & consit. Zenonis, de ædificiis privatis. Ideo autem utilis actio datur legatario, utilis vindicatio legatæ servitutis, non directa, quia si quis strictius interpretetur, quod & glossa intellexit, aliud est ædificium, quod restituitur, quam quod fuit id, cui servitus imposita est, l. servitutes, §. si sublatum, hoc tit. Sed utilitas exigit, ut idem esse intelligatur, quod reponitur, utque legatario liceat intendere jus heredi non esse, nec id quoque extollere supra priorem modum, quod restituit, quamvis non ei proprie imposita sit servitus altius non tollendi. Quin, quod addendum est, & heredi ædificanti, restauranti ædificium supra priorem modum legatarius opus novum nuntiare potest, l. inter servitutes, hoc tit. l. de pupill. §. & belle, & l. non solum, in princ. de nov. op. nunt. Ac præterea legatario postulanti, heres, qui restaurat ædificium, cavere debet damni infecti, quod ostenditur apertissime in l. qui bona fide, §. si quis opus, de dam. infec. nec dubito quin & verba hujus legis 31. subjunxerit Paulus. Verum his addamus etiam ex hoc libro legem decimam, de interrogat.

Ad L. X. de Interrog. in jur. fac. Non alienum est, eum, à quo damni infecti stipulari velimus, interrogare in jure: an ædes ejus, vel locus sit, ex quo damnum timeatur: & pro qua parte: ut si neget suum prædium esse, nec caveat damni infecti: aut cedere, aut resistendum putaverit, quasi dolo versatus, tradere compellatur.

Quæ aperte scripta est de cautione damni infecti, & ait, vicinum, à quo stipulari volumus damni infecti

de ruina ædium suarum imminente; vicinum illum in jure, id est, apud prætorem, vel prætidem interrogare posse, an ædes, vel an pars ædium, an locus, ex quo ruina, vel damnum timeatur, ejus sit, pro qua parte videlicet, ut ad eam partem damni infecti stipulationem accommodemus, ut rite concipiamus stipulationem, l. qui servum, §. ult. b. r. aut si falso neget prædium suum esse, ædes suas esse, nec caveat damni infecti, aut decedere debet (sic hic locus est accipiendus) de possessione prædii, sive ædium vice cautionis, quam non præstat, aut si possessione decedere nolit, si resistendum putat, quasi dolo malo versatus, & mentitus; totius prædii possessionem tradere compellitur vicino, cui non cavit, non ex edicto (ut glossa voluit) de damno infecto, & secundum ejus edicti ordinem ex primo, & secundo decreto, neque enim illius edicti ordo in eum, qui falso negat esse prædii vitiosi dominum, servatur, sed ex hoc edicto de interrog. in jure fac. statim convenitur ex proprio mendacio, ex proprio dolo. Quod & in hunc locum Græci notant, *ἐκ τῆς ἰδίᾳς ἐπαρηγόρευσε ἢ τῆς ψευδῆς, ἢ ἐκ τῆς τῆς ἀποστρέφεται ἀνδραγαθίας*. Quia dolo malo versatus est, statim aut jubetur decedere de possessione, aut cavere: vel si nolit cavere, aut decedere possessione, compellitur viribus imperii tradere possessionem ædium, quarum falso negavit se esse dominum. Longe alius est ordo edicti de damno infecto: Nam qui non cavet damni infecti, non statim decedit de possessione, sed is, cui non cavetur, statim mittitur in possessionem ex primo decreto, ita ut simul cum eo sit in possessione ædium ruinosarum. Ergo non statim cedit possessionem: sed si post primum decretum adhuc pergat non cavere damni infecti, expellitur possessione, & vicinus, cui non cavit ex secundo decreto, jubetur ædes possidere jure domini. Qui ordo ostenditur in l. si finita, de damn. inf.

Ad L. XVII. Ut legat. nom. cav. Si ab uno ex heredibus legatorum satis accipimus, cum ab omnibus heredibus nobis legatum esset, si pars coheredis adcreverit promissori, in totum fidejussores tenentur, si solidum legatum is coeperit debere.

Præterea in l. 17. ut legat. nom. caveatur, quæ est etiam ex hoc lib. 48. duas cautiones prætorias conjunxisse videtur, cautionem legatorum in diem, vel pure, vel sub conditione relictorum: Nam de pure legatis aliquando caveatur, & cautionem damni infecti. Sententia legis hæc est: si legato relicto ab omnibus heredibus unus heres legatario caverit legati nomine datis fidejussoribus, & postea portio coheredum repudiantium hereditatem ei adcreverit cum suis oneribus, fidejussores, quos ille dedit, tenentur in solidum legati præstandi causa, & servandi. Quod & à simili belle confirmari potest ex l. ult. in princ. quod legatorum. Et videtur etiam hoc loco Paulus accommodasse ad cautionem damni infecti, hoc modo: si unus ex heredibus suo nomine promiserit damni infecti prædii hereditarii ruinosi nomine deliberante coherede, aut coheredibus deliberantibus, & postea coheredum portio ei adcreverit, ex stipulatione damni infecti, quam præstiterit, tenetur in solidum, quia retro solus ipse heres fuisse intelligitur, l. quia retro, ad leg. Aquil. Alioquin in partem duntaxat teneretur, si coheredes omnes adirent, l. ex damni, §. item si plurimum, de dam. inf.

Ad L. XI. de Dam. inf. Quamvis alienus usufructus sit, dominum promittere oportere Cassius ait. Nisi proprietarius in totum repromittat, vel fructuarius satisfecerit: mitti oportet in possessionem eum, cui non caveatur. Sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat: denegandam ei fructus petitionem Julianus scribit. Sed si fructuarius de soli vitio quid præstiterit, jus domini ad eum transferri oportet.

UT persequar cætera, quæ de cautione damni infecti lib. 48. Paulus scripta reliquit, explicanda est primum l. 10. de dam. infect. Cujus satis compertum est, ex edicto prætoris, quod proponitur in l. 7. hoc tit. cautionem

nem damni infecti, vel nudam cautionem esse sine fidejussoribus, quæ repromissio dicitur: vel satisfactionem esse, id est, dationem fidejussorum: satisfacere dicitur, qui dat fidejussores, sive adpromissores, quod idem est. Repromittit autem, qui solus promittit, qui fidem suam solus obstringit: Et cautionem damni infecti, nudam cautionem esse, nudam repromissionem, si quis suo nomine de re sua caveat damni infecti, sive sit dominus prædii vitiosi, sive bonæ fidei emptor, sive quis alius, qui in alieno prædio proprium jus servitutis habeat, l. 13. in princ. & §. 1. hoc tit. Satisfactionem vero esse, si quis timenti damnnum alieno nomine caveat, veluti procurator nomine mandatoris: hic satisfacere debet, nedum repromittere, aut etiam superficiarius. Nam & superficiarius nomine ejus, qui soli, & per consequentiam superficiæ dominus est, quia superficius cedit solo: superficiarius, inquam, cavet damni infecti causa, non suo, sed domini nomine, qui & soli, & superficiæ dominus esse intelligitur. Quamvis ipse superficiarius in superficie jus, quod dicitur superficiarium, sive *επιφανειακόν* habeat. Fructuarius quoque satisfacere debet, l. prox. §. ult. sup. quia prædii dominus non est: & domini nomine cavet in totum, ad quem dominum, id est, proprietarium totum etiam prædium pertinet: & pertinere dicitur, etiam si usufructus alienus sit, l. recte totum, de verb. significat. Et hoc est, quod ait Paulus initio hujus legis 10. quamvis usufructus prædii alienus sit, dominum, id est, proprietarium damni infecti repromittere, non satisfacere: ipsum autem fructuarium satisfacere oportet. Et subjicit, proprietario non repromittente damni infecti causa in totum, vel fructuario non satisfacente in totum, uti oportet, id est, & de soli, & de ædificii, & de arborum vitio, vicinum, cui non cavetur mitti in possessionem prædii vitiosi ex primo decreto, quo genere prætorium pignus constitui dicitur, ac deinde etiam juberi possidere prædium ex secundo decreto: & prædium ei auferri. Primum decretum possessorem non facit, sed in possessione facit, ita ut possideat cum eo, qui damni infecti cavere detrectat. Neque enim primum decretum dominum dejicit possessione, vel eum, qui cavere debet damni infecti: at secundum dejicit possessione. Ergo si neque proprietarius repromittat damni infecti, neque fructuarius satisfacere, is, cui non cavetur, mittitur in possessionem prædii, ex quo damnum timetur, ac deinde si vicinus perseveret non cavere, etiam prædium possidere jubetur, & usucapere. Proprietario autem repromittente, & cessante fructuario, si & vicissim proprietario, qui repromittit, damni infecti fructuarius non caveat, de indemnitate scilicet, aut cum aliquid ex stipulatione proprietarius præstitit, si fructuarius nihil ei conferat pro rata usufructus, ut in l. 22. inf. ait, à proprietario usufructuarium recte prohiberi uti frui, eique delegari persecutionem, sive vindicationem usufructus, ut l. 15. §. ult. inf. Et vice versa fructuario satisfacente damni infecti, proprietario cessante, si quid fructuarius ex stipulatione de soli vitio præstitit, quod dominus, id est, proprietarius ei refundere nolit, ait, jus domini in proprietarium transferri: vel, ut ait d. l. 22. in possessione soli fructuarium constitui, non quidem, ut glossa ait, ex secundo decreto, quia & primum, & secundum decretum interponitur pro eo, cui cavendum fuit, hoc est certissimum, non pro eo, qui cavere debet, sed extra ordinem hoc fit prætoriam potestate, contumaciæ proprietarii, vel fructuarii plectendæ causa, ita tamen, ut si quid fructuarius ex stipulatione damni infecti præstitit, antequam vicinus ex primo decreto mitteretur in possessionem, tunc fructuarius id habeat, donec præstetur ei damnnum, sive æstimatione damni pro rata proprietatis, sive pro rata soli: id, inquam, habeat, quod vicinus haberet, si missus esset in possessionem nemine cavente damni infecti, id est, ut in possessione soli fructuarius sit, utve solum retineat, non etiam habeat jure domini, ut d. l. 22. Sin autem ex contrario latere fructuarius missus jam vicino in possessionem ex primo decreto satisfecerit damni infecti, cessante domino, & tollapsis ædibus, quarum nomine satisfecerit, ex stipulatione conventus damnnum vicino refarcierit, antequam ex se-

Tom. II. Post.

A cundo decreto vicinus jure domini possidere juberetur, ut tunc id habeat fructuarius, donec dominus pro rata contulerit, quod vicinus haberet, si ex secundo decreto possidere jussus esset, puta, ut jus domini, & possessoris ad fructuarium transferatur, id est, ut fructuarius prædium jure domini possideat, domino possessione dejecto. Quæ est sententia Pauli in fine hujus l. 10. Transeamus ad leg. 12. ex eod. lib.

Ad L. XII. eod. His, qui pignori rem acceperunt, potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere, & per longum tempus rem capere ei permillum fuerit.

B I N leg. 12. agitur de creditore pigneratitio, quem, si prædium pignori acceperit, damni infecti satisfacere debere constat ex l. 15. §. item queritur, hoc tit. Quia dominus non est, & cavet igitur domini nomine, alieno nomine. Sed si neque creditor satisfacere damni infecti, neque debitor, qui dominus est, repromittat, & vicinus, cui cavendum fuit post primum decretum, ex secundo decreto jussus sit possidere, & consequenter per possessionem, & usucapionem rei dominium acquirere, quia prætor non potest facere dominum, sed possessorem tantum. Itaque ei, quem possessorem fecit expulso domino, necessaria est usucapio, ut præter possessionem, vel potius, ut per possessionem dominium acquirat jure civili, nempe usucapione. Quod ostenditur in l. 5. in princip. l. 15. §. Julianus, l. 18. §. non solum, hoc tit. l. 1. de fund. dot. Si igitur neque creditor, cui ædes ruinosa pignori datæ sunt, satisfacere damni infecti, neque debitor repromittat, creditori denegatur persecutio pignoris, sicut fructuario non satisfacente, ex eadem causa denegatur persecutio usufructus, d. §. item queritur. Et hoc est, quod ait Paulus in hac lege 12. creditoribus, qui pignori rem acceperunt, non ex conventionem nuda, ut glossa ait, sed per traditionem constituto pignore, ut accipiatur proprie: creditoribus igitur, qui pignori rem traditam acceperunt, potior est vicinus, cui damni infecti non cavetur, si eam rem ex secundo decreto, jure domini, ut loquitur d. l. 15. §. postea autem, id est, tanquam dominus, animo, & cogitatione domini, civiliter possidere, ejusque dominium usucapere, acquirere permillum ei fuerit, his, inquit, qui pignori rem traditam acceperunt, id est, creditoribus pigneratitiis potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere ex secundo decreto, & per longum tempus usucapere rem ei permillum fuerit: si possidere, inquit, ei permillum fuerit. Quod notandum. Ergo si tantum in possessionem missus fuerit ex primo decreto, non ideo statim creditori denegabitur persecutio pignoris, id est, actio pigneratitia, hypothecaria, vel fructuario non ideo statim denegabitur persecutio usufructus, vindicatio usufructus: hoc suadet hæc lex 12. à contrario sensu, & apertissime d. §. item queritur, pugnare tamen videtur cum l. 9. §. ult. sup. qui quidem §. eum, qui in possessionem missus erat, ex primo decreto igitur, ait fructuarium, qui non satisfecerit, uti frui prohiberi, ergo fructuario denegari persecutionem usufructus, fructuarium expelli possessione fundi, aut prædii. Pugnare etiam videtur l. 15. §. si qua jura, hoc tit. quæ generaliter ait, si qua jura sint debita iis, qui posuerint satisfacere de damno infecto, nec satisfecerint, denegandam esse ob eam causam eorum injuriam persecutionem adversus eum, qui in possessionem missus erit, quasi scilicet post primum decretum statim denegetur persecutio juris, quod in ea re alii competit, veluti usufructus, aut *επιφανειακόν*, aut pignoris. Sed ne fallamur, sciendum est, & illis duobus locis, & aliis quamplurimis hoc tit. & in aliis partibus juris imperfectam, & inchoatam hanc orationem esse, qui in possessionem missus erit, quæ pro re subjecta sit supplenda hoc modo: qui in possessionem missus, & possidere jussus erit, id est, si intervenerit utrumque decretum, ut in l. 44. §. damni infecti, hoc tit. Damni infecti nomine missus in possessionem, quamvis non addat, & possidere jussus, tamen subsequenter ostendunt satis, & hæc quoque subintelligenda esse. Et eodem modo prorsus in l. jubere, de jurisd. juber cavere præto-

§ 3

112

ria stipulatione, damni infecti scilicet, quæ lex est de stipulatione damni infecti, & in possessionem mittere imperii est magis, quam jurisdictionis; quid? an non etiam jubere possidere etiam imperii magis est, quam jurisdictionis? Sane multo magis. Et id igitur quoque supplendum est, aut subintelligendum: ergo non satis est, si quis misus sit in possessionem, ut denegetur persecutio juris sui ei, qui potuit satisfacere damni infecti, nec satisfacere, sed necesse est etiam ut secundum decretum subsequutum fuerit, id est, ut idem possessor factus fuerit, sive dominus possessionis, expulso vetere possessore, sive domino. Ad hæc notandum, ne quid dubitationis supersit in l. 44. §. damni, quod dicitur, creditori non denegari pignoris persecutionem, ne dominio quidem usucapione quæsitio ab eo, qui misus in possessionem, & possidere jusus est; id locum habet in creditore tantum, qui pignus non possidebat ipse, sed debitor eo tempore, quo decreta interposita sunt de missione in possessionem, & de possessione: tunc integra est creditori actio hypothecaria. Creditori autem, qui pignus possidet, nec satisfacit damni infecti vicino postulanti: vicino, inquam, cui cavendum fuit possidere jusso, proculdubio denegatur persecutio pignoris, quia potuit, & debuit satisfacere desideranti satisfactionem, quandoquidem ipse possidebat. Quæ distinctio est apertissima, & memini me eam exponere ad Africanum in d. l. 44. Veniamus ad l. 14. hoc tit.

Ad L. XIV. eod. In causa cognitione etiam longinquitas soli, & operis magnitudo spectanda est.

Stipulationi, sive cautioni damni infecti dies certus præstitui solet, intra quem, si quid prædii vitio damni contigerit, stipulatio committatur, id est, locum habeat: finitus quidem dies potest revocari à prætore, renovari ex causa, sed ab initio præstitui solet dies certus, intra quem si prædium vitium fecerit, & vicino nocuerit, stipulatio locum habeat. Id cavetur fere iis verbis: *Quod ædium tuarum vitio intra diem illum damni mihi contigerit, sive quid ruet, sive scindetur, fodietur, ædificabitur, ejus rei nomine mihi, heredive meo, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari.* Diem autem præstituit prætor, vel brevior, vel longior causa cognita, l. 13. §. ult. hoc tit. habita scilicet æstimatione ex causa, habita moderatione temporis, finitione temporis, ex causa, id est, ex origine rei, ut recte Albericus interpretatur, & ex qualitate ejus damni, quod contingere speratur, ut ait d. l. 13. in fine. Speratur, id est, timetur, ut apud Virgil.

Tantum sperare laborem.

& apud Terentium: *Quod tu speres, propulsabo facile*, id est, facile pulsabo, quod times. Ex causa igitur, ex origine rei, ex causa vitii, & ex qualitate ejus damni, quod contingere quis timet, & ut addit Paulus in hac l. 14. ex longinquitate loci, Basil. *ἐν διαστήματι τῆς ἀδοῦ*: ex intervallo via, & longo spatio itineris: ut si is locus, ex quo damnum timetur, longe remotus sit ab eo, qui ejus dominus est, quique ibi non moratur. Longinquioris enim loci tuendi, & conservandi cura minor est. Itemque, ut ait, ex magnitudine operis, de cujus vitio sibi quis promitti postulat: facilius enim ruat magnum opus: glossæ hæc verba l. 14. non percreperunt. His etiam addamus l. 16.

Ad L. XVI. eod. Antequam damnum detur, impunitum est factum ejus, qui neque promisit, neque admisit in possessionem: si tamen ante damnum datum, vel cavit, vel possessione cessit.

Is, qui damni infecti non promittit, dominus scilicet vitiosarum ædium exempli gratia, nec etiam admittit à prætore misus in possessionem, qui neutrum facit, qui moratur, frustratur, tenetur actione in factum ex hoc edicto: sed non antequam damnum datum sit, veluti non antequam ædes ceciderint, & damnum dederint. Extenditur & hæc actio in factum in id tempus, quo damnum datur, quo damnum committitur, ut ait l. proxima, §. 1. sup. in id

A tempus, quo damnum datur, nec ante damnum datum licet agere in factum ob id, quod quis neque caverit, neque admisit misus in possessionem. Et ideo, ut ex Paulo subjicitur in hac l. 16. quæ male in quibusdam libris adscribitur 60. & rectius, ut in ora libri adnotatum est in Florentinis redditur huic libro 48. In l. 16. inquam, ex Paulo subjicitur: *Antequam damnum detur, impunitum esse factum ejus, qui neque promisit (damni infecti) neque admisit in possessionem, misus ex primo decreto: impunitum est factum ejus, qui neutrum fecit: facere etiam dicitur, qui non facit, ut in Comædia: Quod laudi ducis, quod non fecisti inopia.* Et ut soleo in hanc rem dicere ex philosophis, etiam privatio actionis actio est. Sequitur in hac l. si tamen ante damnum datum, vel cavit, vel possessione cessit. Quæ oratio profecto mutila est, & est ita supplenda, ut si is, qui ab initio neque cavet, neque admisit in possessionem, corrigat factum re integra, id est, si ante damnum datum, vel caverit, vel possessione cedat, postea damno dato non teneatur actione in factum: moræ semel commissæ, re integra emendatio est. Et ita hic locus explicandus est, Sequitur l. 18. in qua multo plura continentur ea de re.

Ad L. XVIII. eod. Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est: sed etiam cujus periculo res est.

Ad §. Sed quod opere facto consecutus sit dominii capione, promissor, non teneri eum eo nomine, Pomponius ait: quia nec loci, nec operis vitio, sed publico jure id consecutus sit.

Ad §. Ei, cujus usufructus ædium est, de vitio earundem ædium cavere oportet, etsi alias vicinas habeat: quia rescindi habet facultatem. Nam qui viri boni arbitratu uti deberet, rescindi quoque potestatem consequitur. Ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi cavere à fructuario ædium nomine, quas vicinas fructuario habeat. Quia habet cum fructuario actionem, ut viri boni arbitratu is fruatur.

Ad §. Sed inquilino meo, si vicinas ædes habeat, cavere debet: bo damni infecti propter eas ædes.

Ad §. Ei, qui in conducto solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cavere non debet, nec soli domino superficiarius: quia invicem ex conducto, & locato habent actiones. In quas tamen actiones ultra culpam nihil venit damni infecti, quod quidem vitium ejus esse dicitur.

Ad §. Si is, qui unas ædes habebat, stipulatus fuerit, deinde vicinas comparaverit: an earum quoque nomine, quas post interpositam stipulationem comparasset, promissorem obligaret, quæsum est? Julianus scribit videndum, ne earum duntaxat nomine cautum habeat, de quibus inter eum, & promissorem initio actum fuerit. Cui consequens videri posse, ut & cum ædium communium nomine duo socii stipulentur, de eo duntaxat damno cavere videatur, quod in parte ædium cuique socio datum fuerit. Sive ergo redemerit alteram partem quis ex his, sive adjudicata fuerit: non augeri promissionis obligationem. Pomponius relata Juliani scriptura, dicit non se improbare.

Ad §. Si autem res aliquas post stipulationem interpositam in domo habere cæperit stipulator, quæ ex ruina vicinarum ædium perierint: agere ex stipulatu potest, licet tunc cum stipularetur, hæc res non fuerint.

Ad §. Emptor prædii, si ante traditionem stipulatus sit, cautum habebit de eo damno, quod post traditionem factum erit.

Ad §. Venditorem autem ædium priusquam possessionem tradat, stipulari oportet: quia hujus quoque rei culpam præstat.

Ad §. Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit, & ob hoc emptor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? Sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit: quia dum venditoris custodia est, is stipulari debet, omnemque diligentiam emptori præstare, & quod alia actione queri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.

Ad §. Sed si venditor interposuerit stipulationem: etiam id damnum continebit, quod post traditionem emptori contigerit, quod

quod esse iniquissimum *Aristo ait: quoniam si emptor quoque A* *damni infecti stipulatus esset, duobus promissor ejusdem nomine obligaretur: nisi forte id contra se habeat: quia in hoc sit stipulatio quanti ea res erit, ut possit videri nihil interesse jam venditoris stipulatione damni infecti interposita.*

Ad §. Sabini sententia vera est existimantis, ut si dum edificatur, intra diem stipulationi comprehensum, supra parietem meum domus deciderit, eumque vitia verit, licet post diem stipulationis paries decidit, possim agere, quia damnum jam tunc acceperim, cum paries vitiosus factus sit: nec quicquam obflare, quo minus etiam antequam decidat, agi possit. Et si ita concussus sit paries, ut nulla ratione recipi possit, ideoque deponendus est, non minoris litem aestimandam, quam si decidisset.

Ad §. Si vicinas ædes habemus, & invicem desideremus damni infecti cavere: nihil obstat, quo minus & ego in tuarum possessionem mittar, & tu in mearum.

Ad §. Si pupillus prohibuit iri in possessione damni infecti: placet in eum non injuste competere hanc in factum actionem.

Ad §. Si mandatu meo alius prohibuerit, in me hæc actio competit.

Ad §. Non solum autem eum punit prætor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit: cum alioquin si is, qui jussu prætoris coeperat possidere, & possidendo dominium capere, aut non admissus, aut ejectus inde fuerit, utile interdictum unde vi, vel Publicianam actionem habere potest. Sed si in factum actione egerit, his actionibus experiri non potest, cum prætor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur.

Ad §. Si procurator meus damni infecti stipulatus sit, causa cognita, mihi ex ea stipulatione actio competit.

DE cautione damni infecti multa extant in l. 18. eodem tit. quæ est ex eodem libro. Initio ejus legis ostenditur, proposita brevi definitione, quis stipulari possit damni infecti, vel quod idem est, cui cavere damni infecti oporteat. Et in universum, vicino timenti damnum ex ædibus vicini, quæ damnosæ imminet, & desideranti sibi cavere de damno infecto, constat de damno infecto cavere oportere. Sed cui vicino? An cuilibet desideranti sibi cavere? Non utique, sed vel domino ædium, quibus dominus timet, ne quid damni contingat à contiguis, & vicinis ædibus: vel inquilino ejus, cui ædes locavit, vel uxori inquilini, vel hospiti, ut l. 13. §. qui damnum, in fine, hoc tit. vel ei, qui jus monumenti habet, nomine ejus monumenti, si vereatur ne damnum monumento contingat ex prædio proximo, ex prædio vicino, d. l. 13. §. si quis iusta, vel **D** etiam ei, cujus periculo ædes sunt: vel, ut ita dicamus, aut etiam non domino, cujus tamen periculo ædes sunt, quarum nomine sibi cavere damni infecti desiderat. Cujus, inquam, periculo ædes illæ sunt, id est, quæ si corruant, ruentibus vicini ædibus, & in eas decidentibus, periturae ei sunt, veluti fructuario, vel superficiario, quibus peribit jus usufructus, vel jus superficiarium, si ædificium corruat. Et ideo etiam usufructuario, & superficiario de damno infecto cavere oportet, l. 7. §. 1. de usufruct. l. 5. §. ult. l. 39. §. damni, & l. 13. §. superficiarium, hoc tit. Ubi id hodie constare ait, & usufructuario, & superficiario cavere oportere de damno, quod futurum est, quodve futurum extimescit. Id, inquam, hodie constare, quasi scilicet soli domino olim competierit stipulatio damni infecti. Sicut & in l. tutor, §. ult. de pign. act. dicitur, hodie superficiario dari utilem actionem in rem vindicandi superficij, quæ scilicet olim dabatur soli domino. Aequissimum etiam refragante Marcello Ulpianus esse arbitratur, ut creditori pignoratitio, qui pignus tenet, caveatur damni infecti, l. 11. in fine, hoc tit. Sed non etiam bonæ fidei possessori, licet possideat animo domini, opinione domini, bonæ fidei possessori inutiliter cavetur damni infecti, d. l. 11. & d. §. superficiarium. Atque ita licet bonæ fidei possessor jure exigatur cautionem damni infecti, licet bonæ fidei possessor postulationibus vicinis cavere debeat damni infecti, d. l. 13. in princ. non tamen etiam ei cavendum est cautione eadem: non quicumque cavere debet damni infecti, & ei quoque utiliter cavetur. Et ratio dif-

Tom. II. Post.

ferentia harum personarum inter se hæc est, quia fructuario primum vindicationem usufructus, qui pars domini est, etiam adversus dominum habet: hoc est certissimum. Superficiarius quoque vindicationem, sive utilem in rem actionem etiam adversus dominum habet, l. 1. §. bis autem de superfic. Et creditor pignoratitius, sive hypothecarius, similiter adversus dominum actione hypothecaria agere potest, quæ est actio in rem. Bonæ autem fidei possessor adversus dominum in rem agere non potest, l. ult. de Publ. in rem act. Quia nullum in re jus habet. Bona fides non est pro jure. Igitur bonæ fidei possessore potior dominus est: Illis autem, id est, fructuario, superficiario, creditore hypothecario dominus potior non est. Et merito igitur illi quasi quidam domini esse censentur, & quasi domini recte postulant sibi cavere damni infecti, non etiam bonæ fidei possessor. Emptori etiam ædium non cavetur de damno, quod ante traditionem ædium datum, factumve erit, quod explicabo latius in §. emptor, inf. hic. De ædibus autem hætenus loquuti sumus exempli tantum gratia: nam & in agris huic stipulationi, sive cautioni locus est, si quid arborum, locive vitio acciderit, l. 24. §. item apud, sup. & l. 38. §. 1. hoc tit. Hæc vero sunt, quæ pertinent ad initium hujus legis, ad hæc verba scilicet, damni infecti stipulatio competit, id est, is potest stipulari damni infecti, non tantum, cujus in bonis res est, qui dominus rei est, cujus nomine desiderat sibi cavere de damno futuro, sed etiam cujus periculo ea res est. Quæ verba satis explicata sunt.

AD §. Sed quod. Sequitur in §. 1. sed quod opere facto: quæ verba valde obscura videntur. Verum eorum sensus hic proculdubio est: Stipulari quidem, quod initio dixi, de damno infecto posse non tantum eum, cujus in bonis res est, cujus nomine stipulatio interponitur, sed etiam eum, cujus periculo ea res est. Sed, ut subjicit, non teneri tantum ei promissorem ex stipulatione, heredemve ejus, si in prædio ejus bona fide uti oportet, opus aliquod fecerit, idque usuceperit, id est, ex sua promissione non præstare damnum, quod stipulatori usucapio attulerit. Usucapio conjuncta est semper cum damno alterius, l. 18. & 19. ex quibus causis major. in integ. Sed id genus damni non venit, aut non deducitur in stipulationem damni infecti, quia usucapio jure publico introducta est ex 12. tabulis, & bono communi, bono publico, ut ait l. 1. de usurpat. & usucap. Et quod bono publico introductum est, prope est, ut nemini damnosum esse videatur, bona fide interveniente, l. si quis fundum, de acquir. poss. Et ut est in regula juris, non videtur damnum dare, injuriamve facere, qui jure publico utitur. Ergo quod usucapione promissor damni infecti in prædio vicini consecutus fuerit, eo nomine ex stipulatione non tenetur, quia id jure publico consecutus est, non loci, vel operis sui vitio, quod solum venit in stipulationem damni infecti. Et ita perspicue Basilicæ auctores hunc locum interpretati sunt. Adferam verba ipsa: *ei δὲ ποικίλας ἐργων ἢ ἐπιπραγμάτων ἐδεδωκεν αὐτῷ, ἢ ἀπὸ χερσὶν αὐτοῦ ἐγενήθη, id est, si is, qui promissit damni infecti, operis à se facti dominium ceperit, quod est usuceperit, eo nomine non tenetur.* Sequitur §. ei, cujus.

AD §. ei, cujus. Quod diximus, fructuario cavere damni infecti verum est, si desideret sibi cavere de ruina ædium vicinarum, fructuariis ædibus, quæ alterius sunt: non etiam si desideret cavere sibi à domino proprietatis, de ruina, aut vitio earundem ipsarum ædium, quarum usufructum habet, etiam si fructuarius alias ædes in vicinia proprias habeat, quarum nomine, sive propter quas desideret sibi cavere à domino fructuarias ædium, neque enim dominus ei cavere ea de re cogitur, quia resectio ædium fructuarias ad fructuarium ipsum pertinet, l. 20. inf. hoc tit. Ibi Florentini perperam, non pertinent. Nam proculdubio est, pertinere resectiones necessarias, atque etiam voluptarias ad fructuarium, quod & hic §. ei, cujus ostendit, & l. 7. §. quoniam, & l. ult. de usufr. Resectio, inquam, ad fructuarium pertinet. Alioquin corrumpente re-

§§ 2

fru-

fructuaria, jus suum amissurus est, ususfructus amittitur rei peremptione, rei mutatione. Refectio, inquam, pertinet ad fructuarium, nisi paratus sit derelinquere ulumfructum, l. 64. de usufr. Sed si velit uti frui, æquum est, ut & onus refectionis subeat, utque facta tecta tueatur. Idque etiam continetur stipulatione fructuaria his verbis: *boni viri arbitrato se usurum fructurum*, tanquam re sua scilicet, & refectionem igitur. Nam, ut Paulus ait hoc loco, qui boni viri arbitrato uti debet, reficiendi quoque potestatem consequitur, nec potest prohiberi quo minus reficiat, d. l. 7. §. ult. de usufr. Sicut nec arare prohiberi potest, aut colere. Quinimo & cogi potest ex stipulatione fructuaria ad refectionem, vel ad culturam. Itaque, qui boni viri arbitrato uti frui debet, reficiendi quoque non potestatem tantum, sed etiam necessitatem habet. Quæ ratio efficit, ut non possit fructuarius de vitio, aut ruina ædium, quarum ususfructum habet, cautionem damni infecti desiderare à domino proprietatis. Ex diverso quoque, quod notandum, eam quoque cautionem proprietarius à fructuario desiderare non potest: fructuarius domino proprietatis cavere non debet de ruina ædium, quarum ususfructum habet, si forte dominus proprietatis alias ædes vicinas habeat, sic est ponendus casus, in quas vereatur, ne decendant ædes fructuarie. Et hoc est, quod ait Paulus: *Ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi caveri à fructuario ædium nomine, quas vicinas fructuario habeat*: Sed interjectum est in aliis hoc verbum, *ædium nomine, quas vicinas fructuario habeat*. Perperam quoque in aliis, *ædium nomine, quas vicinas fructuarius habeat*. Utraque lectio in Florentinis notatur, utraque rejicienda. Scribe pro *fructuario*, vel *fructuariis*, *fructuariis ædibus* scilicet, hoc est perspicue verum. Legito igitur in hunc modum: *Ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi caveri à fructuario ædium nomine, quas vicinas fructuariis habeat*: Quod vero ait, *ergo nec proprietarius*, ex eo sequitur, qua ratione proprietarius ea de re fructuario non cavet, ut ante dixi, eadem quoque ratione nec fructuarium cavere proprietario nomine fructuarium ædium, quia scilicet resectio ad fructuarium pertinet ex stipulatione fructuaria, ad quam etiam cogi potest ex ea stipulatione, qua proprietario cautum est latius, ut non sit necessaria cautio damni infecti. Nemo debet onerari supervacua cautione, l. hæc stipulatio, in fine, ut legat. nomine cav. Et ut in fine hujus §. ostenditur, longe aliam esse rationem inquilini, cui scilicet dominus ædes suas locavit. Nam si inquilinus vicinas ædes proprias habeat, dominus conductarum ædium ei cavere debet de ruina, aut vitio ædium conductarum, propter ædes inquilini proprias, id est, nomine ædium inquilini propriarum, quia earum nomine ei cautum non est, non etiam propter ipsas ædes conductas locator cavere inquilino debet, l. 13. §. de illo, b. l. Et ratio est evidens, quia ab initio vitiosas conduxit, aut ruinosas, aut male materiatis, & habet igitur quod sibi imputet. At si postea ædes in vitium inciderint, ex conducto cum locatore agere potest, ut eas reficiat, ut fulciat: nam resectio ad locatorem pertinet, non ad conductorem, l. ex conducto, in principio, locati. Ad hæc notandum est inter proprietarium, & fructuarium, quamvis locum non habeat cautio damni infecti deruina ædium fructuarium, ut diximus supra, locum tamen habere alia de re, nempe proprietarium fructuario cavere debere de vitio soli, & fructuarium proprietario de vitio operis, quod ædificat forte. Et ita est proditum in l. 20. Verum, ut mox ostenditur, in §. ei, qui in conducto.

Ad §. ei, qui in cond. Superficiarius etiam, qui in solo conducto posuit ædificium, his verbis in hoc §. significat superficiarium. Superficiarius est, qui in solo conducto posuit ædificium sub pensione certa, quæ solarium dicitur in jure nostro. Et huic quoque superficiario dominus cavet de vitio soli: & retro superficiarius domino cavet de vitio ædificii, sive superficiii: quia, ut eleganter Paulus declarat in hoc §. ut idem consimili penè ratione utitur in specie legis si servi, usufruct. quemadmodum caveat, lib. 40. quia, inquam, etsi eo no-

mine superficiarius, & dominus invicem habeant actiones ex conducto, & locato, plenior tamen est cautio damni infecti, quia in eam venit quodcunque vitium soli, vel operis. In actione autem ex locato, & conducto venit tantum id, quod culpa eorum contingerit, non quodcunque vitium. Quia igitur plenior est cautio damni infecti, etiam si aliæ suppetant actiones, quæ non adeo pingues, & plenæ sint, & superficiario dominus cavere debet de vitio soli: & vice mutata superficiarius domino de vitio operis, sive ædificii, quod solo imposuit.

Ad §. Si is, qui. Ut recto ordine persequeat cætera, quæ sunt in d. l. 18. de damno infecto, in §. si is, qui unas, ex Juliano, & Pomponio ostenditur, eum, qui vicinas ædes habebat, si earum nomine stipulatus fuerit de damno non facto, quod ex proximis ædibus L. Titii futurum verebatur, & postea alias ædes comparaverit, non ædes L. Titii, sed alias ædes vicinas, stipulationem, quam interposuit de damno futuro, non porrigi ad ædes postea comparatas, quia de his non est actum inter stipulatorem, & promissorem, sicut si ædium communium nomine duo focii de damno infecto stipulati fuerint, pro ea scilicet quisque parte, qua ædium dominus est, & eorum aliquis postea alteram partem redemerit, vel etiam si altera pars eorum alicui postea adjudicata fuerit iudicio communi dividendo, stipulatio ad eam tantum partem pertinet, pro qua quisque dominus ædium fuit tempore interpositæ stipulationis, non etiam ad partem postea quæsitam: nec enim videtur quisquam sibi prospicere cautione ejus rei nomine, quæ neque in bonis, neque periculo ejus est, quia nec postea quæsitæ res, retro ejus fuisse intelligitur. Aliter quam (hæc est una exceptio) si postea pars focii ei accesserit jure accrescendi, quia hæc pars & retro ejus fuisse intelligitur, l. quia retro, ad l. Aquil. Quod & hoc ipso libro probavi in l. 17. ut legat. nomine cav. Eo quod ibi proponitur de cautione legatorum, protracta etiam ad cautionem damni infecti. Aliter etiam (hæc est secunda exceptio) si ædes, quarum nomine stipulatio damni infecti interposita est, exultæ, & aliæ deinde eodem loco restitutæ fuerint: Nam prior illa stipulatio pertinet etiam ad ædes restitutas, quia nec videtur aliæ ædes esse, quæ restitutæ sunt, cum area, sive solum, quæ pars ædium maxima est, permanserit semper eadem; cujus etiam jus nova superficies sequitur, l. qui res, §. ult. de solut. l. domo, de pignorat. act. l. Paulus, §. penul. de pignor. Aliud tamen Fulgolio iudicium est, sed perquam infirmum. Item, ut subjicit Paulus hoc loco (quæ est tertia exceptio) si quis cum ædium suarum nomine stipulatus esset damni infecti, qui & earum rerum nomine stipulatus esse intelligitur, quæ sunt in ædibus postea post stipulationem interpositam, in eas edes res quasdam mobiles intulerit, quæ tempore interpositæ stipulationis ibi non erant, eas quoque res, quæ postea illatæ sunt, stipulatio continet, quia ædium appellatione etiam ea continentur, quæ quandoque in eas inventæ, vel illatæ fuerint. Itaque, si quæ postea illatæ sunt, ex ruina vicinarum ædium perempta fuerint, corrupta fuerint, quanti ea res est, stipulatio committitur. Et ita tabernæ negotiatoriæ appellatione continentur etiam merces quandoque in eam illatæ, adeo ut taberna pignori obligata, merces etiam postea à debitore, priusquam vita decederet, in eam illatæ pignori esse credantur, l. pen. de pignor. Et nihil est præterea, quod pertineat ad hunc §. Sequitur §. emptor.

Ad §. emptor. Hunc §. glossa prima nullo modo intellexit, cæteræ omnes intellexerunt. Itaque nec primam arbitror esse Accursii. Sciendum est, emptionem venditionem contrahi, & perfici nudo consensu, nuda voluntate, statim atque convenit de re certa, certoque pretio, etiam si nondum tradita sit, aut pretium numeratum, & hoc præcipue distat emptionem venditionem à permutatione, l. 1. de contrab. empt. emptionem, inquam, quæ pure contrahitur, perfici nudo consensu, impleri autem traditione & numeratione, ut nuptiæ perficiuntur nuda voluntate, implentur concubitu, id est, *convivere*. Sed hoc ipsum, quod dicitur

dicimus implere emptionem venditionem etiam perficere est, ut in *l. contractus, C. de fid. instrum.* Et quidem multo magis, quia negotii adimpletio, id est executio obligationis empti venditi, summa contractus perfectio, & absolutio est. Nudus consensus parit obligationem. Hæc est prima, quæ contractui additur perfectio. Traditio autem exequitur obligationem, quia rei venditæ dominium, aut usucapionis occasionem præbet emptori: hæc est suprema perfectio, & contractus consummatio. Post contractam autem nudo consensu emptionem venditionem, statim, ut recte ait *l. 11. §. Arist. quod vi, aut clam*, periculum rei venditæ spectat ad emptorem, non expectata traditione, quod, ut quædam *lex* ait in *C. Tb.* toto jure cautum est & verissimum, sub hoc modo tamen, quod notandum, si ante traditionem custodiam, & diligentiam venditor in servanda re vendita talem præstiterit, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet, si *le vendeur à fait son devoir*, ante traditionem, *l. eum, qui de furt. l. quod sape, §. si res, de act. emp.* Nam si in servanda re vendita, interim, ante traditionem scilicet, venditor desidiosus fuerit, periculum sive damnum quodcumque contigerit, ad ipsum pertinet, non ad emptorem. Pars autem custodiæ, & diligentiae est, si verbi gratia, ædibus venditis vicinæ ædes ruinosa imminuant, interim ante traditionem damni infecti stipulationem interponit. Et ideo si id venditor neglexerit, & hanc stipulationem non interposuerit, culpæ nomine emptori tenetur actione ex empto, *l. venditor, de acti. emp.* Quid ergo an solius venditoris est, ante traditionem stipulari de damno infecto, an non etiam emptor ante traditionem eadem sibi cautione prospicere potest? Sic videtur. Verum, ut initio hujus §. ostenditur, ea cautio, quam emptor interposuerit ante traditionem, ad id duntaxat damnum emptori utilis est, quod post traditionem, id est, post adquisitionem rei emptæ dominium contigerit: Nam de damno, quod ante traditionem contigerit, latis emptori cautum est actione ex empto, quam habet adversus venditorem culpæ nomine, negligentiae nomine, si negligens venditor fuerit in interponenda stipulatione damni infecti, stipulatio damni infecti prætoriam est, nullaque stipulatio prætoriam supervacuo interponitur. Hæc sunt certissima. At quærit hic Paulus, quid sit dicendum, si venditor sine culpa stipulari non potuerit? Quæ verba Pauli sic ordinanda sunt, si venditor sine culpa non stipulari potuerit (est sape, maxime in Florentinis obscurus ordo verborum) quid igitur fiet, inquit, si venditor sine culpa stipulari non potuerit, quid si sine culpa stipulationem damni infecti omittere potuerit? Hoc vult, si quo casu custodia rei venditæ ad venditorem non pertineat, ut puta, si ante traditionem venditor emptorem in venditis ædibus precario morari permiserit, retenta adhuc penes se possessione ædium; denique emptori ipse peregre ædificandam custodiam ædium tradiderit, commiserit. Qui casus proponitur in *l. 38. inf. hoc tit.* ubi quod ait, *absuturus*, recte glossa de venditore accipit, & Basilica quoque, in quibus ita est, *ἀπολιπαρομένους τῆ πρῆξι, absuturo venditore.* Et ita hoc casu, quum sine culpa posset venditor omittere stipulationem damni infecti, cessante venditore, si ideo emptor stipulatus fuerit damni infecti, hoc nempe casu, si dicamus, hanc stipulationem, quæ ab emptore interponitur, id duntaxat damnum continere, quod post traditionem contigit, ut initio diximus, eveniet, ut damno forte contingente ante traditionem, id damnum patiat emptor: si quidem verum est de eo damno nihil emptori cautum esse. Illo ergo admisso, quod dictum est initio: *nonne*, inquit, *damnum patitur emptor?* quod scilicet Paulus existimat esse iniquum, si videlicet dicamus, hoc casu etiam per stipulationem, quam interposuit emptor simpliciter, ut fieri solet, non esse ei cautum etiam de damno, quod contigit ante traditionem. An vero, ut subjicit, quod effectu idem est, hoc damnum in aliena re accidit, id est, in re vendita, cujus adhuc ante traditionem venditor dominus est, non emptor, revolvitur autem, & redundat in emptorem, propterea quod ex empto cum venditore, à quo in proposito casu omnis culpa abest, agere eo nomine non potest, quod non interposuerit stipulationem damni in-

fecti: nomine igitur damnum patitur emptor? Quod iniquum esse videtur, si dicamus, ei non esse cautum per stipulationem, quam simpliciter interposuit. In utroque casu sive post, sive ante traditionem, damnum contingat, an non à venditore revolvitur statim omne damnum ad emptorem: propterea quod regressum non habet adversus venditorem? quod proculdubio, etiam si Paulus non exprimat, iniquum esse censuit. Et ideo ne in damno moretur emptor, dicimus hoc casu stipulationem simpliciter ab emptore interpositam, etiam ei proficere, etiam in id damnum, quod ante traditionem accidit, & evenit. Et ita Paulus sensit proculdubio. Cæterum hoc casu excepto, ut subjicit Paulus, nihil in hac causa proficit stipulatio emptori, nisi in id damnum, quod post traditionem acciderit. In hac causa dicit, id est, in themate generali, in proposito one generali proposita initio, qua regulariter venditor ante traditionem vacuæ possessionis custodiam, & diligentiam præstare debet. Quod & sequentia Pauli verba perveniunt: *Quia dum venditoris custodia est, is stipulari debet, omnemque diligentiam emptori præstare.* Ideo, inquit, nihil in hac causa proficit emptori stipulatio, quam interposuit, quia dum venditoris custodia est, is stipulari debet, non emptor, omnemque diligentiam emptori præstare, ut *l. venditor, de act. emp.* Et quod emptor actione ex empto consequi à venditore potest, quod fuerit negligens in exigenda cautione damni infecti, & generaliter quodcumque alia actione quæri potest, quam actione damni infecti, ut in ipsa eadem *l. §. ei, cuius, & in l. 13. §. de illo, hoc tit.* Quodcumque, inquam, alia actione quæri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur. Unde hac in re posset videri differentia esse aliqua inter emptorem, & venditorem: quasi scilicet emptoris stipulatio, dum venditori custodia rei incumbit ante traditionem, id tantum damnum contineat, quod post traditionem contingit, non quod contingit ante traditionem: venditoris autem stipulatio utrumque contineat, quod ante, quodve post traditionem contingit. Quod tamen, ut Paulus docet, Aristoteli iniquissimum esse aiebat, puta si & emptori, & venditori dominus vitiosarum ædium promississet damni infecti, & damnum contigisset post traditionem, nempe iniquissimum esse aiebat, ut ejusdem damni nomine promissor duobus in solidum obligaretur, emptori, & venditori, & quidem cum effectu, ita ut à duobus in solidum exigeretur, quod nec in duobus reis credendi, vel stipulandi jus patitur. Neque enim utrisque ejusdem pecuniæ exactio competit, sed exactio unius debitorem liberat ab utroque, *l. 2. de duob. reis, l. si reum, §. ult. de novat.* quod hic glossa non advertit. Nemo jure exigere idem à duobus potest separatim, *l. pen. §. ult. nau. caup. stab.* Et ita quoque nemo duobus separatim idem solvere compellitur. Et ratio Aristonis mascula est. Concludit autem Paulus hic, stipulatione damni infecti ab utroque interposita: emptore scilicet, & venditore, ex stipulatu emptorem utiliter experiri de eo tantum damno, quod post traditionem datum factumve erit, venditorem vero ex stipulatu utiliter, sive efficaciter de eo tantum damno experiri, quod ante traditionem, non etiam de eo, quod post traditionem contingerit: optima ratione, quia hæc stipulatio damni infecti in id quod interest, id est, quanti ea res est, concluditur, & post traditionem nihil venditoris interest in ea re damnum non fieri, quæ sua esse desit. Et hoc est, quod ait Paulus in fine hujus §. *nisi forte id contra se habeat*, nisi illa forte differentia inter emptorem, & venditorem aliter se habeat: *Quia*, inquit, *in hoc fit hæc stipulatio, in hoc concipitur, quanti ea res est*, id est, quanti stipulatoris interest: ut post traditionem merito possit videri, nihil venditoris interesse, quia ædium damno affectarum desit esse dominus. Itaque sola emptoris stipulatio adversus promissorem efficax est: venditoris, inefficax: hoc articulo *nisi*, ut recte sentit glossa, Paulus corrigit se, auctoresve superioris differentia, ut in *l. solent, de præsc. verb. l. si mihi pure, de legat. 2.* & ait modeste, *nisi id forte*, ut & Aristoteli sapientia magistro, & omnibus jurisprudentibus scribere amicis, & familiare est: ergo forte, *ἀλλ' ἴδιον ἐστὶν, ἢ καὶ ἀπορηματικόν* forse *adfirmantis est.* Sed

ne quid omittamus, si venditor solus damni infecti stipulatus sit, non emptor, dico etiam si nihil venditoris interlit post traditionem, vel in hoc saltem, utilem stipulationem esse, ut actionem, quæ ex ea competit, cedat emptori, ut & quamcunque aliam actionem quæsitam ante traditionem venditor emptori cedere debet. Et actionem igitur damni infecti, ut & de ea nominatim proditum est in *l. Julianus, §. si fructibus, de act. emp.* Ergo verbis quoque stipulationis damni infecti, quicumque sive rei, sive juris successor continetur, ut constat ex *l. 24. §. addicitur, hoc tit.* Res omnis jam explicata est. Sed ex illa differentia inter emptorem, & venditorem, quæ aliquatenus vera est, ut docui, maxime, si solus venditor stipulatus sit, illud liquet, quam sit falsum quod vulgo Doctores generaliter statuunt, *relativorum eandem esse rationem*, puta eandem rationem esse emptoris, & venditoris, quo solo commento freti, beneficium, quod soli venditori jura dederint quodammodo rescindendæ venditionis, si nec dimidia pars justii pretii soluta sit, illi audent dare etiam emptori. Possim eadem ratione statuere exemplo emptoris, qui nummos cogitur facere venditoris, & venditorem cogi rem facere emptoris. Quod tamen est falsum, *l. 1. de rer. permus.* Possim quoque eodem modo, exemplo venditoris, à quo exceptio rei judicatæ transit ad emptorem, statuere, & ab emptore exceptionem rei judicatæ transire ad venditorem, quod etiam falsum est, *l. 9. §. ult. de except. rei judic.* Correlativorum igitur non semper est eadem ratio, imo sæpe longe dispar, distans, & diversa.

Ad *§. Sabini.* In stipulatione damni infecti arbitrio prætoris dies certus præstitui solet, intra quem, si damnum acciderit ex ruina, aut vitio vicinarum ædium, stipulatio committatur, *l. 4. in princ. l. 13. §. ult. l. 15. in princ. hoc tit.* Et vero committitur hæc stipulatio, non tantum, si ex ruina ædium promissoris ædes stipulatoris, pariesve aliquis ædium stipulatoris corruerit intra diem stipulatione comprehensum, sed etiam, si intra eum diem forte dum promissor in suo ædificat, supra parietem stipulatoris, ædes promissoris deciderint, eumque parietem vitaverint, ita ut rimis funderetur & fatisceret, vel curvaturam ventremve faceret, ut ait *l. si quando, si serv. vindic.* licet post diem stipulationis corruerit paries, quia damnum jam tum datum videtur, quum paries vitatus est. Itaque ex stipulatione damni infecti agi potest statim, atque paries vitium facere cœpit, etiam si nondum deciderit: vitium facere dicitur vicinus paries, si curvatur, sive ad ruinam aliquam pateat, *l. 15. §. si in plures, & l. 32. hoc tit.* Plures autem parietes, pluresve partes ædium convitium facere dicuntur, ut in illa inscriptione Veronenſi, *convitium refecerunt, tectum, parietes allevarunt.* Agi autem potest statim atque vitatus fuerit paries, etiam antequam dies stipulationis præterierit, *l. si procurator, in fine, rem ratam haberi.* Et etiam antequam deciderit paries, neq. inutilis actio est, etiam si post diem stipulatione comprehensum deciderit, quia intra eum diem fingitur decidisse, eo ipſo momento scilicet, quo paries vitium contraxit. Sicut qui mortifere vulneratus est, si postea ex vulnere perierit, eo tempore intelligitur occisus, quo vulneratus est, *l. huic scripturæ, §. pen. ad leg. Aquil.* Qua de re, quantumvis licet facillima, & certissima, Doctores nostri hic multa, ut solent, in re facili sæpe multis in difficili, muti. Et id quidem omne ex Sabino in hoc *§.* proponitur. Ac præterea ex eodem Sabino, si ruentibus vicinis ædibus, si ruina collapsis, paries stipulatoris ita concussus fuerit, ut vitium illud refici nulla ratione possit, & omnino necesse sit parietem demoliri, statim perinde atque si paries decidisset, agi ex stipulatu posse, nec minoris litem æstimari, quam si decidisset. Recte *si refici nulla ratione possit.* Nam si refici possit, lis minoris æstimabitur, ut recte Fulgositius notat hoc loco. Legendum autem est *si refici*, non ut in Florentinis (*recipi*) Sequitur in *§. seq.*

Ad *§. Si vicinas, & seqq.* Nonnunquam de damno infecto inter vicinos mutuam stipulationem interponi

oportere, quia si vicinas ædes habitemus, & invicem desideremus, suarum quisque nomine cavere damni infecti, quod & tua meis, & ego à tuis damnum pertimescam, aut interponenda mutua cautio est, aut ex ordine hujus edicti ego in tuarum ædium possessionem mittar jussu prætoris, & tu vicissim in mearum. At si adhuc pergatur non caveri, ego tuarum ædium possessor efficiar, & tu quoque mearum. Et ita etiam mutua stipulatio interponitur in specie *leg. 39. & l. 43. §. cum parietem, hoc tit.* ubi sine controversia ita legendum, *damni infecti vicino repromisit, ab eoque re stipulatus est.* Quibus verbis significatur mutua stipulatio, sive constipulatio. Quæ sequuntur in hac *l.* in *§. si pupillus, & in §. si mand. & §. pen.* omnia sunt de actione in factum pœnali, quæ ex hoc edicto in eum, qui missum à prætore in possessionem vice non præstitæ cautionis damni infecti prohibuit ne ingrederetur: quæ, inquam, in eum datur in id, quod damno dato præstare ei oporteret, si ea de re cautum fuisset, quali ex tacita cautione, *l. 7. l. 15. §. ult. hoc tit. l. ult. ne vis fiat ei, qui in poss.* Qua actione in *§. si pupillus*, ait, etiam pupillum teneri, qui missum in possessionem non admisit, sed prohibuit. Ad quem locum recte in Basilic. additur hic *ἡ δὲ διορισμὸς, hæc determinatio, εἰ δὲ δολὸς εἴστιν δεικτικός, si pupillus doli capax est*, ut puta si proximus pubertati est, & ob id intelligat se delinquere. Nam hæc actio in factum ex delicto venit, id est, ex contemptu prætoris majestatis. Unde & servo ejus, cujus sunt ædes, prohibente, plerique putant noxalem actionem ejus nomine competere, *l. 17. in princ. sup.* Procuratore autem prohibente iri in possessionem damni infecti nomine: ait in *§. si mandato*, si id faciat procurator mandatu domini, in dominum, id est, etiam in dominum hanc actionem dari. Qui enim mandavit, in æquo est, quique mandatum exsecutus est. Sed si procurator id non fecerit mandatu domini, proculdubio in ipsius procuratorem tantum, non in dominum hæc actio datur. Sicut in actorem reipubl. sive syndicum, aut administratorem rerum civitatis, non in rempubl. in tutorem, non in pupillum, si tutor prohibuerit: non pupillus, *l. 17.* His additur in *§. pen.* quod etiam est edicto expressum nominatum, quod est in *l. 7.* hanc actionem dari non tantum in eum, qui actorem ex primo decreto in possessione esse, sed etiam in eum, qui actorem ex secundo decreto possidere prædium, quod damnosum imminet, passus non fuerit. Verum si is, qui jussu prætoris jam cœpit possidere, & possidendo usucapere, nec dum tamen impleverit usucapionem, aut admissus non fuerit: ut si cum domum, quam jussu prætoris possidere cœperat, rediret, primo aditu vestibuloque prohibitus fuerit, aut si, cum ibi esset, ejectus fuerit, nihil refert ejiciatur quis, an dum redit prohibeatur introire: Hoc nomine etiam utile interdictum unde vi habere potest, *l. 1. §. interdictum, de vi & vi arm. & in Oratione pro Cæcinnâ: Habere etiam potest utilem actionem in rem*, id est, Publicianam, quasi bonæ fidei possessor, qui nondum impleverit usucapionem, quia juste possidet, qui auctore prætore possidet, & Publiciana datur cuicumque justo possessori, *l. & generaliter, de noxal. act.* Et præter has actiones eo nomine habet etiam actionem in factum ex hoc edicto. Sed si hanc elegerit, & egerit, atque in judicium deduxerit & quanti ea res est, id est, quanti sua interest consecutus fuerit, illis actionibus experiri non potest, quia ut eleganter Paulus ait, *prætor id agit, ne damnum patiatu actor, non ut in lucro versetur.* Præda est idem iterum consequi ab eodem, vel ab alio, *l. si minoris, de adm. tut.* vel ut ait *lex si quis dolo, in fin. de re jud.* improbus est, qui vult iterum consequi quod accepit. Cæterum licet damni infecti stipulatio, quæ & actio dicitur damni infecti, *l. 3. §. si vicinus, l. supra iter, §. officium, tit. seq. l. Julianus, §. si fructibus, de act. emp.* Quinimo omnis stipulatio prætoris dicitur instar actionis obtinere, *l. actionis, de oblig. & act. l. non solum, de proc. l. non solum, rem rat. hab. & l. si ambo, §. pen. de compensat.* quia scilicet, ut ex hoc titulo multis in locis apparet, stipulatio prætoris petitur, datur, competit ut actio, formula ejus etiam quasi actionis à prætore concepta. Verum licet, ut cœpi dicere, damni infecti

infecti stipulatio; vel actio non concurrat cum alia actione, quia non supervacuo unquam dantur prætoris stipulationes, §. *ei, cuius, & emptor*, in hac l. 13. §. *de illo, supr. l. 32. inf.* hæc tamen actio in factum, de qua agimus cum alia actione concurrere potest, veluti cum Publiciana, & cum interdicto unde vi, sed una actione, quam elegerit, & prætulerit, contentus actor esse debet. Et iis non est dubitandum, quin adjunxerit Paulus etiam, quod de hac actione in factum jam habuimus supra in l. 16. Sequitur §. *ult.*

Ad §. *ult.* In §. *ult.* ostenditur: ex stipulatione damni infecti à procuratore interposita forte absente domino, à procuratore scilicet, vel voluntario, vel mandatario, domino dari actionem causa cognita, ut ait, *l. causa cognita*, id est, actionem utilem, non directam, non legitimam actionem: decretalem, non edictalem, ut l. 15. §. *eleganter, B sup. prætor*, inquit, *si putat, quod utiliter actionem daturus sit, docernat*. Et sic in edicto de injuriis prætor pollicetur, se filiosfamilias injuriam passio, causa cognita daturum iudicium injuriarum, *l. sed si unius, §. ait prætor, de injur.* id est, actionem utilem, actionem decretalem. Actio edictalis, vel directa datur de plano, sine causæ cognitione: decretalis autem, vel utilis actio datur pro tribunali causa cognita. Directa autem actio in proposito casu ex stipulatione procuratoris domino non competit: quia jure civili, quæ definitio est certissima, per liberam personam actio nobis adquiri non potest: utilis tamen decernitur causa cognita. Quod & hic Paulus subjecerat servari in omnibus prætoris stipulationibus, ut patet ex l. 5. *de prætor. stipulat.* quæ est ex hoc libro, quod confirmat etiam lex 27. §. *ult. & l. 28. de procur. & l. Jul. §. si procurator, de act. emp.* Et addit Paulus in d. l. 5.

Ad L. V. de Prætor. stipulat. In omnibus prætoris stipulationibus hoc servandum est, ut si procurator meus stipuletur mihi, causa cognita ex ea stipulatione actio competat. Idem est & cum inductor in ea causa esse cepit, ut interposita persona eius dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis eius venditis. Succurrere enim domino prætor debet.

Pari humanitate domino subveniri data utili actione ex contractu liberi hominis, puta inductoris mercibus vendendis præpositi, si eas vendiderit, ac si dominus rem aliter servare non posset, ut l. 2. *de inductor. act.* Si dominus rem amissurus sit, forte propter inopiam inductoris, quomodo & in §. *ult. l. prox. & in l. 5.* hæc verba, *Causa cognita domino actionem dari ex stipulatione damni infecti à procuratore interposita*; accipienda sunt, ut scilicet in causæ cognitione versetur, an rem servare possit à procuratore, ac tum non discedatur à regula juris, nec domino detur actio ex contractu procuratoris. Sed si rem à procuratore, vel vicino aliter servare non possit, tum ut domino succurratur data utili actione. Igitur in stipulatione damni infecti à procuratore interposita, quæ semper concluditur, quanti ea res est, ut didicimus ex l. 18. §. *emptor, in fine*: hæc verba, *quanti ea res est*, referuntur ad utilitatem domini, id est, quanti domini interest, non quanti procuratoris, ut l. *pen. si quis caus.* Ad hanc quoque stipul. damni infecti etiam pertinet, quod est ex hoc libro relatum in l. 66. *de regul. juris.* Et ad id, quod docuimus in l. 10. *de dam. infect.*

Ad L. CLXVI. de Reg. jur. Qui rem alienam defendit, nunquam locuples habetur.

EX hoc edicto damni infecti causa dominum suo nomine repromittere sine satisfactione, sine fidejussoribus: Procuratorem autem alieno nomine satisfacere, quia procurator ædes alienas defendit, l. 9. *de damno infecto*, & qui rem alienam defendit, ut ait hæc lex, nunquam locuples, & idoneus habetur sine satisfactione. At suæ rei quisque semper defensor idoneus esse intelligitur etiam sine satisfactione. Quod & innumeris locis proditum est, l. 26. *de minor. 25. annis, l. qui proprio, §. qui alium, de procurat. & l. 18. §. ult. de castr. pec. l. 17. de accus.*

Ad L. LXXII. de Leg. I. Si quis legaverit fundum Cornelianum, exceptis vineis, quæ mortis ejus tempore erunt: si nullæ vineæ erunt, legato nihil decedit.

Præter cautionem damni infecti, egit etiam Paulus libro 48. de cautione, sive stipulatione legatorum, & fideicommissorum, ut constat ex leg. *penultim. ut legat. nomine cave.* quæ jam à me exposita fuit. Et ad cautionem quoque legatorum referendum est quod ex hoc libro relatum est in l. 72. *de leg. 1.* Legatum est inutile si id legatur, quod in rerum natura non est, nec speratur esse, *l. si servus legatus, §. quicumque, de legat. 1.* Inutilis etiam exceptio, utpote, quæ legatum non minuat, si id excipiatur ex legato, quod legato non inest tempore mortis testatoris: ut, quæ est species legis 72. Si quis fundum Cornelianum legavit exceptis vineis, quæ mortis ejus tempore erunt: nam si nullæ erunt mortis tempore, licet fuerint testamenti tempore, inutilis exceptio est, quæ legato nihil derogat, denique propter eam exceptionem legato fundi nihil decedit. Itaque & de legato fundi totius sine ulla exceptione, aut deductione cavendum est. Egit etiam hoc libro Paulus de stipulatione, quæ interponitur ex causa novi operis nuntiationis. Per hanc stipulationem ei, qui vicino ædificanti nuntiavit novum opus, dicenti, jus sibi esse prohibere vicinum, vel ædes altius tollere, vel quodcumque aliud novum opus facere, vicinus, si ædificare velit, promittit de opere, quod fecerit restituendo, sive demoliendo arbitrato boni viri, si secundum actorem, eumque stipulationem res judicata erit, id est, si judicatum erit nuntiationem justam, & justam prohibitionem esse, nuntiatorem jus prohibendi habuisse: hac cautione præstita molitio operis vicini non impeditur, *l. stipulatio, §. 1. de novi operis nuntiat.* Hæc cautio eandem vim habet, quam remissio nuntiationis à prætore facta: relaxatio nuntiationis à prætore facta. Et ad hoc genus cautionis ex hoc libro respicit l. 4. & 8. *de novi op. nuntiat.* Et l. 4. primum docet.

Ad L. IV. de nov. op. nunt. Nam reipublicæ interest, quamplurimos ad defendendam suam causam admittere.

Siquid novi operis fiat in loco publico contra leges, omnes cives per nuntiationem novi operis opus inhibere posse, nisi reipublicæ caveatur de opere restituendo. Omnes cives, inquit, in l. 3. §. *ultim.* opus novum nuntiare possunt: omnes, id est, singuli, ut in l. *penultima, si fam. furt. sec. dic. & l. 9. de noxal. act.* omnium servorum nomine, quod singulorum servorum nomine, in l. 1. §. 1. *si fam. furt. sec. dic.* Et similiter omnibus annis, id est, singulis annis, l. 22. *de usufr. leg. l. si quis mihi mandaverit, mandati.* Et apud M. Tull. 2. de legibus, *fortunam hujusce diei, quæ & sic appellatur à Plinio 34. & à Publio Victore in regione Palatii ponitur, & à Plutarcho in Mario ῥοχὴ ἐκείνης ἡμετέρας, fortunam hujusce diei, valere in omnes dies*, id est, in singulos dies: quod in prælidis cujusdam formularii mentem venire non potuit. Ideo autem dicit, singulos cives amolendi operis, quod sit in publico, nuntians novi operis facultatem habere: quia, ut ait l. 4. *eleganter, & potest aptari ad similes casus, causasque plures, reipublicæ interest quamplurimos ad defendendam suam causam admittere.* Sequitur l. 8.

Ad L. VIII. eod. Non solum proximo vicino, sed etiam superiori opus facienti nuntiare opus novum potero. Nam servitutes quædam intervenientibus mediis locis, vel publicis, vel privatis, esse possunt.

Ad §. Qui opus novum nuntiat, si quid operis jam factum erit, in testationem referre debet. ut appareat quid postea factum sit.

Ad §. Si cum possem te jure prohibere, nuntiavero tibi opus novum: non alias ædificandi jus habebis, quam si satisfideris.

Ad §. Quod si nuntiavero tibi, ne quid contra leges in loco publico facias: promittere debebis: quoniam de eo opere, alic-

alieno jure contendo, non meo: & tanquam alieni juris petitor, repromissione contentus esse debeo.

Ad §. Sciendum sit, facta operis novi nuntiatione: cui nuntiatum est, abstinere oportere, donec caveat, vel donec remissio nuntiationis fiat: tunc enim, si jus ædificandi habet, recte ædificabit.

Ad §. Sed ut probari possit quid postea ædificatum sit, modulos sumere debet is, qui nuntiat: qui ut sumantur, conferantur, Prætor decernere solet.

Ad §. Morte ejus, qui nuntiavit, exstinguitur nuntiatio, sicut alienatione: quia his modis finitur jus prohibendi.

Ad §. Quod si is, cui opus novum nuntiatum erat, decesserit, vel ædes alienaverit, non exstinguitur operis novi nuntiatio. Idque ex eo apparet, quod in stipulatione, quæ ex hac causa interponitur, etiam heredis mentio fit.

AC primo in l. 8. ostenditur, non tantum proximo vicino ædificanti, sed etiam superiori, Balil. *ἡ ἀρχὴ πρὸς ὑπερῷον*, l. 17. §. licet, de aqu. & aqu. pluv. are. & l. 1. §. quod ait, de cloacis, superiori, vel ulteriori vicino ædificanti novum opus nuntiari posse, quia superiores ædes nostris servare possunt, nostris debere possunt servitutem altius non tollendi, licet intermediæ ædes, sive publicæ, sive privatæ nostris etiam non serviant. Quod ostenditur in l. 4. §. ult. & l. 5. §. si servit. vindic. & l. si quis duas, in princip. l. in stradendis, §. interpositis, communia præd.

AD §. Qui opus novum. Sequitur in §. 1. eum, qui vicino ædificanti novum opus nuntiat, in testationem redigere debere, si quid operis jam factum erit, ut scilicet appareat, utque probari possit ex testatione, quid post nuntiationem factum sit, ante remissionem, aut satisfactionem ex novi operis nuntiatione. Idque quod postea factum erit contra nuntiationem destruat per interdictum restitutorium de novi operis nuntiatione, vel per interdictum, quod vi, aut clam: in testationem redigitur nuntiatio ipsa. primum, deinde quod operis jam factum est, ac si prætor ipse sit, qui ædificet, qui faciat novum opus invito vicino, cui vicinus novum opus nuntiare cupiat, nec jure possit, tamen sicut nec potest, quando magistratum gerit, sicut nec eum in jus vocare, tum in testationem interim redigit, testibus adhibitis, consignatque tabellis, se non posse nuntiare, ut si nuntiaverit postea, & quod retro ædificatum erit destruat, quasi repetito die nuntiatione facta, quasi retroacta nuntiatione, ut ait l. 5. §. si quis ipsi, hoc iis. Et prætor etiam ipse, si nuntiator in testationem nuntiationem suam modumque operis jam facti non redigat, nonnunquam, ut ostenditur in §. pen. hujus legis, decernit cessante nuntiatore, nonnunquam prætor decernit modulos operis jam facti sumi oportere, & conferri cum opere postea facto. Modulos vocat dimensionem, sive mensuram, quæ sumitur, ut Vitruvius docet 1. capit. 1. vel ex crassitudinibus ulnarum, vel triglifo instrumento quodam, vel balistæ foramine, quod ut ait, *ἡ ἀρχὴ πρὸς ὑπερῷον* vocatur. Recte autem his additur in l. pen. §. pen. quod vi, aut clam, non tantum soli, sed & cœli mensura esse faciendam: quod quædam in solo opera fiant, quædam in cœlo alieno, ut in solum alienum invito domino nihil possit, ita nec in cœlum alienum. Porro testatio hæc, de qua hic agitur, plenam fidem facit, ut & in aliis plerisque causis, l. Lucius, de his, qui not. inf. l. si filiusfamilias, ad Maced. l. ult. pro derel. l. ult. de custod. reor. l. 27. in princip. de rei vindicat. l. non idcirco, C. de cont. emp. Et concipi solebant hæc testationes à jurisperitis, & inde major earum fides, Quod & Quintil. docet 12. cap. 3. & Ovid. de Ponto, illo loco: *Confiteor testere licet, signate Quirites. Nil opus est legum viribus, ipse loquor.* Et ita vero in l. 1. §. recte, usus quemad. caveat, suadet, ut fructuarius, quum uti frui incipit, in testationem redigat, qualis res sit, ut inde possit apparere, an & quatenus eam rem pejorem fructuarius fecerit. Quod & in usu in plerisque causis frequentissimum est.

AD §. Si cum possem. Post hæc in §. si cum possem te jure, ostenditur, quo casu stipulatio de novi operis nuntia-

tionem satisfactionem exigat, & quo nuda repromissione contenta sit: quo scilicet casu, de opere restituendo, vicinum, cui nuntiatum est novum opus, aut satisfacere, aut repromittere oporteat. Quod etiam ostenditur in l. 1. §. stipulationem, de præst. stip. Ac primum quidem, quæ distinctio servatur etiam in cautione damni infecti ex edicto prætoris, l. 7. in princ. seq. qui suo nomine cavent ex novi operis nuntiatione, sicut qui cavent damni infecti suo nomine, & de re sua, ii repromittunt, qui alieno nomine, sive de re aliena, satisfaciunt. Ac præterea, quæ tamen distinctio non servatur etiam in cautione damni infecti, de opere, quod in publico fit contra leges, repromitti oportet, quoniam de eo opere civis, qui desiderat sibi cavere, quive novum opus nuntiat, jure alieno, hoc est, communi, jure publico contendit, non suo proprio, & ut ait Paulus, tanquam

B alieni juris petitor repromissione contentus esse debet. De eo autem opere, quod fit in privato, satisfacere oportet, quia de eo is, qui nuntiavit novum opus, suo jure contendit, de eo meo jure contendo, inquit. Et initio hujus §. si cum possem te jure prohibere, recte Glossa, jure privato, jure meo, jure domini, aut jure servitutis mihi competentis. Alioquin non spectatur jure ne fiat nuntiatio, an injuria: Nam quoquo jure, quave injuria fiat nuntiatio, is, cui nuntiatum est novum opus, non potest id exsequi, antequam satisfecerit de opere restituendo, vel nuntiationem prætor ei missam fecerit causa cognita. Neque vero antequam ita, uti oportet, cautionem de novi operis nuntiatione, id est, vel satisfactionem, vel repromissionem præstiterit is, cui opus novum jure, vel injuria nuntiatum est, ut indicat l. 1. h. t. non ante jus ædificandi habet. Hinc vero quæritur, cur ex causa damni infecti, si in publico opus fiat, satisfacetur ei, qui desiderat sibi cavere damni infecti: Sin autem in privato opus fiat, satis fit ei repromitti: hoc est certissimum: cur longe aliud servatur in nuntiatione novi operis, nempe ut si fiat in publico novum opus, satis fit, eum, qui denunciatus, & prohibitus est repromittere, si in privato necesse habeat satisfacere? Quærenda est ratio differentiarum, quam tradam crastina die. Reperiam primum differentiam inter cautionem damni infecti, & cautionem ex novi operis nuntiatione, quam attuli ad §. si cum possem: deinde, an & quatenus ea differentia vera sit, quave ejus ratio sit, inquiram. Qui opus facit in loco privato suo jure nuntiatori novi operis, si opus inchoatum exsequi velit, de opere, quod fecerit restituendo, id est, destruendo, si secundum stipulatorem judicatum erit, satisfacere debet, ut ostenditur in hoc §. Qui vero opus facit in loco publico, satis habet repromittere, ut in hoc §. & l. 1. §. stipul. de præst. stip. Contra, qui in privato opus facit, vicino, qui desiderabat sibi cavere de damno infecto suo nomine, satis habet si repromittat: qui vero opus facit in flumine publico, ripave ejus, vel in via publica, vel in alio loco publico, eadem de re satisfacere debet, d. l. 1. §. item ex causa, de præst. stip. l. 15. §. deinde ait prætor. 1. seq. Et hujus varietatis ratio pendet magis ex qualitate, & differentia personarum, actoris scilicet, & defensoris, & ex genere actionis, aut defensionis, differentiarum rerum, quæ defenduntur, vel de quibus agitur, quam ex cautionum conditione, aut jure diverso: actor exigit cautionem, defensor præstat. Item qui agit jus sibi esse nuntiandi, & prohibendi, ne tu ædifices in tuo contra libertatem prædii sui, vel ne ædifices in tuo contra servitutem sibi debitam, de jure suo, de re sua agit, & ideo merito satisfactionem desiderat, ut jus suum collocet in tutum. Qui autem agit jus sibi esse prohibendi, ne quis ædificet in publico, de jure alieno agit: nam quod publicum est, alienum est, non suum. Et ideo repromissione contentus esse debet, petitor, inquit Paulus (quæ sententia perpetuo notanda) alieni juris repromissione contentus esse debet, nec potest satisfactionem desiderare. At is, qui ædes suas defendit, & ne eis careat, vicino cavet de damno infecto, ut l. 9. in princ. iis. seq. rem suam defendit. Et ideo satis est, si repromittat, quia locuples esse videtur, qui ædes, quas defendit, habet, & possidet sibi. Locuples autem non satisfacit, l. pen. in princ. qui satisf. cog. l. 1. de custod. reor. Qui autem locum publicum defendit, ut ne non possit inædificari, aut muniti, vicinis cavet damni infecti, rem alienam defendit, & ideo

ideo satisfidare debet, l. 30. *tit. seq.* Nam etsi locupletissimus sit, non intelligitur esse locuples idoneus, vel assiduus, ut l. 2. *tab. loquuntur*, sine satisfidatione, quia res, qua de agitur, ejus non est. Est quidem in bonis, in facultatibus amplis forte, sed non est in re, qua de agitur, l. 166. *de reg. jur. l. minor, in fi. de procur.* Flumini publico adjunximus ripam ejus, quia & usus ejus publicus est, & juris gentium, sicut ipsius fluminis, in qua munienda tamen dicitur in *l. unica, inf. de ripa mun.* vicinis de damno infecto caveri, id est, repromitti, vel satisfidari. Sed additur, ut hoc breviter expediam, *secundum qualitatem personæ, Caveri*, inquit, *de damno infecto, vel satisfidari secundum qualitatem personæ, §. sed & hodie, Inst. de satisfid. & l. ult. C. de petit. hered.* Quod & de quolibet loco publico dici potest. Virum enim illustrem & summa dignitate præditum proculdubio repromittere satis erit, imo & eum, qui amplissimas facultates habet, l. 1. *de cust. reor. l. quotiens, C. de dignit. lib. 12.* Ex iis autem, quæ diximus liquido constat, initio propolitam differentiam, non cautionem facere diversas species, sed varietatem rei, qua de agitur, personæve, quæ cavent, quibusve cavetur de re sua, vel aliena. Et ita hæc explicanda sunt omnia glossa. Præterea quod Paulus ait in hoc §. eum, qui novum opus in publico facit, repromittere de opere restituendo, ei obstat l. 20. *§. hoc autem interdictum, h. s.* quæ docet ei, qui cœpit ædificare in loco publico, quique repromisit de opere restituendo, non ante permittendam esse consummationem operis, quam sibi appareat, quo jure ædificet. Sed respondendum est, ibi agi de interdicto prohibitorio ne vis fiat ædificanti, quod datur tantum ei, qui satisfidedit, ut ex verbis edicti apparet, non etiam ei, qui repromisit, licet in publico ædificare velit, nisi prius de jure suo docuerit: repromissio sola sufficit ædificanti in publico, ut ædificare pergat, non ut agat illo interdicto.

Ad §. *Sciendum.* Sequitur in hoc §. facta operis novi nuntiatione, eum, cui denuntiatum est, confestim cœpto opere abstinere debere donec caveat, id est, repromittat, vel satisfidat secundum superiorem distinctionem. Si secundum stipulationem judicatum erit, de opere restituendo, vel donec remissio nuntiationis à prætore fiat, ut l. 1. *de remiss. l. 1. l. 20. §. 1. hoc tit.* tunc enim, ut ait, id est, post remissionem, vel post cautionem, quæ vice remissionis est, si jus, inquit, ædificandi habet, recte ædificabit. Integra enim actori manet actio legitima, jus non esse ædificandi, & defensoris quidem post satisfidationem, vel remissionem molitio non impeditur, etiam si revera jus immolendi, vel inædificandi non habuerit: Verum recte non ædificabit. Quia, id quod ædificaverit, judicio superatus restituere compelletur. Is igitur recte tantum ædificat post satisfidationem, aut post remissionem nuntiationis, qui jus ædificandi habet, & aliud est ædificare, aliud recte ædificare. Restat §. ult.

Ad §. *ult.* Nuntiatio novi operis exemplum sequitur rei vindicationis. Vindicatio alienatione finitur. Desinit enim habere rei suæ dominium, & consequenter vindicationem, qui eam alienat. Ergo nuntiatio etiam alienatione prædii sui finitur: nuntiatio fit hoc obtento, quasi jus prohibendi habeat is, qui nuntiat, l. 1. *§. nuntiatio fit, h. s.* Finito ergo jure prohibendi, quod utique alienatione finitur, & per consequentiam nuntiatio extinguitur, & finitur, & novo rei successoris opus est nuntiatione nova: sic morte domini finitur vindicatio, ergo & nuntiatio novi operis, & novo domino, id est, heredi opus est nuntiatione nova, alioquin vicinus impune ædificabit. Quod si quis eandem comparationem, idemve argumentum ita retorquere velit, vindicatio transit in heredem: ita est, ergo & nuntiatio novi operis. Respondebo, vindicationem transire in heredem, sed heredem vindicare oportere, agere oportere, & ita quoque nuntiationem transire in heredem, sed necesse esse heredi denuo nuntiare, quia jus nuntiandi transit, non ipsa nuntiatio, quam fecit defunctus; nec similis est nuntiatio litis contestationi, si quis lite contestata moriatur, heredi ejus non est opus actione nova, si quis facta nuntiatione moriatur, heredi ejus opus est nuntiatione nova.

Tom. II. Post.

Nec obstat, quod dicitur in l. 20. *hoc interdictum perpetuo, b. s.* heredi nuntiatoris competere interdictum de opere restituendo, quod contra edictum prætoris, contraque nuntiationem factum est. Nam hoc ita est accipiendum, ut heredi illud interdictum non competat, si denuntiatus opus fecerit post mortem nuntiatoris, atque adeo post finitam nuntiationem, ante novam nuntiationem heredis: sed ut heredi competat, si denuntiatus opus fecerit vivo nuntiatore, quia à defuncto interdictum cœpit, & ab eo transit in heredem. Idem dici potest de stipulatione ex novi operis nuntiatione, ut ex ea heredi non competat actio, si post mortem nuntiatoris judicatum erit, jus denuntiatore non esse ædificandi, sed si eo vivo, id est, si actio ex stipulatione cœperit à defuncto. Et hæc de morte nuntiatoris, & de alienatione à nuntiatore facta, utroque modo extinguunt nuntiationem. Morte autem denuntiatore, de qua nunc agendum est, denuntiatore, id est, ejus, cui novum opus est nuntiatum, vel alienatione, nuntiatore non finitur, quia nec personæ facta est, sed operi, vel rei. Itaque rem, & rei possessorem sequitur; rei cohæret, non personæ, l. 10. *ult. hoc tit.* Quod adeo verum est, ut nuntiatio possit fieri cuilibet, vel intelligenti, vel non intelligenti, qui in eo loco sit, ubi opus sit, veluti furioso, vel infanti, aut fabro ædium, fabro operis, cui in eo loco nihil juris est, l. 10. & 11. Novus igitur dominus, id est, vel heres, vel emptor, si sciens contra edictum, contraque nuntiationem opus fecerit, tenetur opus restituere, destruere tenetur, inquam, interdicto restitutorio. Quamvis interdictum illud nunquam venditorio, aut defunctum tenuerit, vel etiam si adversus successorem denuntiatore judicatum sit, successor tenetur ex stipulatione de opere restituendo, cui se venditor, aut defunctus obstrinxit, quamvis eum tenuerit nunquam, id est, quamvis in ejus persona stipulatio fuerit commissa nunquam. Dixi, si sciens fecerit: nam ignorans successor si fecerit, non tenetur, nisi ut patientiam præstet tollendi operis, non etiam impensas, l. 3. *§. opus*, qui est ita accipiendus de alienatione mutandi iudicii causa. Rursus dixi, si successor fecerit: quia si non ipse fecerit, sed venditor, vel defunctus, successor similiter patientiam tantum præstare debet, non impensas, nisi jam lis fuerit contestata cum defuncto, l. pen. *hoc tit. l. 19. §. tandem, quod vi, aut clam, l. 6. §. ult. l. 7. l. 12. de aq. & aq. pluv. arc.* Hanc vero differentiam, quam exposui, quæ est in hoc §. ult. inter denuntiatum, & denuntiatorem, ex eo apparere Paulus docet, quod in formula stipulationis ex operis novi nuntiatione, mentio fit heredis ejus, cui nuntiatum est novum opus, non heredis ejus, qui nuntiat. Verba ejus formulæ hæc sunt: *si ea res intra eum diem adversus te, heredemve tuum judicata erit, quod opus factum erit, id opus boni viri arbitratu restitui, aut quanti ea res erit, tantam pecuniam dari:* non dicit, *si secundum me, heredemve meum res judicata fuerit*, sed, *si adversus te, heredemve tuum*. Formula, jus formulæ differentiam facit inter heredem ejus, cui denuntiat, & heredem ejus, qui nuntiat, hunc enim non nominat, illum nominat. Denique hoc vult demonstratque formula, nuntiationem, quæ fit ab eo, qui intendit jus sibi esse prohibendi, esse personalem, id est, cohæreere jus personæ, nec commeari ad heredem ejus, id est, morte extingui, eam autem nuntiationem fieri, non in personam ejus, cui nuntiat, sed in rem, & ideo heredem sequi, ad quem res transit, nec morte denuntiatore finiri.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XLIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. de Aqua & aq. pluv. arc. *In summa tria sunt, per que inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vestitas, quæ semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.*

Ad §. Apud Labonem proponitur fossa vesus esse agrorum su-

Tt

can.

candorum causa, nec memoriam exflare, quod facta est: banc inferior vicinus non purgabat. Sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, aquae pluviae arcendae cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere.

Ad §. Præterea si in confinio fossa sit, neque purgari vicinus patiatur eam partem, quæ tibi accedat: posse te magis agere aquæ pluviae arcendæ, Labeo ait.

Ad §. Cassius autem scribit: si quæ opera, aquæ mittendæ causa, publica auctoritate facta sint, in aquæ pluviae arcendæ actionem non venire. In eademq; causa esse ea, quorum memoriam vetustas excedit.

Ad §. Apud Atejum vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive exstet fossæ memoria, sive non exstet.

Ad §. Item Varus ait: Aggerem, qui in fundo vicini erat (†) vis aquæ deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait: si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquæ pluviae arcendæ actione, ut eum reponat, vel reponi sinat. Idemque putat, & si manu factus fuit, neque memoria ejus exstaret. Quod si exstet, putat, aquæ pluviae arcendæ actione eum teneri. Labeo autem, si manufactus sit agger, etiam si memoria ejus non exstet, agi posse ut reponatur. Nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino proficiat, sed ne noceat, aut interpellat facientem, quod jure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquæ pluviae arcendæ actio, aut tamen opinor utilem actionem, vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamus.

Ad §. Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit, & ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari: Hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manufactis, verum etiam in omnibus, quæ non secundum voluntatem sint. Labeo contra Namusam probat. Ait enim, naturam agri ipsam à se mutari posse, & ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, æquo animo unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior ejus conditio facta sit. Idcirco & si terræ motu, aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit: neminem cogi posse, ut sinat in pristinam loci conditionem redigi, sed nos etiam in hunc casum æquitatem admisimus.

Ad §. Idem Labeo ait, si in agro tuo aquarum concursus locum excavavit, aquæ pluviae arcendæ actione agi non posse tecum à vicinis. Plane si fossa jure facta sit, aut cujus memoria non exstet: agi tecum posse aquæ pluviae arcendæ ut reficias.

Ad §. Idem Labeo ait, cum quæritur, an memoria exstet facti opere, non diem, & consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum: hoc est si factum esse non ambigatur, nec utique necesse esse superesse, qui meminervint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.

Ad §. Idem Labeo ait: si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, & hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur: agi cum eo aquæ pluviae arcendæ non posse: aquam enim arcere, hoc esse, curare ne influat: quæ sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.

Ad §. Illud etiam verum puto, quod Osilius scribit: si fundus tuus vicino serviat, propterea aquam recipiat, cessare aquæ pluviae arcendæ actionem: Sic tamen, si non ultra modum noceat. Cui consequens est, quod Labeo putat, si quis vicino ceferit, jus ei esse aquam immittere: aquæ pluviae arcendæ eum agere non posse.

L I B E R XLIX. est de actione aquæ pluviae arcendæ. Itaque huic libro merito initium facit l. 2. de aqu. & aqua plu. arc. Hæc actio, sicut superior actio damni infecti, est etiam de damno futuro, non de præterito, l. 1. §. offic. ad finem, l. 14. §. in hoc iudicium, hoc tit. Verum illa de damno est, quod metuo ne prædio meo contingat ex labe, & ruina vicini prædii: hæc vero, quæ in hoc tit. proponitur, est de damno

A quod metuo ex opere à vicino meo facto, aquæ pluviae ex suo agro in meum me invito avertendæ causa. De superiore damno, antequam fiat, datur, concipiturque stipulatio à prætore, qua mihi prospiciam: non datur tamen ex ea stipulatione actio, antequam damnum factum sit: de posteriore autem damno, quod veremur, actio statim, atque opus factum est, aquæ derivandæ causa, licet nondum damnum factum sit, competit, ut scilicet aqua coercatur, quæ quandoque nocitura est, restituito opere, sublato opere, vel ut quanti interest opus restitui, actori præstetur. Item (quæ est alia differentia) actioni damni infecti locus est & in urbe, & in agris, l. 38. §. 2. sup. tit. prox. Actio aquæ pluviae arcendæ in agris duntaxat locum habet, l. 1. §. item sciendum, hoc tit. Item, actio damni infecti prætoriam est, nempe quia stipulatio prætoriam est, & actio igitur ex stipulatione est prætoriam: actio autem aquæ pluviae arcendæ est legitima, l. 22. in fin. hoc tit. id est, ex 12. tab. l. Labeo, de statu liber. quibus etiam 12. tabul. alia actio huic proxima tribuitur à Paulo in l. 5. ne quid in loco, ex 16. ad Sabinum, quo libro & tractasse illum de act. aquæ plu. arcendæ, constat ex l. 12. §. 23. hoc tit. Si in publico opus factum sit, quo aqua pluvia privato quandoque nocere possit, privatus aquæ pluviae arcendæ agere non potest in rempublicam, quia hac actione solus dominus tenetur, & loci publici nullus intelligitur esse dominus, l. 18. hoc tit. Aliter quam si opere manufacto in loco municipii, vel cujuslibet civitatis, aqua pluvia privato noceat: hoc enim nomine privato actio est aquæ pluviae arcendæ cum municipibus, l. pen. quod cuiusque univers. Quod & Paulus illo libro 16. ad Sabinum significavit l. 23. §. 1. hoc tit. cum ait, actioni aquæ pluviae arcendæ etiam in vectigalibus agris, qui sunt agri municipiorum dati in emphyteusim, l. 15. §. si de vect. sup. tit. prox. dum, inquam, Paulus ait, actionem aquæ pluviae arcendæ habere locum in agris vectigalibus: nam agri vectigales, sive emphyteuticarii semper in jure nostro agri municipiorum dicuntur. Ideo autem in agris municipiorum, si quod opus in eis fiat, quo aqua pluvia quandoque privato nocitura sit, locus est actioni aquæ pluviae arcendæ, quia municipia loco privatorum sunt, l. 16. de verb. signific. At publica, populi Romani scilicet, omnino separantur à privatis, & nullius esse intelliguntur. Bona municipiorum privatorum esse intelliguntur, municipia loco privatorum hominum sunt. At si per publicum locum rivus aquæ pluviae ductus privato nocebit, reapse in præsentem, recte idem Paulus in eod. lib. 16. id est, in l. 5. ne quid in loco publ. actionem quidem, quod subaudiendum est, aquæ pluviae arcendæ, privato non competere, quod rivus, qui deducitur per locum publicum, privato noceat, id est, rivus aquæ pluviae. Sed ex iisdem 12. tabulis, quæ actionem aquæ pluviae introduxerunt, aliam in hunc casum actionem esse comparatam damno jam facto, in hoc scilicet, ut noxa, id est, damnum, quod jam factum est, domino sarcitur, solvatur, præstetur. At alii codices, & inter hos Florentini in illa l. 5. habent, ut noxa domino caveatur: quod necessario, si casta lectio est, ita accipi oportet, ut noxa, id est, ut de noxa futura, de damno nondum facto, domino caveatur. Quæ lectio recta non videtur esse: Nam actio, sive cautio damni infecti originem non cepit à 12. tab. alioquin non esset prætoriam cautio, sed civilis, & legitima. Alii vero habent, ut noxa domino sarcitur, quod proculdubio verbum esse 12. tab. ex Servio Sulpitio Festo scribit, & constat ex l. qui ades, de incend. ruin. & naufr. & ex Gellii 11. cap. 18. noxam sarcito, id est, præstato damnū, quod contigit, quod datum, factumve est. Et sane eo etiam modo Basilicōn auctores legisse videntur. Nam in Basilicis ita est: *αὐτὸν πᾶσι τοῖς ἐπιτοῖς καὶ ἐν τοῖς ἀγροῖς ἀξίμιον, ἄγο, ut mihi præstetur indemnitas, ut damno indemnitas servet, & ne patiar, & ἀξίμιον. i. indemnitatem.* Quod est rectius. Est enim de damno dato actio vetus ex 12. tab. l. 1. ad l. Aquil. l. pen. si fam. surr. sec. dic. l. 56. de obl. & act. Verum, ut ad actionem aquæ pluviae arcendæ revertamur: hac actione tenetur is, qui opere manufacto id egit, ut aqua pluvia aliter fluere, quam natura fluere solet, atque ita, ut agro meo nocere posset, si quidem

(†) Vide Merill. lib. 3. Variant. ex Cujac. cap. 39.

dem id egerit citra voluntatem meam. Voluntate enim mea jure aquam immittit, aut derivat in fundum meum, ut puta si cesserit jus ei esse, aquam in meum fundum immittere, vel corrivare, videlicet hac servitute fundo meo imposita, ut ex ejus fundo decurrentem aquam excipiat. Quod ita proponitur in *§. ult. h. l. 2. cum hac exceptione tamen, si non ultra modum aqua vicino noceat, quam jure servitutis imposititæ in ejus fundum corrivet, non ultra modum nocet. Suus cuique servituti modus est, & vitiosum ubique est, quod nimium, l. complures, §. nimium, de adm. tut.* Quid enim si nimietate aquæ vastetur ager ejus? Omnino servitutes, quæ concessæ sunt, civili modo, & pari utendum est, non immodice. At præterea hæc servitute aquæ immittendæ, vel quæ alia servitute rustica, non tantum privata conventionem constituitur, sed & publica, ut si ab iis, qui primi agros constituerunt, ut loquitur *l. 23. in princ. hoc tit.* qui primi agros condiderunt (unde conditiones agrorum dicuntur, *l. 1. §. ult. hoc tit.* Et apud Siculum Flaccum, cujus etiam liber inscribitur *de conditionibus agrorum*, & conditores agrorum similiter, conditores coloniarum: ut conditores urbium apud Julium Frontinum) Si, inquam, ab iis, qui veteranis pro merito prædia assignarunt, quive colonias deduxerunt, certæ leges agris dictæ sint, has leges dicere, est agros condere, puta, ut hic ager excipiat aquam ex illo agro defluentem, vel quum per agrum aliquem tranlit magnum aliquod flumen, ut domino vicini agri liceat in altero agro aggerem, vel fossam habere. Quod exemplum etiam proponitur in *l. 1. §. ult.* Hyginus 2. de limitibus constituendis: *Agri, inquit, leges accipiunt ab iis, qui veteranos deducunt.* Et ita propriam observationem lex dicta præstat in agris. Unde apparet quid sit lex in illo *§. & in principio hujus leg. 2.* non est pactio facta inter convenientes, ut voluit glossa. Quanquam in jure lex accipiatur pro pactione, verum non pro quacunque pactione, sed pro ea, quæ contractui adjicitur, ut lex commissoria: hoc loco, lex est conditoris agri, vel coloniz. Quod si ab initio in condendo agro dicta lex non sit, in *d. §. ult.* ostenditur, naturam agri, vel loci servandam esse, nec de arcenda aqua pluvia, aqua Joviali, quæ loci vitio, & natura nocitura est, aquæ pluviz arcendæ agi posse. Quod & Marc. Tull. scribit in *Topicis: non magis, inquam, aquæ pluviz arcendæ agi posse, quod aqua pluvia naturaliter nocitura sit, quam si ea sit lex agri ab initio dicta à conditore agrorum, ut aqua ex eo defluens ad fini, vel vicino nocere possit.* De aqua, quæ opere à vicino manu facta nocitura est, hæc actio competit, non de aqua, quæ natura nocitura est, sine manu alterius, non de aqua, quæ ex lege agro dicta in conditione ejus, nocitura est. Natura autem semper inferior ager superiori servit, hanc nimirum inferior servitutem superiori debet, ut ex superiori naturaliter profluentem aquam excipiat, *d. l. 1. §. pen. & ult.* Nam ut & ibi scriptum est, & pro hoc incómodo naturali, aliud inferior ager commodum sentit, quod pensandum est cum illo incommodo. Commodum, inquam, sentit ex pinguedine terræ agri superioris, quæ ad eum decurrit. Itemque ex eo, quod & Siculus Flaccus ait, *quidquid inferior possessor in agro suo agit, damno superioris agit, sive aret, sive fodiat: Detrahit enim pendentes ex superiori glebas.* Itaque si lex agri non inveniatur, servatur natura agri, locive. Adde, vel etiam servatur vetustas, quæ, ut ait Paulus eleganter initio hujus legis semper pro lege agri, scilicet dicta à conditore, habetur: *Minuendarum* scilicet (hæc sunt etiam Pauli verba) *litium causa.* Qua ratione etiam lex *ult. inf. pro suo,* usucapionem ait esse introductam, ut esset aliquis finis litium. Cicero, ut esset aliquis finis sollicitudinis, & periculi litium. Sic vero & *l. 1. §. 1. hoc tit.* ait: *Vetustatem vicem legis tenere, legis agro innasæ cum ipsa agri conditione.* Et *l. ult. hoc tit. solere eos, qui juri dicundo præsumt, everi aquæductus, quibus auctoritatem vetustas daret, tamesi jus non probaretur,* id est, *in ius.* Vetustatem igitur esse pro jure, pro titulo, pro causa possessionis iusta. Cedo autem quid voces *vetustatem?* Et dicimus vetustatem non tantum, quæ excedit memoriam hominum, ut in *§. 1. hujus leg. & aliquos seqq. & in l. 3. §. ductus, de aq. quot. & æst.* sed & vetustatem longi temporis, id est, 10. annorum inter præsentem, & 20. inter ab-

Tom. II. Post,

A sentes, ut indicat satis aperte *l. 1. §. 1. hoc tit. & l. si quis, si servit. vind.* quæ est etiã de aquæductu, ut ille *§. ductus.* Et id etiam, quod Hyginus ait 2. de limitibus, *vetustatem longi temporis permutare conditionem agrorum.* Longum enim tempus semper in jure, longave consuetudo accipitur pro spatio continuo inter præsentem decennium, inter absentes vicennium. Quod & ita Paulus definit *§. sent. tit. 2. & 5.* Unde & in *l. 2. C. Theod. de longi temp. præf.* ubi ita scriptum est, *annorum 40. præscriptio, quam vetustatem leges, & jura nuncupari voluerunt,* titulus, qui est de longi temporis præscriptione, exigit, ut legamus *viginti,* non *quadragesima.* Sed his addemus alia quædam ad *§. 1. hujus l. 2.*

A D *§. Apud Labeonem.* Didicimus jam supra, vetustatem in agris vicem legis obtinere, id est, si quam observationem, si quem tumorem, ut agrimensores loquuntur, in agris vetustas introduxerit, perinde esse, atque si lex dicta agris, ab iis, qui primi agros condiderunt, eam observationem constituerent: & vetustatem non tantum dici eam, quæ superat memoriam hominum, sed etiam vetustatem longi temporis, id est, decennium inter præsentem, & vicennium inter absentes, quo quidem temporis spatio servitutes acquiri constat ex *l. 1. §. ult. h. tit. l. si quis diuturno, si serv. vindic. l. 5. §. pen. de itin. actus priv.* videlicet si quis longo tempore, longa consuetudine, longa quasi possessione, ut ait *l. si quis diuturno,* quia servitus, cum sit res incorporalis, proprie non possidetur. Sed servitus quasi possidetur, usus pro possessione est. Si quis, inquam, longa quasi consuetudine usus sit itinere, via, actu, vel aquæductu, etiam si ea servitute usus sit sine titulo, id est, etiam si justum titulum, justam causam quasi possidendi non habuerit, non probabit, ut *l. ult. h. tit.* Longus enim usus vicem obtinet jure constitutz servitutis, longus usus pro titulo, & auctoritate, *l. 1. C. de servit. & aqu.* Dummodo, hoc enim semper exigitur, bona fide usus fuerit servitute, non per vim, non clam, non precario, ut est in supradictis legibus. Quoniam his tribus modis mala fide possidetur, ut vel *Donatus* ex jure ait, ut & ipse profitetur in illum locum: *Tæ hanc mihi, vel vi, vel clam, vel precario fac tradas.* Ergo res ita se habet: Servitutes prædiorum ufucapi quidem non posse, *l. 4. §. ult. de usurp. & usuc.* longo tamen tempore acquiri posse, quæ hodie est usucapio Justiniana. Ante Justinianum usucapio rerum mobilium fuit anni, & rerum immobilium biennii tantum. Neque vero huic definitioni de acquirenda servitute longo tempore quidquam obstat, quasi exigatur vetustas, quæ superet memoriam hominis in acquirendis servitutibus: Nihil obstat *l. 3. §. ductus, de aqua quot. & æst.* quæ ait quidem, aquæductum, cujus origo memoriam excessit, jure constituti aquæductus loco haberi, veluti ex legato, vel donatione, vel cessione, pactione, vel stipulatione, jure, inquam, constituti loco haberi, id est, perinde jure quæsitum esse, atque si quæsitum esset ex legati causa, vel quoquo alio justo titulo acquirendæ possessionis, acquirendæ quasi possessionis. An ergo non aliter tempore aquæductus mihi quæsitus videtur, quam si ejus origo memoriam excefferit? minime. Quod enim aquæductus, cujus origo memoriam excessit, habeatur loco jure constituti aquæductus, prava collectio est, si dicas: ergo aquæductus, quo quis usus est longo tempore, pro jure constituto non habetur, cum & hunc aliæ leges superius adduxæ apertissimo jure constitutum dicant. Ac præterea, possit etiam usus, qui longo tempore quasi possessus est, remota origo ejus esse ab hominum memoria. Non obstat etiam superiori sententiæ *§. 1. hujus legis,* in quo hæc species proponitur, quæ est explicanda: In agris vicini erat vetus fossa, vetus receptaculum aquæ pluviz, quæ jam olim facta erat agrorum siccandorum causa, quod aqua maderent nimis, nec exstabat memoria, quando ea fossa facta esset: hanc inferior vicinus, in cujus fundo fossa erat, non purgavit. Et sic fiebat, ut restagnaret, & ex restagnatione ejus aqua fundo meo noceret, id est, nocere posset, ut eo capite *l. 2. tab. quo actio aquæ pluviz arcendæ defertur,* id verbum accipi oportere ex eodem Labeone refertur in *l. Labeo, de statulib.* Et ita semel accipitur in hoc tit. Si noceat, id est, nocere possit. Nam actio est de damno futuro, non de jam facto. Et in

T c 2

spo.

specie propofita Labeonem dicere Paulus refert, vicinum A inferiore, quod illam fossam non purget, mihi teneri actione aquæ plu. arcendæ, ut vel purget fossam, vel patiatur suis sumptibus eam purgare, & in pristinum statum eam reponere. Idem mox ait servari in fossa, quæ facta est in confinio duorum fundorum, id est, in fossa finali. Nota hoc loco duo genera fossarum. Fossas finales, & fossas factas agrorum siccandorum causa: has esse proprias, illas plerunque esse communes utriusque partis pro regione utriusque fundi, ut Sculus Flaccus lib. de conditionibus agrorum: *Videndum, inquit, quales sint fossæ, ne si quis siccandorum agrorum causa fecerit, finales esse videantur. Et intelligi, inquit, potest ex ipsarum fossarum præstatione, utrum propria, an finales sint, &c.* At quid si, ut ex eodem Labeone hoc loco refertur, fossam finalem purgari vicinus non patiatur, eam partem, quæ fundo meo accedit: eo etiam nomine vicinus mihi tenetur actione aqu. plu. arcendæ, & quidem multo magis, quam superiori casu, ut ait, posse te multo magis aquæ pluviz arcendæ experiri. Cur multo magis? quia non patitur vicinus pro sua parte purgare volentem fossam finalem non facere. Facere, est prohibere. Superiore autem casu non purgare fossam siccandi agri causa factam, non est facere. Et in hac actione de facto tantum queritur, l. 14. §. 1. hoc tit. At quia non facere, etiam facere est, ut l. 16. supr. tit. prox. l. 121. de reg. jur. Hoc enim is, qui non facit facit ut nolit facere: Ideo & adversus non purgantem fossam ab uligine, & cæno omni, actio aquæ pluviz arcendæ accommodatur, quasi adversus facientem. Et hæc est sententia hujus §. 1. ex qua non possis sine calumnia colligere, acquirendæ servitutis originem duci debere ex vetustate excedente memoriam hominum, non ex vetustate longi temporis. Nam de servitute nihil in hoc §. agitur, neque etiam in §. apud Alphenum, quod tamen miror somniale glossam, sed ideo proponitur non exstare memoriam, quando fossa facta sit, ut intelligamus actionem aquæ pluviz arcendæ competere, quod vicinus non repurget fossam, non etiam quod fossam illam in fundo suo habeat. Quia, ut subjicitur in §. Cassius, opus, cujus memoriam vetustas excedit, in iudicium aquæ pluviz arcendæ non venit, ut reponatur, ut in §. item, inf. sicut nec opus, quod additur etiam in §. Cassius, quod publica auctoritate veluti principis, aut Senatus factum est, ut l. 23. in princ. inf. Denique in actione aquæ pluviz arcendæ, de eo tantum opere queritur, quod factum est privata auctoritate, ex quo aqua pluvia vicinis nocet: & præterea, cujus memoria exstat. Et ut definitur in hoc §. item Labeo ait, qui huic loco non immerito copulatur, ex ejusdem Labeonis sententia, quum queritur, an memoria facti operis exstat, memoria facti operis exstare intelligitur, si quis ex iis, qui vita superant, sciat, aut meminerit, opus esse factum, licet exacte nesciat quo die, aut quo consule factum sit, satis est, si sciat, quando factum sit, videlicet intra annos tot, *Il y a huit ou neuf ans*, licet nesciat quo die, & consule factum sit, satis est si tempus, quo factum est sciat aliquo modo, vel ut ait l. 28. de probat. quæ ad hanc actionem pertinet tota, *ε ν κ λ α τ η, κ λ α τ υ τ ε ρ ο ν*, nec necesse est, ut temporis noverit circumstantias omnes ad liquidum, ut ait in illo §. quomodo & in l. 1. C. si sec. nupt. mul. cui maritus, ad liquidum deducere rationes, & T. Livius, ad liquidum veritatem explorare. Et complures alii auctores. Et quod additur in illo §. nec utique necesse est superesse qui meminerit, verum si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. Verba hæc sunt Pauli, non Labeonis. Nam ut constat ex d. l. 28. de prob. non est necesse, ut operis memoria exstare intelligatur, ut sit aliquis, qui viderit, aut meminerit, quando factum opus sit, quod Labeo dicebat: sed sufficit, si audierit ab iis, qui meminissent, vel qui vidissent, *Il suffit que quelcun luy die qu'il l'a ouy dire*. Testimonium de auditione in hac causa recipitur. Quod & Basilica in d. l. 28. trahunt ad causam novi operis, & finium regundorum. Quod tamen proprie ibi est scriptum de arbitrio aquæ pluviz arcendæ tantum. Alias vero testimonium de auditione non recipitur. Demost. in Eub. *ο υ δ ε μ α ρ τ υ ρ ε ι ν α κ ο η ν ε ω σ η ο ι ν ο μ ο ι, ο υ δ ε π ι τ ο ι ς ο δ λ ο ι ς, &c.* id est, ne in gravioribus quidem criminibus leges admittunt testimonium de auditione. His nunc addamus, quod ex

Atejo Capitone refertur in §. apud Atejum, convenienter iis, quæ dixi, & retuli in §. 1. dominum scilicet inferioris agri, in quo fossa facta erat siccandi agri causa, hac actione compelli ad repurgandam eam, ne restagnet, & refluat in superiorem agrum. Et ex diverso quoque dominum superioris agri, si in eo fossa sit, ex qua ad inferiorem aqua descendat, ex hoc iudicio compelli posse, ut ipsam purget, aut impensam purgationis præstet, live exstet fossæ memoria, sive non. Quia etsi memoria ejus penitus occiderit, non ideo hoc iudicio agi potest, quod fossam illam ita positam vicinus habeat: sed de ea purganda, aut reficienda tantum, ut §. plane si fossa, infra. Unde & in specie §. 1. nihil interest memoria fossæ exstet, an non exstet. Quod etiam magis atque magis ostendit quam nihil obsit ille §. superiori definitioni de acquirenda servitute longo tempore. Hæc vero, quæ hæcenus relata sunt, confirmantur etiam in §. item Varus, hac specie propofita.

A D §. Item Varus. Aggerem, qui erat in fundo vicini, vis aquæ deiecit: qua re effectum est, ut aqua plu. mihi noceret, si naturalis fuerit agger, veluti colliculus, cessat hæc actio, quia nihil vicinus fecit, quo aqua plu. mihi noceret: natura loci id fecit, non vicinus: id ergo ferre æquo animo debeo. (†) Item si agger fuerit manufactus, modo si memoria ejus interciderit, ut in §. Cassius, cessat etiam actio aquæ pluviz arcendæ. Sed si memoria ejus adhuc vigeat, hæc actio competit in hoc, ut vicinus aggerem restituat, reponat in pristinum statum, aut reponi sinat suis sumptibus. Et hæc fuit sententia Alpheni Vari. A qua tamen discedit Labeo, & dissentit: qui etiam si memoria aggeris manufacti exstet, ait, deiecit aggerem in solita vi aquarum hanc actionem cessare. Sic enim omnino hæc verba in hoc §. item Varus ordinanda sunt. Labeo autem si manufactus sit agger, etiam si memoria ejus exstat, agi non posse, ut reponatur. Quod liquido demonstrat ratio, quæ sequitur, quia hac actione aquæ pluviz arcendæ nemo cogi potest, ut vicino prolit, quod cogeretur dominus superioris fundi, si deiecit aggerem reficere cogeretur: sed hac actione in id tantum vicinus adstringitur, ne noccat, vel ne ad finem vicinum interpellet, qui suo fundo propinquius adcolit id facientem, quod suo jure facere potest, ut si jus ei concessum sit habendi aggeris in fundo vicini, ne eum habere, aut reponere vetetur. Quo nomine si vetetur, etiam habet utilem actionem aquæ pluviz arcendæ, vel interdictum, quod vi, aut clam, l. 1. in fine, hoc titulo, se. undum distinctionem legis 14. §. pen. & l. 22. hoc titulo. Quod & Labeo subjicit in hoc §. item Varus, illo loco *Quamquam tamen deficiat aquæ pluviz arcendæ actio directa*. Ne vicinus noceat mihi, ago directa actione aquæ pluviz arcendæ, ne interpellet me utentem servitute, aut quasi servitute, ne interpellet me facientem, quod jure facere possum, ago utili actione aquæ pluviz arcendæ, quia dominus ejus loci non sum, in quo aggerem reponendum est, l. loci, si servit. vindic. Et hæc actio datur tantum domino, & in dominum. Eleganter autem ait aggerem, qui factus mihi prodesse potest, vicino vero nihil nociturus est, æquitatem suggerere, ut invito vicino mihi liceat in agro ejus reponere in pristinum statum. Recte autem ponit initio hujus §. aggerem vi aquæ deiecit. Nam si factus vicini deiecit sit, ut eo sublato, vehementior aqua profluat, vel corrivetur, proculdubio hoc casu competit actio directa, legitima aquæ pluviz arcendæ, l. 1. §. 1. hoc tit.

A D §. Apud Namufam, & seq. Quod dictum est in §. hujus legis 2. si fossa, quæ facta est in inferiore agro, agri siccandi causa, dum non purgatur, superiori agro vicini noceat, locum esse actioni aquæ pluviz arcendæ, nempe ut interior vicinus, aut fossam purget, aut purgari sinat. Idem in hoc §. apud Namufam traditur: si aqua fluens per inferiorem agrum iter suum fimo obstruxerit, aut limo, & ob hoc aqua redundans, sive restagnans superiori agro noceat, superiori scilicet vicino, superiori domino agri superioris in inferiorem competere actionem aquæ

(†) Vide Merill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 39.

aquæ pluviae arcendæ, ut iter aquæ purget, aut purgari A
 sinat: ut purget, inquam, aut purgari sinat canale fluen-
 tis aquæ, hac ratione, ut ait, quia hæc actio non tantum
 est de operibus manufactis, sed etiam de omnibus iis, quæ
 non secundum voluntatem vicinorum sunt, id est, etiam
 de non factis: non tantum est de factis, sed etiam de non-
 factis contra voluntatem vicinorum, aut in fraudem vici-
 norum. Nam & non facta, sive prætermissa facta esse cen-
 sentur, & coercentur ab arbitro aquæ pluviae arcendæ, si
 prætermissa sint citra voluntatem vicinorum. Et hanc sen-
 tentiam Paulus æquior esse putavit, quanquam La-
 beonis aliud iudicium esset, qui exiltimavit, hoc casu non
 esse locum actioni aquæ pluviae arcendæ, fretus hac ratio-
 ne, quia naturaliter aqua fluens iter suum simo obstru-
 xisset. Et ideo restagnationes, sive exundationes inde con-
 tingentes esse æquo animo ferendas. Contingere enim eas B
 natura, non factio vicini: naturam à seipsa mutari posse,
 & vel meliorem, vel deterioremi soli conditionem facere.
 Idque manifestius apparere, si terræ fragore, & motu, aut
 magnitudine tempestatis soli causa mutetur, quo casu pro-
 culdubio nemo cogi potest, ut vel restituat locum in pri-
 stinam causam, vel ut restitui sinat, l. 14. §. 1. hoc titulo.
 Quod certe nec Namusa, nec Paulus negarunt, quia hæc
 mutatio vis divina est, quam adfert terræ motus, aut vis
 tempestatis major, ira divina, invicta necessitas, cui ne-
 cessario succumbimus. At illa simi obstructio ira divina
 non est, & facile tolli potest. Itaque æquior est Namusæ,
 & Pauli sententia, nec comparatio illa Labeonis congruit,
 aut conveniens huic proposito est. Hinc vero observa, ar-
 bitrium aquæ pluviae arcendæ dari superiori vicino adver-
 sus inferiorem, ut iter aquæ simo obstructum depleat, &
 aperiat, ut similiter in §. 1. si fossam agro siccando, quam C
 inferior vicinus in suo positam habet, non repurget, hæc
 actio datur superiori adversus inferiorem. Ex diverso quo-
 que eadem actio datur inferiori adversus superiorem, ut in
 §. apud Atejum, supra, si superior negligentior, remissior
 fuerit in purganda fossa, qua aqua ad inferiorem agrum
 descendit. Et sic in l. 1. §. item sciendum, hoc tit. & eodem
 prorsus modo in Platonis legibus Georgicis lib. 8. ostendit
 tur superiori inferiorem hanc actionem dari, si inferior
 aquam, quæ natura fluit opere facto inhibeat per suum
 agrum decurrere, μη δίδως εὐροον, ut Plato ait, non dans
 aquæ transitum, impediens aquæ transitum. Et contra, inferio-
 ri dari hanc actionem in superiorem, si superior aliter
 aquam mittat in inferiorem fundum, quam fluere natura
 soleat, mittens sine ullo consilio modove aquarum fluen- D
 tiam. Et hic plane locus Platonis expressus est in d. §. item
 sciendum. Et multa quoque alia auctores nostri ex Platone
 mutuati sunt, edictum ædilitium totum sumptum est ex
 Platone, & interdicta pleraque. Sequitur in §. sequi. locum
 non esse huic actioni, si aquarum confligium, sive concursus
 in agro tuo locum excavarit, fossamque fecerit, quæ reci-
 piat magnam vim aquarum, unde vicini metuant sibi à re-
 stagnatione: non, inquam, esse locum huic actioni, quia fos-
 sam ejusmodi natura fecit, non manus hominum. Alia est
 ratio fossæ manu factæ, alia naturalis fossæ. Nam subjicit
 statim, si fossa jure facta sit, ut si quis in suo duxerit fossam
 agri sui siccandi causa, etiamsi ejus fossæ memoria non ex-
 stet, quamvis de ea replenda, sive obsecanda agi non possit,
 propterea quod remota est à memoria hominum, tamen
 de ea reficienda, & purganda hoc iudicio agi potest, ut di-
 ctum est in §. 1. & §. Cassius, & §. apud Atejum, de naturali E
 fossa reficienda agi non potest: de factitia agi potest. Nunc
 restat tantum §. pen. cujus sententia hæc est.

Ad §. penult. & ult. Si vicinus flumen, aut torrentem
 averterit, qui populabatur, & sternebat agrum suum,
 ut ille ait, *sata lata boumque laborem*; si, inquam, eum aver-
 terit forte ducto muro, vel maceria in agro suo, vel aggere
 facto, ne aqua ad se perveniret: hocque modo sit effectum,
 ut vicino noceat, non posse cum eo, qui flumen, vel torren-
 tem à se repulit, agi aquæ pluviae arcendæ. Nam & qui ma-
 ceriam in agro suo ducit, aquam arcet, ne influat scilicet in
 suum agrum. Arcere est curare, ne aqua influat, quod & ipse

jure facit, ne scilicet influat in suum tanta vis aquæ, quam
 solent rapidi amnes, torrentesque adferre. Ac præterea id
 non facit hoc animo, ut vicino aqua noceat, sed ut non sibi
 noceat, & (ut idem Lab. ait, ex quo id proponitur in hoc §.
 pen. & in l. 2. §. idem Lab. scribit, ne quid in loco publ.) id non
 facit hoc animo, ut aquam immittat in agrum vicini, sed ut
 non recipiat in suo. Sipientis patrisfamil. est suum agrum
 munire adversus vim torrentium, & fluminum. Demosthe-
 nes in oratione contra Calliclem, qua & hanc ipsam rem
 tuetur, τὴν τὸν περὶ τὸν τὰ εἰαυτῶν σαρφοειδὴν ἡγοῦμαι: eum,
 qui prædia sua munit sapere arbitror: sapere prædia sua, sapa-
 re est. Et ita est explicanda sententia §. pen. Verum tria sunt,
 quæ ei objiciuntur: primum l. 1. §. Neratius, h. t. quæ aquæ
 pluviae arcendæ ait, teneri eum, qui opere manufacto aquam
 avertit, aquam excludit, quæ exundante palude proxima in
 agrum suum reflere solebat, videlicet, si eo opere aqua re-
 pulsa agro vicini nocitura sit: teneri, inquam, hac actione in
 hoc, ut aquam restituat. Quod est in Basil. εἰς τὴν ἀπορροῦν
 νομῆν ἐξ ὄψεσθαι, ut aquam suo prisino cursui, & canali resti-
 tuat. Ita est. Verum hoc nihil obstat sententiæ hujus §. pen.
 quia non de vi, & impetu tumidi fluminis, aut torrentis re-
 pellendo ibi agitur, sed de aqua pluvia, sive de aqua palustri,
 quam aqua pluvia majorem fecit, quæ & ipsa habetur pro
 aqua pluvia, pro aqua Joviali: hanc propellere non licet cum
 detrimento vicini, & contra morem naturalis fluentis, & in-
 crescentis aquæ. Et tantum abest, ut §. Neratius pugnet cum
 hoc §. pen. ut Harmenopolus 2. epitomar. tit. περὶ ὑδάτων
 utriusque §. sententiam conjunxerit, differentiæ scilicet ex opo-
 sitione ipsa demonstrandæ gratia. Non obstat etiam l. 23.
 §. 1. h. t. ubi eum, qui aggerem fecerit in agro suo fluminis
 repellendi, & avertendi causa, etiamsi ex eo opere noceatur
 iis, qui trans flumen sunt, dicitur, eum teneri actione aquæ
 pluviae arcendæ, ut scilicet aggerem tollat, aut tolli sinat. Idque
 ibi traditur ex Sabino, ut inscriptio demonstrat. Sed addit
 Pauli nota hujusmodi, quæ tollit objectionem. Hæc sunt
 verba Pauli, ita si memoria eorum exstet, & si fieri non debue-
 rit: ita scilicet veram esse sententiam Sabini, si memoria aggeris
 exstet. Nam si memoria aggeris non exstet, de eo resti-
 tuendo agi non posse, §. Cassius, sup. & si agger, vel aggeres,
 inquit, fieri non debuerint. Ita vera est sententia Sabini: si
 aggeres fieri non debuerint, ut puta si aggeres vicinus fe-
 cerit contra naturam locorum, aut vetustum morem, aut
 contra servitutem fundo proximo debitam, hoc animo solo,
 ut vicino officeret. Quod etiam est exceptum nominatim
 in hoc §. pen. cui etiam nihil obstat l. 2. §. idem Labeo scri-
 bit, ne quid in loco publico, ubi si ex opere, quod quis in suo
 faciat, aqua in via publica collecta, restagnat, aut corrivetur
 in fundum vicinum, Neratius contra Labeonem ait, eum
 teneri interdicto ne quid in loco publico. At breviter non lo-
 quitur ille §. de hac actione, quæ privata est, id est, quæ
 competit soli domino agri, cui aqua pluvia nocet, sed lo-
 quitur de interdicto illo, quod popolare est, & patet omni-
 bus. Ac præterea non ibi de flumine agitur, aut torrente,
 sed de aqua pluvia in via publica collecta per causam ope-
 ris ab eo facti in agro suo. Sequitur lex §.

Ad L. V. eod. Si colonus insciente domino opus fecerit, ex quo
 aqua vicino noceat: Labeo respondit, colonum interdicto, quod
 vi, aut clam teneri: dominum vero fundi aquæ pluviae arcen-
 dæ actione, quia is solus restituere opus potest. Sed patientiam
 duntaxat eum præstare debere, si ei damni infecti stipulatio-
 ne caveatur, & si quam impensam in restitutione operis fe-
 cerit, consecuturum à colono locati actione. Nisi si quis ideo
 non puet, quoniam non fuerit necesse ipsum restituere. Sed si
 jussu domini fecisset, etiam interdicto dominum teneri.

Sciendum hanc actionem de aqua pluvia arcenda dari
 soli domino agri, cui aqua opere manufacto nocet,
 aut nocitura est: & similiter in solum dominum, qui in suo
 opus facit, quo aqua pluvia vicino noceat. Et hoc ostendunt
 in hoc titulo multæ leges, l. 3. §. penult. & §. ult. leg. 4.
 in princ. & §. pen. l. 6. §. si quis, l. 14. in princip. l. 18. l. 22. Item-
 que in titulo de action. empti l. Julianus, §. si fructus. Ex quo
 sequitur si colonus ignorante domino opus fecerit, ex quo
 aqua

aqua pluvia vicino noceat, quia colonus dominus fundi non est: neque enim locatio solet mutare dominium, *l. non solet, locati*, eum non teneri actione aquæ pluviae arcendæ, sed teneri interdicto, quod vi, aut clam, ut patientiam, & impensam præstet tollendi operis. Dominus vero fundi, in quo colonus opus illud fecit, tenetur actione aquæ pluviae arcendæ, etiam si ipse opus non fecerit, aut ignoravit fieri à colono: quia illud opus, quod colonus fecit, jure soli ad eum pertinet: quia superficies cedit solo, ad eum quoque solum pertinet ejus operis restitutio, aut patientia restituendi ejus. Nam, & qui alium patitur restituere, ipse videtur restituere. Et ideo cum ejus operis dominus sit, solus ipse tenetur actione pluviae arcendæ, non colonus. Verum hoc iudicio, quia non ipse fecit, sed tantum factum habet, nihil amplius, quam patientiam restituendi operis dominus præstare debet, si modo is, qui opus restituere, & tollere parat, ei caveat damni infecti, si quod videlicet ex ea restitutione fundo ejus, aut fructibus acciderit, ut in *l. proxim. §. penult. supr.* Dominus ergo tenetur hac actione aquæ pluviae arcendæ, ut patientiam tantum præstet, non impensam restituendi operis. Colonus autem tenetur interdicto, quod vi, aut clam, ut etiam impensam præstet, factam in restituendo opere, & damnum quod ex ea re datum fuerit. Quam sententiam, sive differentiam inter colonum, & dominum, id est, locatorem, inter hanc actionem, & interdictum, quod, vi aut clam, Paulus hoc loco attribuit Labeoni. Lex *proxim. §. penult.* eam Juliano attribuit, quia Julianus ipse, licet fuerit diversæ scholæ, Labeonis sententiam approbat: Quæ & in procuratore servatur eodem modo, qui opus fecit insciente domino, ut *leg. proxim. §. penult.* At quæritur, quid sit dicendum, si locator conventus actione aquæ pluviae arcendæ ultro, cum non posset cogi, suis sumptibus opus restituerit, an sumptus à colono poterit recuperare actione locati? Quod Labeo existimavit. Sed corrigit eum Paulus in extremo hujus *leg. §.* his verbis: *nisi si quis ideo non putet*, locatorem scilicet impensam, quam ultro fecit, consequi posse actione locati à colono, *quoniam non fuerit necesse ipsum restituere.* Quæ ratio rectissima est. Habet enim colonus, quod imputet locatori, qui impensam fecit, quam facere non habuit necesse, quia patientiam tantum præstare debet, non impensam. Hac ratione nulla est melior. Nec enim hæc ratio pertinet ad causam locationis. Hoc imputat colonus stultitiæ locatoris, quod impensam fecerit, quam facere non debuit. Non etiam hanc impensam colono reputabit locator iudicio locati, ad quod ea res nihil pertinet. Nec datur etiam temere locatori actio negotiorum gestorum, quia nec forte locator habuit animum gerendi negotii ipsius coloni: aut forte coloni interest, non temere eam impensam suo nomine fieri. Quo casu cessat actio negotiorum gestorum, si tu solvisti impensam, quam ego debebam, atque ita si me liberaris, non semper tibi in me competit actio negot. gestor. Non sane si mea intererat eam pecuniam non solvi, *l. cum pecuniam, de neg. gest.* Hæc vero, quæ proposita sunt hæctenus in hac *l. §.* locum habent, si colonus insciente, & ignorante domino opus fecerit. Nam si opus fecerit sciente domino, dominus ipse opus fecisse videtur, atque adeo tenetur interdicto, quod vi, aut clam, vel actione aquæ pluviae arcendæ, ut impensam præstet restituendi operis, *l. denique, §. pen. & ult. quod vi, aut clam.* Concurrunt actio aquæ pluviae arcendæ cum interdicto, quod vi, aut clam, *l. 1. in fine, l. 2. §. item Varus, in fine, h. t.*

Ad L. XIV. eod. *Antæus ait, si is, qui opus fecerit, potentiori vendiderit prædium, quatenus deserit dominus esse, agendum cum eo, quod vi, aut clam, quod si annus præterierit, de dolo iudicium dandum.*

Ad §. Cum igitur aquæ pluviae arcendæ, de facto, quod nocet, quæritur. Ideoque si vitio loci pars aliqua soli subsedit, quamvis per eam causam aqua pluvia inferiori noceat, nulla competit actio. Idem fortasse dicitur, si in agro mansuetum aliquid subsederit.

Ad §. In hoc iudicium, sicut in damni infecti, futurum damnum venit: cum reliquis fere omnibus iudiciis præteritum præstetur.

Ad §. De eo, quod ante datum est, quod vi, aut clam agendum est: de eo, quod post sententiam iudicis futurum est, damni infecti caveri oportet: vel ita opus restituendum est, ut nullum periculum damni superfit.

Ad §. De eo opere, quod post litem contestatam factum est, novo iudicio agendum est.

Quod didicimus ex *l. §. de aq. & aqu. pluv. arc.* actionem aquæ pluv. arcendæ soli domino, & in solum dominum dari, id quoniam confirmatur initio legis *14. eod. tit.* non abs re fecero, si ei subjunxero nunc interpretationem illius *l. 14.* Si is, qui opus fecit in fundo suo, quo aqua pluvia vicino quandoque nocitura sit, eum fundum alii vendiderit, & tradiderit, priusquam cum eo ageretur aquæ pluviae arcendæ: quia dominus esse desiit fundi, de quo actio illa competebat, jam non tenetur amplius actione aquæ pluviae arcendæ, sed tenetur interdicto, quod vi, aut clam intra annum utilem, de damno, quod datum erit, & de impensam ad opus faciendum restituendum ab actore factis. Et hoc proponitur in *l. 13.* quæ præcedit. Et plane ita res habet, ut ibi proponitur, si cui fundum suum vendiderit ejusdem urbis, & provinciæ homini sine dolo malo. Sed si dolo malo eum fundum, non ejusdem fortis, sed potentiori vendiderit, ut vicino opponeret potentiorum adversarium, ut molestum adversarium pro se subjiceret: hoc casu intra annum utilem tenetur actione in factum, quod iudicii mutandi causa factum erit, vel quod iudicii evitandi, quod condemnationis evitandæ causa factum alienaverit. Quod constat ex *l. 3. §. item si locum, de alien. jud. mut. caus. & ex l. 16. in fi. h. t.* quæ lex *16.* etiam ait, solvi iudicium etiam aquæ pluviae arcendæ, coeptum cum eo, qui in fundo suo opus fecit, quo aqua pluvia vicino quandoque nocitura sit: solvi, inquam, coeptum cum eo iudicium de aqua pluvia coercenda, si is initio litis, cum agebatur, in ipso agendi articulo, cum agebatur, ut ait, *l. 4. §. Prædium, de alien. jud. mut. caus. fact.* si is reus, inquam, quum agebatur in eum aquæ pluviae arcendæ ante damnum datum, ut proponitur in *l. 16.* id est, antequam aqua pluvia noceret, fundum suum potentiori vendiderit, & tradiderit, tum, vel statim agi cum emptore aquæ pluviae arcendæ quasi domino, cum fundus ei traditus sit à domino, hæctenus tamen, ut patiat id opus tolli, non etiam tollat ipse suis sumptibus, vel etiam agi in venditorem actione in factum, quod iudicii mutandi causa factum sit: recte dixi, quod & proponitur in *l. 16.* si reus ante damnum datum fundum suum alienavit. Nam si à reo suscepto iudicio aquæ pluviae arcendæ, & lite jam contestata damnum contigerit ante alienationem fundi, deinde fundum pendente adhuc iudicio potentiori vendiderit, atque ita, si post litem contestatam, & post damnum datum fundum alienaverit, quæ alienatio valet, quia non fundus fuit litigiosus, sed causa tantum operis in eo facti, hoc casu iudicium non solvitur, iudicium manet, & perseverat, *l. 4. §. 1. hoc titulo.* Et in eo non tantum restitutio operis, litisve æstimatio, id est, præstatio quanti ea res est, venit, sed etiam præteritum damnum, id est, damnum, quod ante alienationem post litem contestatam contigit, ut habent Florentiæ, pro contingit. Et sic omnino legendum est in fine illius §. legis *4.* Et damni rationem venire etiam ejus, quod alienationem contingit. Sic est scriptum Florentiæ, sed deest particula ante, quod ante alienationem contingit, id est, contingit. Quanquam & id quoque damnum venire certissimum sit, quod contingit post alienationem ante sententiam arbitri aquæ pluviae arcendæ, *leg. 6. §. officium, l. 16. hoc titulo.* At his, quæ diximus de danda in venditorem actione, quod iudicii mutandi causa, qui fundum suum potentiori alienavit, vel antequam secum ageretur aquæ pluviae arcendæ, vel postea pendente iudicio, pendente arbitrio, adversatur omnimodo id, quod est initio hujus legis *14.* ex Antæo, vel potius Atejo Jcto. eum, qui opus fecerit in suo, quo aqua pluvia vicino noceat, & mox fundum potentiori vendiderit, & tradiderit, scilicet, quia defuerit esse dominus, non teneri quidem actione aquæ pluviae arcendæ, sed teneri interdicto, quod vi, aut clam: non dicit, eum teneri actione, quod iudicii mutandi causa, quod

suppe-

superiores leges dicunt tamen, sed teneri interdictione quod vi, aut clam, ac si cuilibet alii humiliori, & impotentiori vendidisset. Quod utique videtur dici posse, si dolo malo vendiderit, & tradiderit, si dolo malo desierit possidere opus, quod fecerat. Nam & in eum, qui opus vi, aut clam factum dolo malo desit possidere, competit interdictione quod vi, aut clam, *leg. semper, §. eum autem, quod vi, aut clam.* Tenetur, inquam, interdictione quod vi, aut clam, non quidem directe, quia opus non possidet, sed utili, perinde ac si possideret sitio iudicio. Atqui ubi alius certus est possessor rei, qua de agitur, & defensor idoneus, cum quo agi, & peragi iudicium possit, nemo invitus, qui desierit possidere quasi possessor utile iudicium patitur, sed tunc duntaxat, quum ejus rei nullus est possessor certus. Quod aperte ostenditur in l. 3. §. ultim. de alien. jud. mut. cau. l. de illo, & l. sequ. de noxal. alt. l. etiam, §. ultim. de petit. hereditatis. Atquin in specie propolita, emptor fundi est operis possessor certus, cum quo statim agi potest de aqua pluvia arcenda, ut ait l. 16. Ergo invitus venditor non patitur, vel excipit utile interdictione, quod vi, aut clam. Denique huic interdictione non est locus. Neque enim recte dicitur locus esse iudicio, quod non redditur in invitum: sed neque volens etiam patitur, vel excipit utile interdictione, quod vi, aut clam, quod potentiori vendiderit, sed quod vendiderit simpliciter. Quamobrem, vel id necessario exigente verbo *potentiori*, quod est in hac leg. quod nihil omnino facit ad interdictione, quod vi, aut clam, & proprie facit ad actionem, quod iudicii mutandi causa, vel id, inquam, hoc solo verbo flagitante, jam pridem docui hoc loco esse legendum: *agendum cum eo, quod iudicii mutandi causa.* Quæ actio, quia finitur anno utili, l. 16. l. vel post annum, de al. jud. mut. caus. ideo subjicit in hac lege si annus utilis, præterierit dolo malo adversarii, quod necessario supplendum est ex l. 1. *Sedem Pomponius refert, de dolo*, tum de dolo iudicium dandum esse. Quod ab eo quidem tempore incipit, quo dolo adversarii præterit dies actionis, quod iudicii mutandi causa. Et hoc jure, quod obtinuit ante Constantinum Imperatorem etiam iudicium de dolo finitur anno utili. Nulla potest excogitari ex jure, vel trahi hujus rei interpretatio certior. Transeamus ad reliqua.

AD §. 1. & seq. In §. 1. hujus legis 14. ostenditur, in hac actionem venire aquam pluviam manu nocentem, ut Cicero loquitur in Topicis, id est, nocitura est opere manufacto. Manus pro opere manufacto, ut 2. de legibus, *mentem pietatem, virtutem, fidem consecrari manu, quarum omnium,* D inquit, *Romæ publice templa dedicata sunt.* Et 2. Georg.

Quot congesta manu prærupis oppida saxis:

Aquam autem natura, aut loci vitio nocentem in hoc iudicium non venire, ut l. 1. *supr.* Et ideo si pars aliqua soli, vel etiam ut est in Basil. si opus aliquod in agro manufactum subsederit, *χάσματος γινόμενα*, ut est in Basil. *facto hiatu terre, aut voraginis*, quod Poetæ vocant *Ostium Acherontis, aut servi diis spiraculum*, quamvis per cam causam, quod solum subsederit, aqua pluv. inferior vicino noceat, hæc actio cessat, quia aqua illa non manu nocet, sed naturaliter, & loci vitio. In §. seq. ostenditur hoc iudicium aquæ pluv. arcendæ, esse de damno futuro, sicut iudicium damni infecti, non de damno præterito, & in hoc convenire utrumque iudicium, quamquam id in iudicio damni infecti ita sit distinguendum, ut de damno futuro competat, & detur stipulatio damni infecti, cæterum ex ea non agatur, antequam damnum datum factumve sit. Qua in re aliquatenus distant inter se: nam actio aquæ pluv. arcendæ statim atque factum est opus, quo aqua pluvia quandoque vicino nocitura sit, etiamsi nondum nocuerit, agi potest de aqua pluvia coercenda. Et distant etiam in aliis plerisque. Hæc actio habet tantum locum in agris, actio damni infecti in urbe etiam: imo frequentius in urbe, l. 1. *§. item sciendum, hoc tit.* Hæc actio datur soli domino, illa etiam non domino, ei cujus periculo res est, in l. 18. *in prin. sup. tit. prox.* Et postremo hæc est legitima, illa prætoriam: in hoc iudicium, inquit, sicut in damni infecti futurum damnum venit: Sequitur: *Cum in reliquis sere omnibus iudiciis præteritum præstetur.* Reliqua iudicia, in

quibus damni ratio habetur, pertinent ad faciendam damna, quæ jam contigerunt, ut ait l. 7. *§. hoc interdictione, supr. tit. prox.* veluti iudicium legis Aquiliæ, iudicium servi corrupti, iudicium de dejectis, & effusis, iudicium ex edicto nautæ, caupones, stab. & alia pleraque. Ergo iudicio aquæ pluv. arcendæ non agitur de damno præterito, de damno jam facto, sed de ea re agitur interdictione, quod vi, aut clam, quod etiam est de damno præterito. Id tamen damnum, quod post litem contestatam iudicio aquæ pluv. arcendæ ante sententiam iudicis contingit, proculdubio in hanc actionem venit, l. 6. *§. officium, l. 6. hoc tit. & in l. 14. §. 1. hoc tit.* quam supra exposui, quum ait, *in iudicio aquæ pluv. arcendæ agi de damno præterito*, id est, de eo, quod contigit ante alienationem fundi, in quo opus factum est, post litem contestatam tamen, ut ibi glossa recte interpretatur. Ut autem ostenditur in his, quæ sequuntur in hac lege de damno, quod futurum est, quodve futurum veremur post sententiam arbitri aquæ pluv. arcendæ, arbiter nihil pronuntiat, sed de eo est cavendum damni infecti, vel ut ait, ita ex sententia iudicis opus restituendum est, ut nullum periculum, nulla spes damni superfit. Postremo additur, *de opere facto post litem contestatam iudicio aquæ pluv. arcendæ*: contestatam scilicet de opere ante facto: post litem igitur contestatam, iudicio aquæ pluv. arcendæ, de opere jam facto, de opere novo, quod post litem contestatam factum erit, nova actione aquæ pluv. arcendæ agendum esse, quia non potest videri in iudicium venisse id, quod post litem contestatam accidit. Et omnino ita est, l. non potest, de iudiciis, cap. abbate, de sententiis, & re judic. lib. 6. nisi scilicet per consequentiam ejus operis, quod in iudicium deductum est: vel ut ait l. 15. si id opus quod antecessit, tolli non possit sine eo, quod factum est post litem contestatam. Sequitur l. 9. & l. 11. *hoc tit.*

Ad L. IX. cod. *In diem additio prædio, & emptoris, & venditoris voluntas exquirenda est: ut si remanserit penes emptorem, si ve recesserit: certum sit, voluntate domini factam aquæ cessionem.*

Ad §. Ideo autem voluntas exigitur, ne dominus ignorans injuriam accipiat. Nullam enim potest videri injuriam accipere, qui semel voluit.

Ad §. Non autem solius ejus, ad quem jus aquæ pertinebit, voluntas exigitur in aquæ cessione: sed etiam domini locorum, etsi dominus nisi ea aqua non possit: quia recidere jus solidum ad eum potest.

Non omnia absolvi, quæ Paulus tradidit de actione aquæ pluv. arcendæ in hoc lib. 49. nec absolvam jam, quoniam hæc cogor paulisper intermittere, ut expediam ea, quæ interposuit Paulus hoc libro de servitutibus aquæ in l. 9. & l. 11. *in princip. & in l. 10. de servit. rustic. præd.* quibus explicatis resumam actionem aquæ pluv. arcendæ. Quæmadmodum autem titulus, ita & hic liber 49. qui proculdubio eundem titulum habuit, non tantum est de actione aquæ pluv. arcendæ, sed etiam de aqua, id est, de servitute aquæ ducendæ, vel hauriendæ, vel immitendæ, prædio vicino, aut personæ concessa, & consequenter de actione confessoria, quæ datur domino, qui servitute sibi competere contendit, & de negatoria, quæ domino datur, qui negat se debere servitute. Et jam de servitute aquæ immittendæ, quæ perimit actionem aquæ pluv. arcendæ, habuimus *sup. §. ult. leg. 2.* Nunc dabimus primum l. 9. hujus tituli, quæ est de servitute aquæ ducendæ, in qua servitute consequenda, lex 8. quæ præcedit docet, non tantum voluntatem ejus exquiri, qui dominus est loci, in quo aqua oritur, qui dominus est fontis, vel putei: sed etiam ejus, ad quem usus, non proprietas aquæ pertinet, id est, cui aquæ ducendæ servitus realis, vel personalis debetur. Quod l. 4. C. *de servit. & aqua*, ait esse ex edicto prætoris. Quamobrem in *leg. seq. 10.* quæ hac eadem de re est prætoris mentio. Quod ibi glossa non animadvertit. Neque vero hujus edicti sententia utilitatis, seu æquitatis ratione caret. Nam possunt ejusdem aquagii plures esse rivales, l. 1. *§. si inter rivales, l. 3. §. pen. l. 4. de aqua*

aqua quos. Pluribus scilicet separatim per eundem locum aquæ ductus, vel aquæ haustus concedi potest, si aqua sufficiens sit, ut ait, *lex 2. de servit. rust. præd.* Sed is, cui posteriori conceditur jus, aut usus aquæ, voluntatem prioris, cui idem jus ante concessum est, habere debet, ne quid ei de jure, quod is habet, minuat, vel detrahat sine ejus voluntate. Suarum utilitatum quisque optimus arbiter est, & gravissimum cujusque judicium de suis commodis, quod nec insuperhaberi par est. Unde, quæ est species hujus legis 9. Si quis fundum emptori addiderit in diem, id est, ea lege, ut si quis intra mensem, verbi gratia, pretio superadjecerit, fundus à priori emptore recedat, & ad venditorem redeat, à quo mox addicatur posteriori emptori, qui fundum pluris licitus est: Paulus ait in hac leg. 9. interim in concedenda alii per eum fundum servitute aquæ ductus, & emptoris prioris, & venditoris voluntatem exquirendam esse, ut si fundus manserit penes emptorem priorem, nemine pretio superadjudicante, si ab eo recesserit, & ad venditorem redierit, certum sit, voluntate domini hujus, vel illius factam esse aquæ cessionem, hoc ideo, ne qua domino ignoranti fiat injuria. Ignoranti fit injuria, non scienti, & volenti. Et vero semel voluisse satis est: nullam enim, inquit, potest videri injuriam accipere, qui semel voluit. Et rursus nihil interest voluntas domini præcedat, an subsequatur aquæ ductionem, *l. seq. 10.* Et hæc sunt, quæ pertinent, & continentur in priori parte legis 9. Venio ad posteriorem. Quod in *l. prox. sup. dixi*, non tantum domini locorum voluntatem exigi in concedendo jure, vel usu aquæ ducendæ, sed etiam ejus, ad quem usus aquæ pertinet id in posteriori parte hujus legis Paulus refert contraria ratione, nempe hoc modo: non ejus tantum voluntatem exigi, aut spectari ad quem jus, id est, usus aquæ pertinet, sed etiam voluntatem domini locorum, ut scilicet addat: domini locorum voluntatem exigi, etiam si tota aqua alii cesserit, ita ut ipse ea aqua uti nullo modo possit, quoniam usus aquæ personalis est. Usus aquæ servitus personalis est, quæ cum persona extinguitur, nec transmittitur in heredem, *l. penul. de servit. rust. præd.* Et ideo mortuo usufructuario, usus aquæ ducendæ ad dominum locorum recidere, & proprietati consolidari potest. Et ideo exigitur consensus domini locorum. Quamvis tunc aqua uti non possit, quia, ut dixi, usus ejus aquæ ad eum recidere, & proprietati consolidari potest, quia, inquit, recidere jus solidum ad eum potest. Consolidatio hoc loco significatur his verbis, *jus solidum*, sicut, in *l. Sempronius, de usufr. leg.* his verbis, *solidam proprietatem*: & in *l. à libert. de bon. libert.* his verbis, *solidam partem*. Et Florentini hoc loco scriptum habent, *recidere*, pro *recidere*, ut illo loco Ovid. de remed. amor.

Reccidit, ut cupidos inter devenit amantes,

Et quæ considerant, tela resumpsit amor:

Cesellius vetus Grammaticus apud Cassiodorum, *re*, præpositio, inquit, nonnunquam, quum ad consonantes accedit geminat illas, quod plerumque est apud antiquos, *Duco, redduco cado, reccido.* Hæc Cesellius. Huic vero legi conjungam legem 10. de servit. rustic. præd. quæ est ex hoc lib.

Ad L.X. de Serv. rust. præd. *Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quærere, & inventam ducere liceat. Nam si liceat, nondum ædificato ædificio servitutem constituere: quare non æque liceat, nondum inventa aqua eandem constituere servitutem. Et si, ut quærere liceat, cedere possumus: etiam ut inventa ducatur cedi potest.*

Docet in hac lege, talem servitutem constitui posse, ut mihi in tuo fundo aquam quærere, & inventam in meum fundum ducere liceat. Quod etiam est proditum in *l. ult. si servit. vind.* Et hoc loco comprobatur argumento ducto à servitute urbana ad servitutem rusticam. Nam si futuro ædificio, quod nondum est, servitutem constituere licet, veluti tigni immittendi, aut stillicidii recipiendi, quare non æque liceat, nondum inventa aqua constituere servitutem aquæ ducendæ? Nihil est facilius. Et futuro ædificio constitui posse servitutem docet *l. 23. §. ult. de servit. urban. præd.* Nunc transeamus ad *l. 11.*

Ad L.XI. de Aq. plu. arc. *Supra iter alienum arcus aquæ ducendæ causa non jure fiet. Nec is, cui iter, actus debetur, pontem, qua possit ire agere, jure extruet. At si specus, non cuniculum sub rivo aget, aqua corrumpetur: quia suffosso eo aqua manebit, & rivus siccatur.*

Ad §. *Callius ait: si ex communi fundo, sive communi aqua noceat, vel unum cum uno agere posse, vel unum separatim cum singulis, vel separatim singulos cum uno, vel singulos cum singulis. Si uno agerit, & restitutio operis, litisque æstimatio facta sit, cæterorum actionem evanescere. Item si cum uno actum sit, & si præstiterit, cæteros liberari. Idque quod sociorum nomine datum sit, per arbitrium communi dividendo recuperari posse, & ex sociis non utique cum eo agendum, qui opus fecerit: nec minus eum quoque damnum restituere debere, qui auctor operis fuit.*

Ad §. *Apud Ferocem Proculus ait, si cum uno dominorum actum sit, qui opus non fecerit, debere eum opus restituere sua impensa: quia communi dividendo actionem habet. Sed sibi magis placere, patientiam duntaxat eum prestare oportere, quia sua culpa actor id patiatur, qui non agit cum eo, à quo opus factum sit. Et est iniquum, eum, qui non fecit, id restituere oportere, quoniam communi dividendo agere potest: quid enim fiet, si socius ejus solvendo non fuerit?*

Ad §. *Officium autem judicis inter duos accepti quale futurum sit, dubitare se, Julianus ait: si forte unius fundus fuerit, cui aqua noceat. Si vero, in quo opus factum sit plurimum, & cum eo uno eorum agatur: utrum & ejus damni nomine, quod post litem contestatam datum sit, & operis non restituit in solidum condemnationem fieri debeat: quemadmodum cum servi communis nomine noxali judicio cum uno agitur, condemnatio in solidum fiet, quoniam, quod præstiterit, potest à socio recipere: an vero is, cum quo agitur, pro parte sua, & damni dati, & operis non restituti nomine damnandus sit: ut in actione damni infecti fiat, cum ejus prædii, ex quo damnum metuatur, plures domini sint, & cum uno eorum agatur: licet opus, ex quo damnum futurum sit, individuum sit, & ipse ædes, solumque earum non potest pro parte duntaxat damnum dare: nihilominus eum, cum quo agitur, pro sua parte condemnari, magisque existimat, id servandum in aquæ pluvie arcendæ actione, quod in actione damni infecti: quia utrobique non de præterito, sed de futuro damno agitur.*

Ad §. *Quod si is fundus, cui aqua pluvia nocet, plurimum sit: agere quidem vel singulos posse: sed damni, quod post litem contestatam datum sit, non amplius parte sua consecuturum: Item, si opus restitutum non fuerit, non amplius, quam quod pro parte eorum interfuerit, opus restitui, condemnationem fieri oportere.*

Ad §. *Si ex privato agro in agrum communem aqua immittatur: Ofilius ait, socium cum eo agere posse.*

Ad §. *Trebatius existimat, si de eo opere agatur, quod manserit factum sit: omnimodo restituendum id esse ab eo, cum quo agitur: si vero vi fluminis ager delatus sit, aut glareæ injecta, aut fossa limo repleta; tunc patientiam duntaxat præstandam.*

Hujus legis principium est etiam de servitutibus aquæ, per quem locum iter alii cesserit, an & per eundem alii aquæ ductum cedere possum? Minime, *l. 14. de serv. rust. præd.* quia deterius iter facerem. Sed neque supra eundem locum, per quem iter alii cessi, ut initio hujus legis ostenditur, possum alii aquæ ductum cedere, puta ut opere arcuato, ut arcu, aut ponte supra iter alienum ædificato, per eum arcum, vel pontem alii aquam ducere liceat, hoc non potest fieri, quia deterius iter sit. Sicut de via publica dicitur in *leg. 2. §. Scio tractatum, ne quid in loc. public. per viam publicam, quod significat etiam super viam publicam, jure specum, aut pontem non fieri, quia, ut ait, deteriore viam publicam fieri non oportet. Et ita quoque ex contrario, si alii prius aquæ ductum cesserit, deinde alii iter, vel actum per eundem locum, vel supra eundem locum ponte exædificato, qua potest agere, cedere non possum. Aut quod initio hujus legis sequentibus verbis, *nec is, cui iter, vel actus debetur, significatur, si cui iter, vel actum de-**

debeam, is pontem, qua possit ire agere, jure extruere non potest supra rivum alienum, scilicet, hoc est supplendum, quo aquam ducit servitutis jure: quia & id facere non potest sine incommodo ejus, cui aquæ ductus debetur. Verum an sub rivo alieno poterit specus quis, aut cuniculum facere, eundi agendi causa: Paulus ait, *Specus in neutro genere, ut Virgil.*

Hic specus horrendum...

Idem differentiam facit inter *specus*, & *cuniculum*, si quidem ita legatur, *at si specus, non cuniculum sub rivo ager.* Quod non est rectum. Nihil enim aliud specus, quam cuniculus subterraneus: vel ut Seneca ait 6. natur. quæst. *Locus vacuus sub terra.* Et plane idem esse specum, & cuniculum Curtius Rufus significat lib. 4. his verbis, *agi cuniculos jussit, nec saxa, cotesque, quæ interpellent specus, obstabant.* Et lib. 9. *urbem, inquit, cuniculo cepis, quod barbaris simile monstrum visum est, quippe in media urbe armati terra exhibant, nullo suffossi specus ante vestigio facti.* Quod cuniculum dixit initio, postea vocat specus. Ergo utrumque nomen idem potest. Itaque jam pridem ostendi *obs. 16. cap. 17.* hoc loco sublata negatione esse legendum, *at si specus, addita subdistinctione, sive hemicyclo (scilicet) at si specus: cuniculum sub rivo ager, ut sit connexio duarum vocum idem significantium, quæ figura Græcis παροχθηλιος, & est in his libris frequentissima.* Ergo, ut sentit Paulus hoc loco, sub rivo alieno specus, aut cuniculum agere non licet, quia eo subfosso aqua aliena corrumpitur, aut manat, aut manalis fit, ut veteres dicebant *Manalem fontem*, & rivus siccat. Cætera, quæ sunt in hac lege 11. & sunt fat multa, sunt de actione aquæ pluvie arcendæ, de qua exponendum est quod est In §. 1.

Ad §. Cassius ait. Si ex communi fundo, plurium opere, manufacto, decurrens aqua pluvia fundo vicino noceat, vel si fundo plurium communi noceatur, ait unum ex dominis fundi communis, cui aqua pluvia nocet, cum uno ex dominis fundi, ex quo aqua pluvia nocet, agere posse aquæ pluvie arcendæ, vel unum cum omnibus, aut separatim cum singulis, vel omnes simul, aut separatim singulos cum uno, aut singulos cum singulis: & si quidem unus egerit de opere restituendo hoc judicio, de aqua pluvia arcenda, qua de re, ut in solidum agat necesse est, tam pro sua, quam pro sociorum parte, aqua operis restitutio individua est, restitutio operis, sive demolitio in partes scindi non potest, l. 4. §. ult. de verb. oblig. l. stipulatio, §. ult. de novi operis nunt. & §. officium, inf. in hac l. Si igitur unus ex dominis fundi, cui noceatur, egerit aquæ pluvie arcendæ, & opus restitutum fuerit, opus scilicet totum, quia nec restitui potest pro parte, facta sunt individua: litis autem æstimationem, id est, æstimationem damni contingentis post litem contestatam, quæ in partes dividi potest, pro sua tantum parte consecutus fuerit, quia nec potuit in solidum, ut §. quod si is fundus, inf. in hac lege, quamvis partem tantum æstimationis consecutus fuerit, opus vero totum restituere, aut restitui curaverit, cæterorum sociorum actio perimitur: Optima ratione, quia nec de opere restituendo agere possunt, quod jam totum restitutum est, nec de damno præterito, quod scilicet contigit, antequam ipsi agerent, post litem ab uno ex sociis contestatam. Et hæc actio non datur de damno præterito, id est, quod contigit antequam ageres, sed de eo quod contigit, posteaquam egerit. Necesse igitur est, ut dicamus, cæteris competere interdictum, quod vi, aut clam, quod est de damno præterito, sed non actionem aquæ pluvie arcendæ, quæ de damno futuro tantum est, ut docuimus nudius tertius l. 14. Sed si quando unus ex sociis fundi, cui nocetur, egerit aquæ pluvie arcendæ, si opus restitutum non sit, si reus noluerit opus restituere, hoc casu actor pro sua parte consequitur tantum, quanti sua interest opus restitui, ut d. §. quod si is fundus, et l. 6. §. 1. h. t. At tum sane reliquis integra est eadem actio, quatenus eorum etiam interest pro rata opus restitui. Et hæc, si unus ex sociis egerit aquæ pluvie arcendæ. Sed ex diverso, si cum uno ex sociis fundi communis, ex quo aqua pluvia vicino nocet, actum sit aquæ pluvie arcendæ, & is præsti-

Tom. II. Post.

terit, ut ait, id est, totum opus restituerit, cæteri socii liberantur, sed quod impenderit in restituendo opere, id pro parte à cæteris consequitur actione communi dividundo. Quo loco legendum uno spiritu, una saliva, *Per arbitrum communi dividundo recipiari posse: & ex sociis: sumptum scilicet à cæteris sociis factum in restituendo opere recuperari posse per arbitrum communi dividundo: Hic vulgo, locus vitiatum est ab interpunctione.* Sed si cum actum esset aquæ pluvie arcendæ cum uno ex sociis, is opus non restituerit, is opus restituere noluerit suis sumptibus, in partem tantum condemnabitur, in partem tantum condemnandus est, quia æstimatio ejus, quod interest, dividi potest, nec cæteri liberabuntur. Cum uno autem ex dominis agendum est, non cum eo, qui opus fecerit, ut opus restituat, si dominus non sit, ut cum procuratore, cum colonno, qui opus fecit, hac actione agi non potest, quia nec ad eum pertinet opus, quod fecit, nec operis facti restitutio, l. 4. §. ult. & l. 5. hoc tit. Et multo minus non dominus, qui opus fecit in agro alieno, quo vicino aqua pluvia nocet, compelli potest, ut damnum præstet, quod aqua pluvia attulerit. Et hoc est, quod ait in extremo hujus §. *Non utique cum eo agendum, qui opus fecit, sed cum domino.* Hæc actio soli domino competit, & in domino tantum: nec minus eum damnum restituere debere, qui auctor operis fuerit: non etiam dominus.

Ad §. Cassius. Repetenda necessario mihi, & partim retractanda sunt ea, quæ dixi ad §. 1. l. 2. ut vel diligentius, luculentiusque, quod est in extremo ejus explicem, quam fecerim nudius tertius. Incipit hic §. iis verbis: *Cassius ait: sive ex communi fundo, sive communi fundo, scilicet, aqua noceat.* Sive igitur ex communi fundo, sive communi fundo aqua pluvia noceat: ex communi fundo aqua pluvia nocet, in quo factum est opus, quo aqua pluvia vicino nocitura fit. Communi autem fundo aqua pluvia nocet, in quem ex opere illo fit, ut aqua pluvia immittatur. Et hoc loco sive conjunctio est, non disjunctio, ut Albericus (quo ego doctore utor familiariter) sentit recte, idemque sequentia evidenter exigunt. Conjunctio, inquam est, vel subdisjunctio, falsa disjunctio, sive παροχθηλιος, ut loquitur l. pen. C. de verb. sign. Sic igitur ponenda est species. Ex communi fundo plurium aquam pluviam nocere fundo proximo, qui & ipse est æque communis inter duos, pluresve, & vel unum ex sociis, quorum fundo communi noceatur, aquæ pluvie arcendæ agere potest cum uno ex sociis, & dominis fundi communis, in quo opus factum est, vel unum separatim cum singulis, vel separatim singulos cum uno, vel singulos cum singulis. Quæ divisio plusquam manifesto ostendit, ita, ut dixi, speciem esse ponendam. Ex communi fundo scilicet noceri etiam communi fundo inter duos, aut plures. Et si quidem unus ex sociis, quorum fundo communi aqua pluvia nocet, egerit aquæ pluvie arcendæ cum uno ex aliis sociis, vel separatim cum singulis, quorum in fundo communi opus factum est, & restitutio operis facta fuerit, in totum scilicet, quia est individua, ut probavimus supra. Item si litis æstimatio, id est, æstimatio damni dati post litem contestatam, facta, & præstita fuerit actori, pro sua parte scilicet, quia dividua est, ut §. quod si is, inf. in hac l. 6. §. 1. sup. tum hæc actio in cæterorum sociorum persona evanescit, videlicet si unus ex sociis, quorum fundo nocetur, hac actione similiter egerit cum uno ex sociis, in quorum fundo communi opus factum est: si, inquam, cum uno egerit, & restitutio operis in solidum, & damni dati præstatio pro parte facta fuerit: hæc actio in cæterorum sociorum persona extinguitur, quia nec de opere restituendo, qua de re præcipue hoc judicium instituitur, agere possunt, quia jam restitutum est, neque etiam de damno, quod contigit post litem cum illo contestatam, quod cæteris sociis est damnum præteritum: & de damno præterito hoc judicio non agitur, sed interdicto, quod vi, aut clam, quo etiam pro rata portionum suarum cæteris sociis integrum est experi-ri, l. 14. §. in hoc, l. 6. §. officium, hoc tit. Et hæc si unus ex sociis egerit aquæ pluvie arcendæ. Quod si cum uno ex sociis habentibus communem fundum, in quo opus factum est,

V u

est,

est, actum sit aquæ pluvie arcendæ, & is opus restituerit, & A
 damnum, quod post litem contestatam contigit, pro sua
 tantum parte præstiterit, cæteros socios liberari, recte Cas-
 sius ait, quia totum opus est restitutum. Neque enim po-
 tuit ejus demolitio scindi in partes. Itemque de damno præ-
 terito hoc iudicio non tenetur, sed de futuro tantum, quod
 contigit post litem contestatam ante sententiam. Verum
 quod is impenderit in restitutionem operis propter indivi-
 duitatem ipsius rei, propter individuitatem restituendi ope-
 ris, quia necesse ei fuit sua impensa totum restituere, id
 pro parte sociorum ab eis recipiet actione pro socio, vel
 communi dividundo. Hoc est certissimum. Quod si etiam
 æstimationem damni dati post litem contestatam, vel non
 restituto opere per contumaciam adversarii, si æstimatio-
 nem quanti actoris interest in solidum præstiterit, quia ne-
 cesse non habuit eam æstimationem præstare in solidum, B
 sed satis ei erat eam pro sua parte præstare, quia pecuniæ
 prælatio dividua est, ut patet ex d. §. quod is fundus, &
 l. 6. §. 1. sup. tum id, quod sociorum nomine dederit, non re-
 cipiet iudicio communi dividundo, quia necesse non ha-
 buit solidam æstimationem præstare, sed tamen id recipiet
 actione negotiorum gestorum, l. 6. §. sive autem, & §. si
 damni, comm. divid. l. si communes, de negot. gest. l. 3. C. eod.
 tit. Quæ omnia Accursius, quo nomine eum vehementer
 laudo, intellexit probe. Quod autem scriptum est in fine
 hujus §. *Et ex sociis non utique cum eo agendum, qui opus fe-
 cit*, id profecto, quod in extremo hujus §. est, Accursius in-
 tellexisse non videtur. Cum enim in id adducat l. 4. §. ult.
 & l. 5. hoc tit. sup. ea verba extrema hujus §. accepisse vi-
 detur de non domino, qui in alieno solo opus fecerit, cum
 quo certum est, etsi eo nomine possit agi interdicto, quod C
 vi, aut clam, non tamen agi posse actione aquæ pluvie ar-
 cendæ, quia dominus non est. Quæ res etiam fecit, ut mu-
 tatis interpunctionibus, mutatoque articulo ex in a, vulgo
 ita legeretur, uno ductu, *per arbitrum communi dividundo
 recipiari posse à sociis*, addito puncto, tum sequeretur alia
 clausula, quæ acciperetur de non dominis, qui opus fece-
 runt in alieno, quo aqua pluvia vicinis noceret, nempe hæc
 clausula, *non utique cum eo agendum, qui opus fecit*. At certe
 cum dicat, quæ est verissima lectio, & ex sociis, in fine
 hoc est clausulæ posterioris hujus §. non illud, non est. Et
 consequenter hæc clausula de dominis est, *si de sociis
 ventibus fundum communem*. Ergo de dominis, non de
 dominis, neque etiam de non dominis dicitur hæc clausula,
 quicquam attinebat. Quod cum ita sit, perspicuum est, quod
 sum est, ut est scriptum, quod ait, *ex sociis*, hæc clausula
 in fundo communi opus factum, & in fundo communi opus
 agendum aquæ pluvie arcendæ, & in fundo communi opus
 utique sine dubio cum eo agendum, qui opus fecit, in fine
 mirum, ut non tantum hæc clausula, sed etiam impen-
 sam præstet tollendi opus, & cum subijciat, nec mi-
 nus eum quoque daturum esse debere, qui auctor operis
 fuerit. Quibus verbis, & cum quoque, qui opus fe-
 cerit, damnum daturum esse datum post litem contesta-
 tam. Nec non in fine affirmavit necessario, non neg-
 gavit, cum est scriptum, qui opus fecerit, & nec mi-
 nus damnum daturum esse debere. Quid aliud est, quam
 cum non restituitur, restituere debere, conventum
 actione aquæ pluvie arcendæ, sed etiam damnum, quod con-
 tigit post litem contestatam? Quod & glossa, & Docto-
 res, & Doctores, hæc ita ferruminare coacti sunt, vel sup-
 plere, *qui opus fecerit solus in fundo communi, aqua
 arcendæ agendum esse, ut patientiam, & impensam
 restituendi operis: sed etiam cum eo, qui opus non fe-
 cerit, ut vel patientiam præstet, non etiam impensam*. Quod
 est quidem verissimum, sed non his verbis expressum. Vis
 autem scire, quam hoc sit verissimum, audi enarrationem
 §. sequentis, & interim facessat illa emendatio. Si ex so-
 ciis, in quorum fundo communi opus factum est, quo aqua
 pluvia vicino noceret, cum uno actum sit aquæ pluvie ar-
 cendæ, qui opus non fecerit, nec fieri iusserit, Proculus di-
 versè si holla à Cassio, existimabat eum, tamen si impen-
 tem, sua impensa opus restituere debere: Hac ratione, quia

pro parte cæterorum sociorum, quod impenderit, iudicio
 communi dividundo à sociis recipere potest. Et nihil dam-
 ni facturus est, si sua impensa opus restituerit. Contra ve-
 ro Ursejus Ferox, cujus sententia verior est, eum, qui opus
 non fecerit, patientiam duntaxat tollendi operis præstare
 debere: nec idoneam esse Proculi rationem, quia commu-
 ni dividundo actionem adversus socios habet, ut impen-
 sam, quam fecit, reciperet pro parte sociorum. Quid enim
 si inanis ea actio sit propter inopiam socii? Quid si sit actio
 a' prope? ut ait Novella 97. an impensæ damnum faciet? Hoc
 vero durum, & iniquum est, & multo æquius imputari
 actori, quod ex sociis eum non elegerit, qui opus fecerat
 invitis, aut ignorantibus cæteris, qui utique solus suis im-
 pensis opus restituere debet, juxta distinctionem legis 9.
 hoc tit. l. 3. §. item si totum, de alien. jud. mus. caus. Multo
 æquius est, inquam, actori moram suam imputari, qui sci-
 licet tardior fuit in exigendo eo, vel aggrediendo eo, qui
 opus fecerat. Quibus verbis etiam hæc ratio exprimitur in
 l. 12. hoc tit. quæ & de eo loquitur, qui opus non fecit, sed
 socius fuit ejus, qui fecit. Hæc ita explicanda sunt. Explica-
 bimus etiam partem §. officium.

Ad §. Officium. Dicitur est supra de aqua pluvia, quæ ex
 fundo communi plurium opere manufacto nocet simili-
 liter alii fundo communi plurium. Nunc in hoc §. dicit de
 aqua pluvia, quæ ex fundo communi plurium nocet fundo,
 non jam communi, sed unius proprio, quod illa verba signi-
 ficant, si forte unius fundus fuerit. Proprius igitur, cui aqua
 nocet: si vero, in quo opus factum, sit plurium. Ubi veterum
 more, & scriptores præcipue Pandectarum Florentinorum
 scriptum est, qui pro cui, dandi, vel auferendi casu. Dona-
 tus in Andria, qui pro cui veteres scripserunt in illum locum, re-
 stat Chremes, qui mihi ostenderandus est: & in Eunuchus. Dii
 potestatem suam omnem ostendere, cui tam subito tot contigerint
 commoda. Et in Phormione, qui, quod amas, domi su. Et ut
 doctissimus Bembus sentit illo loco Virgilii.

--- qui non visere parentes.

Quæstio autem hujus §. hæc est, si is, qui solus fundi domi-
 nus est, et ex opere manufacto in fundo communi plu-
 rium aqua pluvia nocet, cum uno ex sociis egerit aqua
 pluvia arcendæ, utrum sicut operis restituendi in solidum
 condemnatio sit, quia opus individuum est, utrum ita etiam,
 si sit actum damni dati post litem contestatam, vel
 non restituito, quanti actoris interest in solidum, in
 solidum certam condemnatio fieri debeat? Hæc est quæ-
 stio, de qua Julianus dixit dubitare se. Cur dubitaverit, pro-
 xima recitatio demonstrabit: sed prius dicamus, ut huic
 quæstioni respondeamus. Et quidem sicut, cum fundus, cui
 aqua pluvia nocet, plurium communis est, singuli socii
 non habent actionem, nisi pro parte damni dati post litem
 contestatam, & opere non restituto pro parte, pro qua eo-
 rum interest, ut diximus supra, ut item proponitur in fine
 hujus §. & in l. 6. §. 1. sup. Ita quum fundus, cui aqua plu-
 via nocet, unius proprius est, eo agente cum uno ex domi-
 nis fundi communis, cum quo opus factum est, concludit-
 tur, hoc loco eo nomine non fieri condemnationem, nisi
 pro parte, quia pecuniaria condemnatio est, quæ divisio-
 nem recipit. Idque exemplo actionis damni infecti, qua si
 agatur cum uno ex dominis prædii communis, ex quo dam-
 num timetur, agitur tantum in partem, l. plures, & lex
 damni, §. pen. sup. tit. prox. Quia licet opus, ex quo dam-
 num timetur, sit individuum, id est, dividi non possit, sicut
 & ea ratione animal quodcumque dicitur individuum: licet,
 inquam, opus, ex quo damnum timetur, individuum sit,
 & in partem etiam restitui non possit; licet item prædium,
 ex quo damnum timetur, non possit alteri prædium pro par-
 te damnum dare, pro parte non dare; nam quod damnum
 dat, id sane in solidum dat, nec damni divisio est, tamen
 damnum, quod pluribus datum est, non potest videri sin-
 gulis datum in solidum, sed in partem tantum. Ergo in par-
 tem tantum habent actionem ad æstimationem. Rei qui-
 dem damnum datur in solidum, sed non etiam personis
 singulis. Itaque idem servatur in actione aquæ pluvie,
 quod in actione damni infecti, quia & utraque est de dam-
 no

no futuro, non de præterito. Primum sententia *§. officium*, A
l. 11. de aqu. & aq. plur. paucis repetenda est, ut cum ea
 conjugam contentionem, quæ in eo proponitur actionis
 noxalis cum actione aquæ pluvie arcendæ, & cum actione
 damni infecti, si fundus plurium communis sit, ex quo de-
 currens aqua nocet fundo meo proprio. Julianus, qui ini-
 tio de officio judicis, aquæ pluvie arcendæ accepti inter me,
 & unum ex sociis, sive dominis fundi communis, ex quo
 aqua nocet fundo meo, dubitare se dixit, postremo magis
 putavit, opus quidem ab eo, quo cum agitur esse restituen-
 dum, tollendum in solidum arbitrio judicis, quia operis re-
 stitutio individua est. In æstimationem vero damni dati
 post litem contestatam, vel opere restituto per contuma-
 ciam rei, in æstimationem ejus, quod interest, reum pro sua
 parte tantum condemnandum esse. Quod confirmat etiam
l. 6. §. 1. & in extrema clausula hujus §. officium, quæ inci- B
 pit his verbis: *Quod si is fundus, cui aqua pluvia nocet, plu-
 rium sit: ubi, quod si is fundus, cui aqua pluvia nocet, ex alio*
 scilicet fundo communi, & conjungenda ea clausula est
 cum *§. Cassius, sup. idem*, inquam, servari ostenditur, idem-
 que esse arbitrium, sive officium judicis aquæ pluvie arcen-
 dæ, si ex communi fundo, verbi gratia Lucii, & Caji, aqua
 pluvia nocet fundo communi meo, & tuo. Nam & hic
 æstimationis condemnatio fit in partem tantum, si cum
 uno ex sociis agatur, non cum omnibus, aut separatim cum
 singulis. Et hoc quidem comparatum esse ait in hoc *§. exem-
 plo stipulationis, & actionis damni infecti, stipulationis, &
 actionis*, quæ utraque significatur nomine actionis. Quia
 & stipulatio instar actionis habet, non hoc loco tantum, C
 sed etiam in *l. 3. §. si vicinus, hoc tit. & in l. 33. sup. tit. prox.
 & in l. Julianus, §. si fruct. de act. empt.* Et rursus etiam in
 hoc titulo *l. 14. §. in hoc*. Qua quidem actione damni infecti
 si agatur cum uno ex dominis prædii communis, ex quo
 damnum timetur, is certe non amplius, quam pro parte sua
 condemnari debet, *l. plures, l. ex damni, §. pen. sup. tit.
 prox.* quia ut etiam hic ostenditur, licet opus, ex quo dam-
 num timetur, individuum sit, neque enim potest dividi si-
 ne corruptione, sine interitu; licet enim non possit præ-
 dium, quod damnosum imminet alteri prædio, pro parte
 duntaxat damnum dare, quia & ipsa damni datio, si per se
 spectetur, individua est; tamen damnum quod futurum
 est, ut detur pluribus, quodve datum est pluribus, non po-
 test videri singulis datum iri, aut dari in solidum, sed in par-
 tem tantum. Prædio quidem communi damnum datur in
 solidum, sed non personis singulis. Itaque idem servatur
 hac in re in actione aquæ pluvie arcendæ, & in actione D
 damni infecti: quia, ut ait utraque est de damno futuro,
 non de præterito. Ergo conveniens est, ut quæ in utraque
 damni ratio venit, eodem, & pari modo ineatur. Argumen-
 tatur à stipulatione, vel actione ex stipulatu damni infecti,
 ad actionem aquæ pluvie arcendæ à pari, quod argumen-
 tum in jure est frequentissimum. Et quod forte Juliano dubi-
 tationem dabat, docet disparem esse rationem noxalis
 actionis, quæ est de damno præterito, non de futuro. Unde
 si servi communis nomine cum uno ex dominis agatur
 noxali actione furti, vel damni injuriæ, & is suscipiat ho-
 minis defensionem, quæ proculdubio individua est, quia &
 homo, cujus ob noxam agitur, individuus est, *l. in execu-
 tione, §. pro parte, de verb. obligat.* nec audietur ergo, si pro
 parte hominem defendere paratus sit, sed quodammodo
 totum suum hominem, ac si totus suus esset, defendere de-
 bet, *l. 4. §. si ex nox. caus. ag.* Ideo & in solidum condemnan-
 dus est, ut si nolit hominem noxæ dedere, litis sive damni
 dati integram æstimationem præstet, permittitur, ut significa-
 vi jam, noxæ deditio, si servum noxæ dedere malit. Quæ
 quidem noxæ deditio etiam individua est, ut & homo, qui
 deditur in noxam. Itaque non potest evitare litis æstimatio-
 nem, quamvis servi in solidum non sit dominus, nisi ser-
 vum noxæ dedat in solidum, redemptis partibus sociorum,
 vel qua alia ratione, *l. 8. de nox. act. l. 14. §. item si servus,
 de servo corrupto, l. 25. §. si unus, familia erciscunda.* Ratio
 vero, quæ redditur hoc loco, cur uno ex dominis ex perso-
 na servi communis convento actione noxali in solidum
 condemnatio fiat, ea, inquam, ratio similis est rationi Pro-
 Tom. II. Post.

culi allatæ supra in *§. apud Ferozem*, quia, hæc est ratio, quo-
 niam quod præstiterit unus ex dominis noxæ nomine, id à
 socio, vel sociis actione pro socio, vel actione communi di-
 videndo, vel familiæ erciscundæ pro partibus eorum reci-
 pere potest, ut in *d. l. 25. §. si unus*, quam tamen rationem
 mirum est rejici in *§. apud Ferozem*, & in hoc *§.* recipi atque
 probari. Quæso doceamus quid sit in causa, aut quæ sit ve-
 ritatis ratio: & dico illam rationem omnino nihil valere, in
 eo, qui jure obligatus non est, qui utique nec ideo obliga-
 tur, ut est in regula juris 171. quod recepturus sit ab alio,
 quod præstiterit, alioquin quilibet obligaretur ad solvenda
 aliena nomina, quia soluta recepturus est actione negotio-
 rum gestorum, quod esset absurdum. Et ita in specie *d. §.
 apud Ferozem*, unus ex sociis, qui opus non fecit, quo aqua
 pluvia vicino noceret, nec fieri scivit, nec jure ipso tenetur
 actione aquæ pluvie arcendæ, hoc est, ut impensam præstet
 tollendi operis, ut patientiam quidem tollendi operis, non
 ut impensam præstet, non ideo etiam in hoc tenetur ma-
 gis: quod si eam impensam fecerit, à socio, qui opus fecit,
 quod amplius sua portione impenderit actione communi
 dividendo recipere potest. Hæc ratio non obligat: Vale-
 re autem maxime hanc rationem in eo, qui jure obligatus
 est, ut in hoc *§.* in uno ex sociis, qui actione noxali nomine
 servi communis tenetur in solidum ipso jure, vel eo maxime
 tenetur, quia quod amplius sua parte præstiterit, id à socio
 recipere potest per arbitrum communi dividendo. Nam
 & ita (quod notandum) actione de peculio, & institoria,
 & exercitoria nomine servi communis singuli ex dominis
 ipso jure tenentur in solidum, quod iniquum sit eum, qui
 cum uno contraxit, distringi in plures adversarios: si ut &
 illud iniquum est, ut ob noxam unius, quis distringatur
 in plures adversarios, in plures dominos servi, vel eo
 maxime, quum singuli condemnantur in solidum, id est,
 vel unus ex iis, qui electus fuerit, eo maxime condemnatur
 in solidum, quod rursus ipse possit à socio, vel sociis con-
 sequi iudicio societatis, vel communi dividendo quod
 amplius sua portione solverit. Et ita est proditum nomi-
 natim in *l. & ancillarum, §. ult. de pecul.* Et nescio, qua au-
 re glossa ibi non exaudiat rationem illam, quæ maxime
 idonea est. Hæc distinctio, quæ usum illius regulæ de-
 monstrat summe notanda est.

AD *§. Si ex privato*. Supra dixit de aqua pluvia, quæ ex
 fundo communi duorum, vel plurium æque nocet
 fundo plurium communi, & de aqua, quæ ex fundo commu-
 ni plurium nocet fundo unius proprio in *§. officium*. In hoc
§. pen. vice mutata dicit de aqua, quæ ex fundo privato, ut
 ait, id est, ex fundo proprio unius, nocet fundo communi, ve-
 luti ex fundo meo proprio, fundo communi meo, & tuo.
 Quo casu ait socium mecum agere posse aquæ pluvie arcen-
 dæ, sed addendum est ex *d. l. 6. §. inde quer. sup.* sic tamen,
 ut pars tantum damni ei præstetur. Nihil est certius.

AD *§. ult.* Postremo in *§. ult.* hujus legis ostenditur,
 aqua pluvia vicino nocente ex opere ab alio facto in
 agro suo, manu sua, dominum omnimodo opus restituere,
 & tollere debere. Omnimodo, id est, suis sumptibus, ut *§.
 apud, sup.* Aqua autem pluvia nocente vi fluminis, domi-
 num fundo, ex quo aqua nocet, patientiam duntaxat tol-
 lendi operis præstare debere. Nocente autem vi fluminis,
 forte, ut ait, fossa quadam fimo, aut limo repleta, vel ag-
 gere delecto, ut in *l. 2. §. item Varus, sup.* vel, inquit, gla-
 rea injecta, id est, sabulo aggesto. Unde & glareæ pro via
 regia sabulo strata apud Ausonium Epist. 12. illo loco.

*Aut iteratarum, qua glareæ dulcia viarum
 Fert militarem ad Blaviam.*

Sterni viæ regie sabulo solebant, quod veteribus est *desa-
 bulare*: ut *delapidare*, lapide sternere. Restat *l. frugem 77.
 de verb. signif.*

Ad *L. LXXVII. de Verb. signif. Frugem pro reditu appel-
 lari, non solum quod frumentis, aut leguminibus: verum, &
 quod ex vino, sylvis ceduis, cretis fodinis, lapidicinis capitur. Ju-
 lianus scribit, fruges omnes esse, quibus homo vescatur, falsum
 esse:*

esse: non enim carnem, aut aves, ferasve, aut poma fruges dici. Frumentum autem id esse, quod arista se teneat: recte Gallum definisse. Lupinum vero, & fabam fruges potius dici: quoniam non arista, sed siliqua continentur. Quæ Servius ad Alfenum in frumento contineri putat.

Restat ex hoc libro l.77. de verborum significat. quam rectissime Labittus noster retulit ad actionem aquæ pluvix arcendæ me auctore, cum in hac urbe diversaretur, qua actione constat ex l.1. §. de eo opere, & §. Labeo, de aqu. & aq. pluv. non tantum cum non teneri, qui aratro opus facit in agro suo frumenti quærendi causa, ut Trebatius dicebat, sed etiam, qui quid facit frugum fructuumque percipiendorum causa. Quod nomen frugum, cum hoc ex veteribus refert, & Paulus in hoc libro docuit, ut patet ex hac l.77. quæ est ex hoc libro, fruges accipi pro reditu omni, non solum quod ex frumentis, aut leguminibus, verum etiam, quod ex vino, sylvis cædis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Falsum autem esse, quod quidam dicebant, fruges esse omnes, quibus homo vescatur; neque enim carnem, aut aves, aut feras, aut poma fruges dici: frumentum autem id esse, quod arista se teneat, ut triticum, bordem, filigo (delicia frumenti) secale, & avena. Legumen autem id esse, quod siliqua, non arista se teneat, ut faba, cicer, lupinum, vicia, quæ δημητρια vocant Græci, auctore Galeno ἐν ἀπλοῖς, nec recipiendam esse Servii sententiam, qui legumina frumenti appellatione contineri putabat. Frugum quidem appellatione legumina continentur, & fruges minutæ dicuntur. Unde Paulus 3. Sentent. frugibus legatis, non tantum frumenta sed etiam legumina debent: sed frumenti etiam appellatione legumina non continentur.

Ad L. CLXVII. de Reg. jur. Non videntur data, quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt.

Ad §. Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet.

Ultima ex hoc libro est lex 167. de reg. jur. quæ etiam referenda est ad actionem aquæ pluvix arcendæ, quæ ut diximus sæpe, soli domino competit, soli domino fundi, cui aqua nocet: non ergo competit ei, qui bona fide fundum emit à non domino, etiamsi fundum usufruxerit, de eo scilicet opere, quod jam factum erat venditionis, & traditionis tempore, quo quidem tempore fundi dominium erat alterius, quam venditoris. Ergo nec poterat transferri à non domino in emptorem, l.6. §. si quis, de aqu. & aq. pluv. quia, ut ait hæc lex in principio, non videntur data, quæ eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt: non videntur data, inquam, sed tradita. Dare est dominium transferre: non videtur dominium, sed possessio translata. Dominium autem, quod usufruptione acquiritur, non retrotrahitur. Altera regula, quæ sequitur in hac lege: Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, etiam pertinet ad eandem actionem aquæ pluvix arcendæ, & sumendum exemplum est ex l.4. in prin. de aqu. & aq. pluv. Sepulchri violati, actione tenetur is tantum, qui dolo malo id violavit, ut prima verba edicti de sepulchro violato, quæ licet consulerent, evidenter ostendunt. Ergo non is tenetur actione sepulchri violati, qui jussu judicis aquæ pluvix arcendæ sepulchrum demolitus est, quod ex ejus constructione aqua pluvia vicino noceret, d. l.4. nimirum, quia qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet. Finge: ædificavi in meo fundo sepulchrum, ex quo aqua pluvia vicino nocet, aut nocitura est, desii ejus loci esse dominus, imposito, immolito sepulchro, propter religionem, quæ locum occupavit, & tamen teneor actione aquæ pluvix, quia eo tempore, quo sepulchrum demolitus sum, ejus loci dominus eram, etsi jussu judicis compellar sepulchrum restituere, tollere ac demoliri, non ideo teneor actione sepulchri violati, quia id non videor fecisse dolo malo. Et hoc etiam Labittus noster notat ad Indicem legum, ex quibus Pandectæ confectæ sunt. Et hic est finis libri.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. L. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. III. de Serv. export. Si quis hac lege veniit, ut intra certum tempus manumittatur, si non sit manumissus, liber fit: si tamen is, qui vendidit, in eadem voluntate perseveret: heredis voluntatem non esse exquirendam.

HIC totus liber fuit de libertatibus, sive manumissionibus, quam ad rem etiam pertinent omnes leges, omniavie fragmenta, quæ vere ex hoc libro sumpta sunt. Nam l. 54. de procur. & l. 6. quib. ex caus. in poss. & l. 2. & 4. de injur. huic libro falso adscribuntur. Et quidem l. 54. de procur. & l. 6. quibus ex causis, quæ pertinent proprie ad causam mittendorum creditorum in bona debitoris, rejiciendæ sunt in lib. 57. lex autem 2. & 4. de injuriis, quæ proprie pertinent ad actionem injuriarum in librum 55. ut ibidem liquido demonstrabitur. Incipiamus igitur à l. 3. de serv. export. Aliquando in vendendo servo hanc legem venditor dicit, ut servus, quem vendidit, intra certum tempus ab emptore manumittatur, quæ de re est hæc lex 3. Et ea est vis hujus legis, sive pactionis, ut si non obtemperaverit emptor, transacto illo tempore servus ipso jure fiat liber, ex rescripto Divi Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, cujus est mentio frequentissima in his libris: ut, inquam, post illud tempus ipso jure fiat liber, si tamen venditor, qui legem dixit, vivat, & in eadem voluntate perseveret: Nam si mortuus fuerit intra tempus manumissioni præstitutum, etiam si heres ejus nolit servum manumitti cessante emptore, post tempus liber fit. Et hoc est, quod ait, heredis voluntatem non esse exquirendam, heredis scilicet ejus, qui servum vendidit ea lege: viventes venditoris voluntas exquirenda est, non etiam heredis ejus: ex eodem rescripto in l. 3. qui sine manum. ad libert. perv. ac præterea ex eodem rescripto, etiamsi mutata voluntate venditor sine herede decesserit, atque etiam emptor, servo post tempus libertas competit ipso jure, l. 1. eod. tit. Item si idem servus manumittatur ab emptore intra tempus præstitutum, invito venditore, qui mutavit voluntatem, beneficio emptoris fit liber omnimodo, l. 8. de serv. export. Et his duobus casibus, quos hic glossa non potuit discernere, mutatio voluntatis, sive inconstantia venditoris nihil officit libertati: his, inquam, duobus casibus, puta si post voluntatem mutatam, & venditor, & emptor sine herede decesserint. Itemque si post mutatam voluntatem, ultro emptor servum manumiserit. Aliquando hanc legem dicit venditor ancillæ, ne prostituatur ancilla, & ut prostituta libera sit, quæ & prostituta hujus pactionis vi, & potestate ipso jure libera fit, l. 2. C. si mancipium ita ven. ne prof. Cujus pactionis potestas etiam exercetur, licet per plures emptores mancipium cucurrerit, & à postremo forte emptore prostituta ancilla fuerit: eripitur enim statim in libertatem, l. divus, de jure patron. Aliquando eadem lex ita concipitur, ne prostituatur, & ut si prostituatur, venditori liceat manum injicere, & eam abducere tanquam servam suam, l. 1. C. si manc. ita ven. l. pen. de serv. export. quæ de pactione ex hoc libro restat l. 56. de cons. emp.

Ad L. LVI. de Contrah. empt. Si quis sub hoc pacto venderit ancillam, ne prostituatur, & si contra factum esset, uti liceret ei abducere: & si per plures emptores mancipium cucurrerit, ei, qui primo vendidit, abducendi potestas sit.

Quæ docet, hujus etiam legis, sive pactionis dictæ à venditore in vendenda ancilla vim obtinere, quamvis per plures emptores mancipium cucurrerit, quia hæc lex mancipio inhæret, non personæ primi emptoris. Et hoc qui-

quidem in d.l. i. C. si mancipia ven. est his verbis expressum, A
tenorem legis, id est, pactionis hujus, non intermissi, quod
dominium per plures emptorum personas ad primum, qui pro-
fuitis, sine lege simili pervenerit. Et ait Paulus in hac l. 56.
si per plures emptores mancipium cucurrerit, ut in antiqua
inscriptione excepi, ne quis eos venderet, sed per genus ipso-
rum possessio decurreret, vel per agnatos, vel manumissos. Ca-
jus in l. 16. de minoribus, aliter, inquit, si emptio per plures
personas ambulaverit, ubi emptio, id est, res empta, ut in
l. 9. hoc tit. de cont. empt. dissentiant in emptione, id est, in
re empta. Et similiter donatio pro re donata, l. 4. pro don-
nationem ulucapi, id est, rem donatam. Transiamus ad
l. 35. de man. test.

Ad L. XXXV. de Man. test. Servius existimabas, iis posse ser-
vis dari testamento directam libertatem, qui utroque tempo- B
re, & quo testamentum fit, & quo moritur, testatoris sub-
runt, quæ sententia vera est.

Docet his tantum servis posse testamento dari dire-
ctam libertatem, qui testamenti faciendi, & mortis
tempore in potestate testatoris fuerint, ita scilicet, ut ab
eo utroque tempore manumitti potuerint, quæ sententia
Servio tribuitur, & vera esse dicitur. Ait, directam liberta-
tem, ut in §. nec alius, Inst. de sing. rebus per fideicom. Nam
fideicommissaria libertas etiam alieno servo dari potest. Et
adde, justam, directam, & justam libertatem, id est, civitatem
Romanam ex Ulpiano lib. sing. reg. tit. 1. Item adde ex eo-
dem, qui utroque tempore testatoris fuerint ex jure Quiritium,
secundum jus vetus. Nam, qui in bonis tantum, non etiam
ex jure Quiritium testatoris erant, manumissi testamento, C
Latini fiebant, non cives Romani. Rursus quod ait, mor-
tis tempore, vel tempore quo moritur testator, adde, vel
si non mortis tempore fuerit in potestate testatoris, saltem
si in hereditate fuerit tempore aditæ hereditatis ex l. 58. inf.
hoc tit. quia libertates testamento relicte cedunt ab aditio-
ne hereditatis: & quod fit intra diem aditionis, & mortis
tempore fuisse videtur: aditio hereditatis morti conjungit-
ur, l. heres quandoque, de acquir. heredi. Et inde Ulpianus
lib. sing. regul. tit. 22. Siquidem, inquit, mortis testatoris
tempore, vel intra diem cretionis, quod est, aditionis, civis
Romanus fit. Nihil igitur refert quo tempore quid fiat,
quidve sit, mortis, an aditæ hereditatis.

Ad L. XII. de Manumiss. Lege Favia prohibetur servus, qui
plagium admisit, pro quo dominus pœnam intulit, intra de- D
cem annos manumitti. In hoc tamen non testamenti facti
tempus, sed mortis intuebimur.

Porro cum hac leg. 35. conjungenda est lex 12. de ma-
numiss. quæ est ex eodem lib. in qua videtur ab hac sen-
tentia Servii excipi unus casus. Et proponitur in ea lege,
caput legis Fabiæ de plagiariis, quo si servus plagium ad-
miserit, εἰς ἀνδραποδιόμορον, & pro eo dominus, quo sciente
id amisit, pœnam pecuniariam intulerit, puta tertiorum
quingentorum millium, quæ fuit pœna plagii pecuniaria,
ex eadem lege Fabia, auctore Ulpiano apud Ruffinum, tit.
de plagiariis, etiam post hanc pœnam illatam à domino,
adhuc prohibetur is servus à domino intra decem annos ma-
numitti, ut l. in bello, §. si in captivo, de capt. & post. rev.
atque ita uterque punitur, dominus & servus; dominus, il- E
lata pœna legitima, servus, prohibita ejus manumissione.
Et ad eum modum servus fugitivus, qui sui ipsius plagium
sive furtum fecit, ut ait l. 1. C. de serv. fug. si dominus fu-
gitivo eum vendiderit, cui scilicet mandaverat servum
fugitivum perquirendum, & apprehendendum, intra de-
cem annos contra prioris domini voluntatem à fugitivo
novo domino manumitti non potest. Quod Paulus scri-
bit 1. Sentent. tit. de fugit. quod tamen nondum in lucem
prodiit. Proposito autem hoc capite legis Fabiæ, subjicit
Paulus in hac l. 12. In hoc tamen non testamenti facti tempus,
sed mortis intuebimur. Quæ est exceptio superioris senten-
tiæ Servii Sulpitii: nimirum, quia etsi testamenti faciendi
tempore is servus nondum manumitti possit, quod nondum

decennium præterisset, si tamen decennium præterierit
mortis testatoris tempore, ad libertatem testamento reli-
ctam pervenire potest, idque pœnæ molliendæ, & liberta-
tis promovendæ ratio postulat. Hunc locum Basilica non
intellexerunt. Sequitur l. 17. de manum. vind.

Ad L. XVII. de Manumiss. vind. Apud Proconsulem, post-
quam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus.
Ad §. Sed & apud legatum ejus manumittere possumus.

Ex 17. de manumiss. vind. ait, apud proconsulem ser-
vum, vindicta imposita capiti servi, manumitti posse
statim atque urbem egressus est, postquam urbe egressus
fuerit, licet nondum in provinciam, quam sortitus est, per-
venerit. Recte, quia etsi jurisdictionem contentiosam non
habet, quæ in invitos exercetur, antequam in provinciam
pervenerit, tamen voluntariam jurisdictionem habet, quæ
exercetur inter volentes tantum. Voluntariam, inquam, ju-
risdictionem habet proconsul, statim atque urbem egressus
est, puta in itinere, dum in provinciam proficiscitur, & in
aliena provincia apud eum manumissiones, emancipationes,
adoptiones fieri possunt, l. 2. de off. proconsul. emancipari, §. 1.
de adopt. Et ita Plinius 7. epist. scribit de manumittendo vin-
dicta servo apud proconsulem Beticæ, in itinere, dum Beticam
proficiscitur. Idem etiam proconsul retro, dum ex provin-
cia suo munere perfunctus redit in urbem, eandem jurisdic-
tionem habet, id est, voluntariam, & insignia quoque im-
perii eadem, quod id portam Romæ ingressus sit, l. ult. de off.
proconsul. Quo respiciens M. Tullius 7. ad Atticum, si, inquit,
hoc imperium mihi molestum erit, utar ea porta, quam primum
videro, id est, deponam imperium. Denique imperium pro-
consulis est ad urbem, id est, ad urbem usque, non in urbe.
Et inde Ciceroni, & Cæsari, consul ad urbem, id est, procon-
sul. Et inde etiam veluti pro privilegio data Augusto pro-
consulari potestate, id quoque datum est nominatim, & ex-
tra ordinem, ut ingressus Romam non deponeret eam pote-
statem, apud Dionem in fine 53. libri. Quod privilegium
etiam datum legitimus Quinto Fulvio, & M. Marcello pro-
consulibus apud Tit. Livium 26. Sequitur in hac lege, sed
apud legatum ejus manumittere possumus. Quod falsum esse
coarguit l. 2. de offic. proconsul. quæ apud proconsulem ait,
manumissionem quidem fieri posse statim atque urbem
egressus est, non etiam apud legatum ejus ullo tempore.
Et rectius igitur hoc loco alii libri habent, non possu-
mus, ut hic sit sensus: sed non, ut apud proconsulem, ita
& apud legatum quoque ejus manumittere possumus; quia
scilicet legis actionem non habet, quia apud eum lege
agi non potest; id est, quia actus legitimi, & solemnnes apud
eum peragi non possunt, etiam si sit ei mandata jurisdictio,
quia legis actio non mandatur, sed lege datur specialiter,
ut l. 21. hoc tit. Legis actio non ex mandato jurisdictionis
proficiscitur, sed ex lege speciali, quæ legis actionem dede-
rit, nec moveri debemus his verbis, sed & apud legatum,
quæ & hoc loco, & aliis plerisque in his libris, discretiva,
non conjunctiva sunt, & eo sensu, quem dixi, accipienda
sunt. Restat l. 23. de liberali causa.

Ad L. XXIII. de Liberali causa. Si usufructum tibi vendi-
dero liberi hominis, & cessero: servum effici eum, dicebat
Quintus Musius: sed dominium ita demum fieri meum, si bo-
na fide vendidissim: alioquin sine domino fore.

Ad §. In summa sciendum est, quæ de venditis servis, quibus
denegatur ad libertatem proclamatio, dicta sunt, etiam ad do-
natos, & in dotem datos, referri posse; item ad eos, qui pi-
gnori se dari passi sunt.

Ad §. Si mater, & filius de libertate litigant; aut conjun-
genda sunt utrorumque judicia: aut differenda est causa filii,
donec de matre constet: sicut divus quoque Hadrianus decre-
vit. Nam cum apud alium judicem mater litigabat, apud
alium autem filius, Augustus dixit, ante de matre constare
oportere, sic deinde de filio cognosci.

Quæ pertinet ad actionem in factum, qua liber ho-
mo tenetur, qui sciens dissimulato statu suo se pro-
ser-

servo dolo malo venire passus est, deinde proclamavit in A libertatem, & evicit se ab emptore, videlicet, quum pretii partem non accepit. Quo casu, quia servus non fit, etiam si sciens venerit quasi servus, integra est ei proclamatio in libertatem; sed si pretium participaverit, si pretio ductus prodiderit libertatem suam, plane servus fit, nec ad libertatem potest proclamare, l.40. inf. hoc tit. l.1. C. quib. ad libert. procl. non lic. Verum si pretium participatus non sit, quia decepti emptorem dissimulando conditionem suam, emptorem, inquam, bonæ fidei, quod exigitur, qui putabat eum esse servum, ex edicto prætoris emptori tenetur, ut duplum restituat, & prætet ejus, quod emptor propter emptionem vel dedit, vel obligatus est, aut venditori, aut fisco vectigalis nomine, quod *ἐπιτίμιον* est, aut parario, sive sequestro contrahendæ emptionis, aut uxori venditoris: non tantum pretium erogatur plerumque in re aliqua emenda, sed & B pleraque alia erogantur, ut dixi, vel uxori venditoris, vel fisco, ut l. debet, de adil. edict. l. quod si nulla, de hered. vend. Hæc omnia, quæ emptor bonæ fidei cuicumque propter emptionem jure licito erogaverit, ei liber homo, qui proclamavit ad libertatem, in duplum restituere tenetur, l. 18. & 20. hoc tit. Si quid cuidam, inquit l. 20. ob hanc actionem, id est auctionem, sive venditionem mancipii, jure licito dedit.

Ad L. LXXV. de Verb. sign. Restituere videtur, qui restituit quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.

ET huc omnino pertinet l. 75. de verb. signif. quæ est ex hoc libro, & ait, eum, cum quo agitur hoc iudicio, nempe pœnali in duplum rem actori restituere videri, cum actori, id est, bonæ fidei emptori restituit id omne, quod habiturus esset, si controversia ei facta non esset: id est, si is, quem emit quasi servum, non proclamasset ad libertatem. Huic actioni locus est, ut jam dixi, cum liber permanfit is, qui se venire passus est, ut puta, quia non participavit pretium. Nam in servum nulla est actio, & liber permanet, si pretium non participaverit, & vel se venire passus sit pleno jure, quasi servus dissimulata conditione sua, vel etiam si venire passus sit, non se totum, sed usumfructum sui ipsius quasi servi. Nam etsi eo patiente usumfructum ejus vendidero, & cessero, quum participavit pretium, servus efficitur; quod ostenditur initio hujus l. 75. nec tamen proprietatis aliter fit mea, quam si bona fide eum vendidero. Nam si sciens liberum, eum vendidero volentem, & participantem pretium, proprietatis non est mea, usumfructus est D emptoris, proprietatis vero cujus? nullius, sed servus est sine domino, ut ait, id est, sine proprietario: sicut cum servi unus habet usumfructum, alter proprietatem, si proprietarius eum manumiserit, liber non fit, sed servus est sine domino, auctore Ulpian. lib. reg. tit. 1. Idem Ulpianus alio loco fragmentorum ita scribit, ut possit quis habere libertatem, talis esse debet, ut proprietatis ejus plena ad eum pertineat, alioquin non potest vindicta manumittere, aut non potest vindicta non manumitti, obstante usufructuario, & si manumiserit eum vindicta, facit servum sine domino. Ususfructus obstat libertati, quasi & in hac causa usufructus pars domini sit, qui tamen in plerisque aliis causis pars domini non est. Certe in acquirendo pars domini non est: neque enim usufructuario servus acquiritur ex omnibus causis, sed ex re sua tantum, vel ex suis operis, ideoque usufructuario hereditatem nunquam acquirit, quia, ut ait l. 47. de acquir. rer. dom. quæ est ex hoc libro, in operis servi hereditas non est, id est, aditus hereditatis non est in opere servili, l. aditio, de acquir. hered. Et sic habemus duos casus, quibus servus est sine domino. Est etiam tertius, si dominus eum haberit pro derelicto, nec dum eum quisquam occupaverit, interim servus est sine domino, l. quemadmodum, §. 1. de nox. act. Sequitur in hac l. 23. de lib. caus.

Ad L. XXIII. de Liber. caus. Cujus verba supra sunt adscripta.

IN summa sciendum est, quæ de venditis servis, quibus denegatur ad libertatem proclamatio: ubi jamdiu in Instit. de

jure pers.) demonstravi legendum esse; quibus non denegatur ad libertatem proclamatio, ut in l. 14. sup. & 24. id est, qui pretium non participaverunt. Ea, inquam, quæ dicta sunt de venditis servis, pertinere etiam ad servos donatos, & in dotem datos, adde vel datos sponsaliorum nomine, ut l. ultim. C. de ing. manum. & ad pignori datos, qui dissimularunt, cum darentur; conditionem suam, sive statum capitis sui. Et postremo in hac lege ostenditur, si mater, & filius liberali iudicio contendant de libertate, aut utrumque ad eundem iudicem esse mittendum, aut differendam esse questionem status filii, quoad cognitum sit de matris statu, quod est ex decreto Adriani Imperatoris, & est apertissimum.



JACOBI CUJACII J. C.

In Lib. LI. PAULI AD EDICTUM;

RECITATIONES SOLEMNES.

EXPOSUIMUS leges proprias Libri LI. ad edictum, rejectis in suos locos improprios: nunc veniamus ad LI. De qua actione pœnali non nihil attigit libro superiori, l. 23. de liber. caus. De actione, inquam, pœnali, quæ datur in duplum bonæ fidei emptori adversus liberum hominem, qui sciens dolo malo se pro servo venundari passus est, ac deinde proclamavit ad libertatem, atque ita evicit se ab emptore, quem deceperat. De ea actione hoc lib. §. 1. egit plenius, ac primum in l. 15. de liber. caus.

Ad L. XV. de Liber. caus. Id est, si virilis sexus, si viri sit, dummodo ejus ætatis sit, ut dolum capiat.

Ad L. XVII. eod. In servo, & in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi, sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit, & non competet ei actio. Contra autem si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda.

Docuit, nihil interesse, vir sit, an scemina, qui, quæve sciens dolo malo se venundari passus, passave sit, dummodo ejus ætatis sit, ut dolum capiat, puta proximus pubertati, dummodo sit doli potens: Nam hæc actio dolum tantum coercet. Datur autem hæc actio bonæ fidei emptori, ut dixi, qui ignorabat eum, quem emebat, esse liberum, non etiam ei, qui & ipse sciebat liberum esse eum, qui pro servo venibat, quoniam scienti dolum non inferitur, l. cum donationis, Cod. de transact. Et hæc actio in dolum concipitur, id est, decepto in deceptorem datur. Sciens autem non decipitur, sed ipse se decipit, l. 16. hoc tit. l. 1. in fine, quod falsus auct. Unde si, ut ex hoc libro proponitur in l. 17. servus meus, vel procurator meus certum hominem jussu meo, aut mandatu meo emerit, veluti Cajum, quem quidem ego sciebam, ille servus, aut procurator meus ignorabat esse liberum hominem, hæc actio mihi non competit, quia scivi liberum eum esse. Contra vero, si ego ignoravi, mihi hæc actio competit, quamvis procurator meus sciverit, eum liberum esse. Ait, certum hominem: Nam si generaliter hominem mihi emi mandavero, & procurator sciens mihi emerit liberum hominem, scientia procuratoris etiam mihi ignoranti nocet, ut l. 16. sup. l. 22. §. pen. inf. Ceterum procurator domino absque dubio, quod & glossa notat, eo nomine tenebitur actione mandati, vel negotiorum gestorum, ut l. cum mancipium, de adil. edict. Ad hæc sciendum est, hac actione liberum hominem, qui dolo malo se pro servo venundari passus est, in tantum teneri emptori bonæ fidei, quantum emptor propter eam emptionem dedit & in duplum. Quantum, inquam, dedit, vel permutavit, vel compensavit eo nomine: quia & is dedisse intelligendus est, aut solvisse, qui permutavit,

tavit, vel qui compensavit. Quod ex hoc libro est relatam A
in l. 19. hoc tit. & repetitum iisdem verbis in l. 76. de verb.
signific. quæ est ex hoc lib. Idemque & in aliis pluribus cau-
sis obtinet, ut pensatio, vel permutatio pro datione, aut so-
lutione sit, l. 4. qui pot. in pign. bab. l. ult. C. de luit. pign.
Item sciendum est, hanc actionem, quia pœnalis est, nempe
in duplum, non dari in heredem, vel alium successorem li-
beri hominis, qui se dolo malo, dissimulato statu capitis sui,
venundari passus est, quod ostenditur in l. 21. hoc tit. Sed ad-
denda est exceptio: *si jam lis, priusquam moreretur, cum*
eo fuerit contestata, qui se pro servo dolo malo venundari
passus est. Nam pœnalia iudicia semel accepta (accipiuntur
autem lite contestata) in heredem transmittuntur. Quod
etiam ex hoc libro, cum de hac actione scriberet Paulus,
scripsisse constat ex l. pœnalia 164. de reg. jur. quæ est ex
hoc lib. Pœnalia, inquit, iudicia semel accepta, in heredem B
transmitti possunt. Ergo & hoc iudicium, de quo agimus,
quod pœnale est, post litem contestatam cum defuncto,
transmittitur in heredem ejus. Postremo de hac actione id
rursus, quia forte nondum bene perceptum est, inculcan-
dum est quod diximus ad l. 23. §. 1. h. t. totiens huic actio-
ni locum esse, quotiens non est in ea causa is, qui se pro
servo venundari passus est, ut ei ad libertatem proclamatio
denegetur, ut adfertio in libertatem ei denegetur, puta
quotiens pretium non participavit: nam pretii participatio
(qua nihil est sordidius, aut turpius) indignum eum facit
libertate, quam prodidit, qui prætulit pecuniam, indignum
eum facit libertate. Ergo servum eum facit pretii partici-
patio, qui pecuniam prætulit libertati, rei inæstimabili, &
sine pretio pretiosæ. Ideoque in libertatem proclamare
prohibetur is, qui sciens, & quod etiam exigitur, cum es-
set major 20. annis, ad pretium participandum se venire
passus sit, l. 5. §. 1. de statu hom. Quod non potest etiam
trahi ad liberum hominem, qui se donari tanquam servum,
vel in dotem dari, vel pignori opponi passus est, quia hic
nullum pretium intercessit. Ergo non plectitur libertate, &
in integro ei est proclamare ad libertatem. Verum, ut est
legendum in d. l. 23. §. 1. quæ dicta sunt in superioribus le-
gibus octo, aut novem, de venditis servis, id est, de liberis
hominibus venditis quasi servis, quibus non denegatur ad
libertatem proclamatio, ut puta, quia pretium non partici-
paverunt, nempe ut si scientes venierint, & ad libertatem
proclamaverint, bonæ fidei emptori teneantur in duplum:
ea, inquam, etiam referenda sunt ad eos, qui se donari, vel
in dotem dari scientes dolo malo passi sunt: Nam & ii doli
mali nomine donatario, & marito, & creditori tenentur in
duplum, si quid eis ob eam rem absit: ut si donatarius in-
vicem aliquid donaverit remunerandi causa, si maritus su-
stinuerit onera matrimonii, si creditor fortis damnum fece-
rit. Quod autem missa hac actione pœnali Paulus in l. 23. §.
ult. hoc tit. cœpit scribere de liberali iudicio, de liberali cau-
sa, ut si mater & filius litigent de libertate, aut conjungan-
tur utrorumque iudicia, & apud eundem iudicem agatur,
aut si jam apud diversos iudices cœpta sint, prius agatur
causa matris tanquam præjudicialis, deinde filii. Nam si ma-
ter pronuntietur esse libera, & ex ea quoque filius editus
liber esse pronuntiabitur: una causa liberalis alii causæ li-
berali præjudicium facere potest. Ubi, inquam, mater pro-
nuntiat eum esse libera, & quodammodo pronuntiat eum
ex ea natus liber esse, quia plerumque partus sequitur ma-
trem, maxime si sine legitimo matrimonio editus sit, alio-
quin sequitur patrem. Id vero, quod ita cœpit scribere
l. 23. de liberali iudicio, id est, hunc tractatum de liberali cau-
sa etiam persequitur Paulus l. 24. quæ est ex hoc lib.

Ad L. XXIV. cod. *Ordinata liberali causa, liberi loco habetur*
is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque,
qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur, qua-
scunque intendere velit. Quid enim, si quæ tales sint, ut
tempore, aut morte intereant? quare non concedatur ei,
litem contestando, in tutum eas redigere?

Ad §. *Quin etiam Servius ait, in actionibus annuis ex eo tem-*
pore annum cedere, ex quo lis ordinata sit.

Ad §. *Sed si cum aliis experiri velit, non est quaerendum, an*

lis ordinata sit: ne inveniatur ratio, quemadmodum subiecto
aliquo, qui libertatis controversiam moveat, interim actiones
excludantur: æque enim ex eventu iudicii liberalis, aut utilis,
aut inanis actio ejus efficitur.

Ad §. *Sed si quas actiones inferat dominus: quaeritur, an com-*
pellendus sit suscipere iudicium? & plerique existimant, si in
personam agat, suscipere ipsum ad litem contestationem, sed su-
stinendum iudicium, donec de libertate judicetur: nec videri
præjudicium libertati fieri, aut voluntate domini in libertate
eum morari: nam ordinato liberali iudicio, interim pro libero
habetur, & sicut ipse agere, ita cum ipso quoque agi potest. Cæ-
terum ex eventu, aut utile iudicium erit, aut nullum, si contra
libertatem pronuntiatum fuerit.

Ad §. *Si is, qui in libertatem proclamat: furti, aut damni in-*
juriam ab aliquo arguatur: Male ait, interim eum cavere de-
bere iudicio se furti: ne melioris conditionis sit, qui dubiæ li-
bertatis est, quam qui certæ: sed sustinendum iudicium, ne
præjudicium libertati fiat. Æque si cum possessore hominis
furti agi cœperit, deinde is, cujus nomine agebatur, in liberta-
tem proclamaverit: sustinendum iudicium, ut, si liber iudica-
tus sit, in ipsum transferatur iudicium: & si damnatio facta
sit, iudicati actionem potius in eum dandam.

O *rdinata, inquit, liberali causa. Liberalis causa ordi-*
nari dicitur, non quæ contestatur, sed & quæ non-
dum contestatur. Lis ordinatur ante litem contestationem
omnino. Et ordinari dicitur liberalis causa, quum liberali
iudicio certus ordo datur, quo iudicium agatur, cum so-
lemnia iudicii ordinantur, ut ait l. si tibi serv. C. eod. tit. &
quum id in primis constituitur, quem actoris quemve rei
partibus in eo iudicio fungi oporteat. Et id ostendit l. 7. §.
ult. hoc tit. ubi, quæ lis dicitur præparari, eadem ordinari
dicitur, l. 20. de probat. Idem ergo est ordinari, & præpara-
ri. Et sic lis de inofficioso testamento modo præparari, mo-
do ordinari petita bonorum possessione, l. 7. & 8. §. 1. de
inoff. testam. Causa item criminalis dicitur ordinari, quæ
præparatur, nempe, ut est nominatim scriptum in l. 1. C.
ad Senatusc. Turpill. inscriptionibus depositis, & fideiussoribus
datis de exercenda lite: eodemque sensu ita etiam alij aucto-
res loqui solent. M. Tull. 2. de Orat. quæ in foro, inquit,
aut in civium causis disceptationibusque versantur, ea viden-
tur, aut in lite ordinanda, aut in consilio dando esse posita. Se-
neca in epist. Sapienter quandoque opus esse alieno consilio,
quomodo medico, quomodo gubernatori, quomodo advocato, &
liis ordinari. Porro ordinata liberali causa, ab eo tempore,
quo ordinata est, etiam si nondum contestata sit, is, qui
de statu suo litigat, de libertate sua, interim liberi hominis
loco habetur, sive proclamet ad libertatem ex servitute, in
qua est, sive ex libertate petatur in servitutem, vel ipse se
liberum esse contendat, interim pendente liberali causa, li-
beri loco habetur, vel in possessione libertatis constituitur,
id quod est ex 12. tab. Unde illud caput, ut vindiciæ dentur
secundum libertatem, l. 2. §. initium, de orig. jur. & l. seq.
§. licet, hoc tit. l. lite, C. eod. tit. l. 1. C. qui tut. vel cur. dari
poss. Rursus dico, interim eum pro libero haberi, cum in
aliis causis, tum etiam in eo, quod adversus eum, qui se do-
minum dicit, interim quascunque actiones intendere, &
earum causa saltem litem contestari potest, quoad de liber-
tate judicetur, eo iudicio, quod perductum est ad litem con-
testationem suspensio, ne liberali iudicio præjudicium fiat.
Ergo his actionibus uti usque ad litem contestationem po-
test, non usque ad extremam sententiam, maxime si tales
sint actiones, ut tempore, aut morte interituræ sint, videli-
cet, ut litem contestando, ut eleganter ait, in tutum redigantur.
quia litem contestatio perpetuat actionem, & conservat,
alioquin tempore, aut morte rei interituram, l. 139. de reg.
jur. l. aliam, de novat. l. nam postea, §. si is, qui, de jurejur.
l. ult. de fideiuss. tut. l. 2. C. quand. lib. prin. obl. Et ut mox
additur, si quidem in possessione servitutis fuerit, si possessus
fuerit quali servus ante ordinatum liberale iudicium, atque
adeo si annuis actionibus, quas habuit, experiri non potuit,
quod esset in servitute, post ordinatum liberale iudicium
earum actionum annus cedit, quia ex eo tempore demum
agere potest, saltem ad litem contestationem usque, propte-
rea

rea quod interim liberi loco habetur. Quod ita etiam obser-
vatur in specie legis in reb. in fi. C. de jure dot. & l. i. §. ult.
C. de ann. except. Sequitur in hac lege, eum, qui in posses-
sione est libertatis sine dolo malo, etiam ante ordinatam
causam liberalem, quam aliquis movere parat adversus
alios, qui controversiam status ei non faciunt, nec facturi
sunt, actiones suas contestari posse, maxime temporales
actiones, ne pereant, alioquin supposito aliquo, qui liberta-
tis moveret quæstionem, & controversiam, facile possent
ejus actiones eludi, quod esset iniquum. Verum eventus
judicii liberalis declarabit, utrum utiles sint ejus actiones,
quas cum aliis contestatus est, an inutiles, & nullæ. Sunt
enim utiles, si secundum libertatem judicatum erit, inutiles,
si contra libertatem. Ut autem ipse interim quascunque
actiones adversus eum, qui se dominum dicit, contestari po-
test, si tales sint, ut periturae sint tempore, vel morte rei: ita
& vicissim ille, qui dominum se dicit, adversus illum actio-
nes, quas habet, contestari, & in judicium deducere potest,
illo coacto judicium suscipere, sive litem contestari, quod
sæpe fit hodie, ut inviti rei jussu judicis cogantur litem
contestari, qui hoc maxime initio movendæ litis fugitant,
sed lite contestata sustinenda erit actio, quæ adversus illum
contestata est, donec de libertate judicetur. Cujus rei even-
tus etiam declarabit utilis fuerit actio, necne. Atque ita
hac actione suspensa post contestationem præjudicium
non fiet liberali judicio: neque vero ob id, quod cum eo
egerit is, qui se dominum dicit, alio judicio, videbitur vo-
luntate ejus in libertate morari. Quod si videretur, plane
fieret præjudicium liberali judicio, quoniam prætor, ut est
in fragmentis Ulp. tuetur libertatem ejus, aut non permittit
servire eum, quem constat in libertate morari domini vo-
luntate, etiam si liber non sit: & hoc, inquit, si dominus,
id est, qui se dominum dicit, in eum agat in personam qua-
si obligatum, judicium sustinendum est, & suspendendum.
Nam actio in rem sustinenda non videtur, sed ejus judicii
potestate rei evictio, dominio probato, domino permit-
tenda est. Sequitur in §. ult.

AD §. ult. Si cum eo, qui in libertatem proclamavit, lite
ordinata, quidam agat furti, vel ex l. Aqu. de damno
injuria dato, interim eum cavere debere judicio se fisci, pe-
rinde atque si certum esset liberum eum esse, more cætero-
rum judiciorum, & debere litem contestari: suspensio tamen
ultimo judicio, ne præjudicium fiat judicio liberali jam ordi-
nato, quod & ob id præjudiciale dicitur, & præjudiciales
actiones, quod prius agenda sint, quam ullæ aliæ, quæ eis
præjudicium adferre possunt. Item si cum domino servi
nomine agatur noxali actione furti, vel l. Aquilia, qui qui-
dem servus proclamat ab libertatem, suspenditur etiam
noxalis actio, ne præjudicium fiat libertati, de qua judicium
longe gravius est, & ponderosius. Ac si quidem liber pro-
nuntietur, in eum judicium noxale transfertur, vel judicati
actio in eum datur, non in dominum, cum quo judicium
ceptum est noxale: si liber, inquam, pronuntietur, judica-
ti actio in eum datur, secuta condemnatione, post finitur
liberale judicium. Denique in eum, qui proclamat ad li-
bertatem, vel fit translatio judicii noxalis, vel in eum datur
actio judicati, quod est in fine hujus legis. Ex quo soleo ita
legere in l. tam in contractibus, in fine, de judic. quod est fa-
tis perspicuum, translatio, non transactio, translatio, vel ju-
dicati actio datur eo mortuo, qui litem instituerat, in eum,
cujus res est, in eum, quem res potissimum respicit, vel
translatio judicii datur, vel judicati actio.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. IV. de Public. & vect. Si publicanus, qui vi adem-
decesserit: Labeo ait, in heredem ejus, quo locupletior factus

fit, dandam actionem:

AD §. De rebus, quas in usus advehendas sibi mandant præ-
sides, Divus Hadrianus præsidibus scripsit, ut quotiens, quis
in usus, aut in eorum, qui provinciis exercitiibusque præsumt,
aut procuratorum suorum, usus sui causa mittet quendam
empturum, significet libello manu sua subscripto, eumque ad
publicanum mittat: ut si quid amplius, quam mandatum est,
transferet, id munificium sit.

AD §. In omnibus vectigalibus fere consuetudo spectari solet:
Idque etiam principalibus constituitur cavetur.

CUM hic totus liber quinquagesimus secundus
sit de publicanis, hæc lex docet actionem in
duplum ex edicto de publicanis proposito in
l. i. ejusdem tituli. quæ datur in publicanum, qui
quid vi ademerit sub specie publici vectigalis, vel ut est
in edicto: Ejus publici nomine, quod exercet, nam initio il-
lius edicti ita legitur perperam: Quod publicanus ejus pu-
blicani nomine vi ademerit. Legendum: Quod publicanus
ejus publici nomine: ut in Basilicis, ὁ δημαρὶ τῆς τέλης: quod
scilicet ipse exercet: quod igitur publicanus ejus publici
nomine quod exercet, vi ademerit, eam, inquam, actio-
nem in heredem publicani non dari in solidum, quia ex
edicto descendit, sed eatenus duntaxat, quatenus ad eum
pervenit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum per-
venit hereditas, nisi sc. lis fuerit contestata cum defuncto,
juxta definitionem leg. un. C. ex delict. def. in quant. hered.
conven. Quia litis contestatione quasi contrahitur: judicio
accepto quasi contrahitur, l. 3. §. item scribit, de pecul. Et
transfertur non jam quasi ex delicto, sed quasi ex contractu
judicium in heredem in solidum. Quod superiore libro
probavimus ex l. 164. de reg. jur.

AD §. De rebus. In §. i. hujus l. docet Paul. vectigal, sive
portorium non debere res, quas præsides provincia-
rum, vel duces exercituum, vel procuratores Cæsaris usus
sui causa emunt, & sibi advehi curant, mandant, si modo
libellum manu sua subscriptum ad publicanos miserint, quo
significaverint, quas res in usus suos sibi emi, & advehi cu-
raverint, mandaverint, ut si quid amplius, quam mandatum
sit transferebatur, id munificium sit, id est, vectigali obno-
xium. Quod in hoc §. i. traditur ex rescripto Adriani. Un-
de intelligimus etiam ea, quæ munifica non sunt, quæ vec-
tigal non pensitant, apud publicanos profitenda esse, ut
l. ult. §. quoties, & §. Divus, hoc tit. Etiam quod privati ho-
mines usus sui causa advehunt, vel sibi advehi curant, non
sunt quidem munifica, usualia scil. non sunt munifica, sed
promercialia, ut l. i. Censoria, de verb. sign. l. 5. C. de vect. &
com. & in antiqua inscriptione urbis. Quidquid usualium in-
vehitur, anfarium non debet. Quo de nomine vectigalis est
etiam mentio in l. i. C. Hermoz. de jure fisci. Et in alia etiam
antiqua inscriptione fit mentio anfarium promercialium, pro-
mercialium, non usualium. Verum etsi usualia munifica non
sunt, profitenda tamen sunt apud publicanos, alioquin im-
professa fisco committuntur. Ad hæc non omittam, quod
glossa notavit in d. l. 5. de vectig. usualibus non adnumerari
materiam, quæ advehitur domus extruendæ, aut reficiendæ
gratia. Hanc enim materiam esse munificam. Et ita quo-
que apud Allobroges, ex solius illius glossæ auctoritate ju-
dicatum fuisse Guido Papa refert, decisione 4.

AD §. ult. In §. ult. hujus l. tradit ex Constitut. princi-
pum, in omnibus vectigalibus fere consuetudinem
spectari solere, ea scilicet vectigalia debere, quæ solemnita
sunt, quæ inferri consueverunt, non nova, & inusitata in-
consulto principe, quod confirmat etiam l. 10. inf. hoc tit.
l. 2. & l. ult. C. vect. nova instit. non posse, quæ etiam anti-
quam consuetudinem spectari jubet.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXXI. Ex quib. caus. major. Si is, cujus rem usucepit, reipublica causa absens, possessionem suae rei ab illo usucaptae nactus sit: & si postea amiserit, non temporalem, sed perpetuam habet actionem.

EX hoc Libro tres tantum habemus leges, five tria ἀποσπασματῶν, sic loquitur Cicero ad Atticum lib. 2. epistol. 1. Sunt praeterea duae breves orationes, quasi ἀποσπασματῶν legis Agrariae, id est, fragmenta. Una lex est 31. ex quib. caus. maj. Quae, ut intelligatur, sciendum est, ex edicto, ex quibus causis majores in integrum restit. subveniri absentibus reipub. causa, quorum res, quas in civitate reliquerunt, interim, dum absunt reipub. causa usucaptae sunt: subveniri, inquam, eis reversis data restitutione in integrum, & actione in rem rescissoria usucapionis intra annum utilem. Data igitur actione, sive rei vindicatione temporali, non perpetua, quia datur contra jus civile, in honorariis, de oblig. & act. id est, contra jus usucapionis, quod jure civili introductum est, nempe 12. tabul. Denique quia jus usucapionis infringit, subveniri etiam iisdem, & quidem multo magis, data exceptione, si forte rei suae ab alio usucaptae cum abessent reipublicae causa, possessionem nactus sint: Nam si is, qui rem usucepit ab eis possessionem nactus, eam rem vindicet, tuebuntur se exceptione, l. 28. §. ult. sup. hoc tit. Quae quidem exceptio est perpetua, actio rescissoria est annua, ut dixi, ut plerumque ubi actio est temporalis, exceptio est perpetua, l. pure, §. ult. de doli exc. l. 5. C. de excep. Eodemque modo subveniri praesentibus, quorum res absentes reipublicae causa, cum domi non reliquissent defensorem, sive procuratorem, usuceperunt: ergo non tantum subveniri absentibus adversus praesentes, qui absentium res usuceperunt, sed etiam praesentibus adversus absentes, qui praesentium res usuceperunt: praesentium, id est eorum, qui in civitate manserunt, & subveniri iisdem modis omnibus, ut constat ex §. rursus, Insti. de act. & ex l. 18. C. de poss. & red. ab hostib. Hoc cognito, finge: Absens reipub. causa usucepit rem meam, forte mobilem aliquam: ego post usucapionem impletam, atque adeo amissum ejus rei dominium, ejus rei jam usucaptae, forte fortuna possessionem nactus sum: secundum ea, quae dicta sunt supra, habeo exceptionem perpetuam possessionis tuendae causa adversus cum, qui ejus rei dominium quaesivit usucapione: qua quidem exceptione me tueri possum, si is, qui dominus factus est usucapione, eam rem a me vindicaverit: in hunc fere modum: Si non tu absens eam rem usucepisti. Et consequenter, si postea ejus rei possessionem amiserit, ejus etiam vindicandae hoc casu habebit actionem perpetuam, non temporariam, quasi perpetuo jure jam ante mihi quaesito per adeptionem possessionis, & per exceptionem perpetuam. Quae Sent. hujus l. est valde singularis.

Ad L. XLII. Si praegnans ancilla vendita, & tradita sit, evicto partu, venditor non potest de evictione conveniri, quia venditus non est.

DOcet, ancilla praegnante vendita, & tradita, evicto partu, emptori non competere actionem de evictione adversus venditorem, quia partus, inquit, venditus non est, sed ancilla. Quod intelligendum est ita, ut non competat actio de evictione ex stipulatione duplae, sed competat tantum actio ex empto in id quod interest, ut aperte probat l. 8. cod. tit. & l. non quocumque, §. Julianus, de leg. 1. sicut in l. seq. vaccae emptor vitulo evicto ex stipulatione duplae agere non potest, ut est ibi expressum, agere tamen potest

Tom. II. Post.

A ex empto. Sicut domus emptor, columna evicta, ex stipulatione duplae agere non potest. Et ita accipienda est l. 36. hoc tit. Agere tamen potest ex empto, l. cum, qui ades, §. fin. autem, de usurp. & usucap. Stipulationes strictius accipiuntur: & si quidem res strictius accipitur, ancilla praegnante vendita, certe partus non est venditus. Ideoque nec evicto partu competit actio ex stipulatu duplae, sicut in Concilio Caesariensi tincta, ut veteres loquebantur, muliere praegnante sacro lavacro, sive baptisate, id quod utero gestavit, tinctum non est. Et similiter, qui ancillam praegnantem silli promittit, nihil de partu sistendo promittit, linter stipulationem, §. ult. de verb. oblig. At bonae fidei interpretatione admissa, quae latissime patet, profecto ancilla praegnante vendita, etiam partus venditus videtur: ideoque & partu evicto, ex empto actio competit: sicut ancilla praegnante precario rogata, id etiam actum videtur, ut partus in eadem causa habeatur, l. 10. de precar. Et similiter ancilla praegnante donata, id actum videtur, ut & partus sequatur donatarium, l. cum pater filiae, §. pater filiae, de leg. 2.

Ad L. XXXIX. de Verbor. significat. Subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est. Nam veteres subsignationis verbo pro adscriptione uti solebant.

Ad §. Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt.

Ad §. Detestari est absenti denuntiare.

Ad §. Incertus possessor est, quem ignoramus:

Tertia est l. 39. de verb. signif. quae pertinere videtur ad edictum aliquod praetoris, ex quo, quod rationi consentanea neum est, bona absentis, & incerti possessoris, detestatione habita apud aetarium, ut & Cicero loquitur, vel apud censorem bona subsignantur, id est, subscribuntur ea lege, ut si is non comparuerit intra certum tempus, ea bona tanquam vacantia in aetarium, aut fiscum redigantur: prius subsignantur, quam confiscantur, ut Lul. de requir. reis. Inde accepta occasione subsignare, interpretatur esse subscribere, quoniam sic veteres loquebantur, sicut signare pro scribere, etiam nullo signo impresso, & resignare, & consignare apud Festum pro rescribere, & conscribere: Bona autem in eodem edicto intelliguntur cujusque esse, quae deducto aere alieno supersunt, ut in l. Falcidia, & in edicto de collat. bon. & in actione pro socio, bona sociorum communia, quae supersunt deducto societatis aere alieno, l. 65. §. si communia, pro soc. Et in causis etiam caeteris, in quibus bona subsignantur, & coguntur in fiscum, coguntur enim in fiscum, vel aetarium cum onere exsolvendi aeri alieni, l. 11. de jur. fisc. Subsignantur autem bona absentis, & incerti possessoris apud aetarium detestatione, id est, ut hic interpretatur denuntiatione absenti publice facta, coram testibus videlicet, nisi certo die adfuerit, bona confiscatum iri tanquam vacantia. Quod non fit quidem in personam, quia nec in personam absentis, & incerti possessoris ea de re cum testatione denuntiatio fieri potest, quia nusquam apparet, sed fit haec detestatio, sive testatio, aut denuntiatio in rem praesentem, veluti ad aedes absentis, & incerti possessoris, ut l. 2. de nav. sen. l. ergo, ex quibus causis maj. Et incertus quidem possessor est, ut hic proponitur, quem ignoramus, l. 18. §. ult. de usur.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES:

Ad L. I. de Acquir. vel omitt. possess. Possessio appellata est (ut & Labeo ait) a sedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insitit, quam Graeci κατοχήν dicunt.

Ad §. Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait. Eiusque rei vestigium remanere de his, quae terrae

X x

terrae

terra, mari, caloque capiuntur : Nam hæc protinus eorum A
sunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello
capta, & insula in mari enata, & gemmæ, lapilli, margari-
tæ in litoribus inventæ, ejus sunt, qui primus eorum pos-
sionem nactus est.

Ad §. Adipiscimur autem possessionem per nosmetipsos.

Ad §. Furiosus, & pupillus sine tutoris auctoritate non potest
incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet
maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti
aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet
possidere. Osilius quidem, & Nerva filius etiam sine tutoris
auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim
rem facti, non juris esse. Quæ sententia recipi potest, si ejus
ætatis sint, ut intellectum capiant.

Ad §. Si vir uxori cedat possessione, donationis causa: pleri-
que putant possidere eam: quoniam res facti infirmari jure ci- B
vili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem,
cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit posses-
sionem?

Ad §. Item adquirimus possessionem per servum, aut filium, qui
in potestate est, & quidem earum rerum, quas peculiariter
tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino, & Cassio, & Juliano
placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis
peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari &
infirma, & furiosus acquirunt possessionem, & usucapiunt: &
heredes, si hereditarius servus emat.

Ad §. Sed & per eum, quem bona fide possidemus; quamvis
alienus sit, vel liber, possessionem adquiremus. Quod si mala
fide eam possideamus, non puto acquiri nobis possessionem
per eum. Sed nec vero domino, aut sibi adquiret, qui ab alio
possidetur.

Ad §. Per communem, sicut per proprium adquirimus etiam
singuli in solidum, si hoc agat servus, ut uni acquirat, sicut
in dominio acquirendo.

Ad §. Per eum, in quo usumfructum habemus, possidere possu-
mus: sicut ex operis suis acquirere nobis solet. Nec ad rem-
pertinet, quod ipsum non possidemus: nam nec filium.

Ad §. Cæterum & ille, per quem volumus possidere, talis esse
debet, ut habeat intellectum possidendi.

Ad §. Et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequa-
quam videris apprehendisse possessionem.

Ad §. Quod si impuberem miseris ad possidendum, incipies
possidere: sicut pupillus maxime tutore auctore acquirat posses-
sionem.

Ad §. Nam per ancillam quin possit nancisci possessionem, non
dubitatur.

Ad §. Pupillus per servum, sive puberem, sive impuberem, ad-
quirat possessionem, si tutore auctore jusserit eum ire in pos-
sionem.

Ad §. Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere,
Nerva filius ait, licet respondeatur, quandiu ab alio non pos-
sидetur, à nobis eum possideri, ideoque interim etiam usuca-
pi. Sed utilis causa receptum est, ut impleatur usucapio,
quamdiu nemo nactus sit ejus possessionem. Possessionem au-
tem per eum acquiri, sicut per eos, quos in provincia habe-
mus, Cassio, & Juliano sententia est.

Ad §. Per servum corporaliter pignori datum non acquirere nos
possessionem, Julianus ait: ad unam enim tantum causam vi-
deri quæ à debitore possideri, ad usucapionem: nec creditori,
qui nec stipulatione, nec ullo alio modo per eum acquirat,
possessionem possideat.

Ad §. Si heredes putaverunt non posse nos per servum heredita-
rium acquirere quod sit ejusdem hereditatis. Itaque agitur,
num hæc regula longius producenda sit: ut si plures servi lega-
ti sint, per unum an possint cæteri possideri. Idem tractatus est, si
pariter empti, vel donati sint. Sed verius est ex his causis, pos-
se me per unum reliquorum acquirere possessionem.

Ad §. Si ex parte heredi instituto servus legatus sit: propter
partem, quam ex causa legati habet, acquirat fundi heredita-
rii possessionem.

Ad §. Idem dicendum est, si servum communem jussero adire
hereditatem, quia propter partem meam adquirō.

Ad §. Hæc, quæ de servis diximus, ita se habent, etsi ipsi velint
nobis acquirere possessionem. Nam si jubeas servum tuum pos-

sidere, & is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed
potius Titio acquirere: non est tibi acquisita possessio.

Ad §. Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis
adquiratur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem,
non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommoda-
rent nobis, non possunt acquirere: alioquin, si dicamus, per
eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine acci-
piunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia
non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quo-
niam cesserit possessionem.

Ad §. Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea
in presentia sit, videri mihi traditam, Priscus ait. Idem-
que esse, si nummos debitorem jusserim alii dare. Non est enim
corpore, & actu necesse adprehendere possessionem: sed etiam
oculis, & affectu, & argumento esse eas res, quæ propter ma-
gnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas. Nam
pro traditis eas haberi, si in re presenti consenserit, & vi-
na tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emptori tradi-
tæ fuerint.

Ad §. Municipales per se nihil possidere possunt, quia uni consen-
tire non possunt. Forum autem, & Basilicam hisque similia
non possident, sed promiscue his utuntur. Sed Nerva filius ait
per servum, quæ peculiariter adquisierint, & possidere, &
usucapere posse. Sed quidam contra putant: quoniam ipsos
servos non possideant.

HIC liber totus est de possessionibus, & usucapio-
nibus, & cepit, ut opinor, à definitione possessio-
nis, quæ proponitur initio l. 1. de acquir. possess. Ab
ea igitur lege incipiamus. Possessio, inquit, appella-
ta est, ut Labeo ait, à sedibus, quasi positio. Definitio est no-
minis, non rei, & ex Labeone, qui auctore Gellio Latinarum
votum origines, & rationes percallebat, eaque præcipue
scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur.
Possessionem appellatam esse à (sedibus) quasi positionem,
id est, situm. Unde & idem Labeo sumpto exemplo à fedi-
bus, & stationibus, & quasi à nomine argumento ducto, quod
maxime notandum est in l. 3. §. ex contrario, hoc ita dixit, non
magis eandem possessionem apud duos esse posse, quam ut stare
videaris in eodem loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu
sedere videaris. Proprius locus, ut Philosophus ait, neque
major, neque minor est locato. Deduci autem nomen à se-
dibus, quia, inquit, naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit,
quod est, quia corporaliter tenetur ab eo, qui ei insistet, in-
cubatur, eamque possessionem naturalem, sive corporalem
à Græcis vocari κατοχὴν, detentionem, vel, ut nostri auctores
loquuntur, detentionem, in l. ab hostibus, §. sed quod, ex
quibus caus. maj. & l. 5. de impens. in res dot. fact. Natura-
lem igitur possessionem nihil aliud esse, quam detentio-
nem rei, vel, ut eodem sensu scriptum est in l. questio, de
verb. signific. & relatum apud Festum ex Ælio Gallo Juris-
consulto, possessionem naturalem esse, usum quandam rei,
usum, id est, κατοχὴν, κατοχὴν. Detentionem, non usio-
nem, id est, χρῆσιν, mutant enim hæc duo, longeque di-
stant. Plures eandem rem pro solido possidere, vel tenere
non possunt, uti tamen ea possunt pro solido, l. si ut certo, §. si
duob. commod. ut balneo publico, vel porticu, vel campo
unusquisque utitur in solidum, nec eo minus ego utar,
quod & tu utaris pariter. Usus ergo ejusdem rei potest
esse apud plures, sed possessio non item. Ac præterea foro
utimur, forum tamen non possidemus, §. ult. in hac lege.
Servitutibus prædiorum utimur, servitutes tamen non pos-
sidemus. Corporalia scilicet possidemus, non incorpora-
lia. Et servitutes jura sunt incorporalia, ut l. 2. in fine, de præ-
car. l. 4. §. si viam, iii. seq. Unde & recte Apulejus i. Apo-
logia. Plurimis, inquit, rebus possessu careo, usu fruor. Et
ille etiam articulus, quendam, quem Ælius Gallus usurpat,
dum ait, Possessionem esse usum quandam rei, usum quen-
dam agri, vel edificii, significat possessionem esse pro-
prietatis cujusdam generis usum, nempe detentionem, quæ po-
test esse absque usione, aut fruitione: non esse usum, qui
vulgo dicitur, ut in definitione legati, Legatum est donatio
quædam à defuncto relicta: Ille articulus, quædam, significat
esse proprii cujusdam generis donationem, non donatio-
nem

nem inter vivos, non donationem causa mortis, non mortis causa capionem specialiter acceptam. Sequitur in hac lege, *Ex naturali possessione cepisse dominia rerum*. Initio scilicet nondum neque naturali, neque civili jure descripto. Et similiter in *l. traditio, §. ult. sup. tit. prox.* & in *§. ex his, Institus. per quas person. nob. adquir.* per possessionem naturalem scilicet dominium adquiri, ejusque rei vestigium, ait, remanere in his animalibus, quæ terra, mari, cæloque capiuntur: quæ protinus jure domini eorum sunt, qui primi ea occupaverint, qui primi naturalem eorum possessionem nacti fuerint. Et similiter ejus rei vestigium apparet in rebus mobilibus, quæ in bello ab hostibus capiuntur, quæ sunt statim eorum, qui primi naturalem earum possessionem apprehenderint. Et in insula in mari enata, quæ & protinus occupantis sit, & in lapillis, gemmis, margaritis, quæ in littore maris inveniuntur, quæ etiam res protinus occupantis sunt. Atque ita ex naturali possessione earum rerum dominium incipit: multæ tamen sunt aliæ res, quarum dominium ipso jure acquiritur sine possessione naturali, ut ex *l. 2. tabul.* Res legatæ per vindicationem legatarii efficiuntur propriæ, etsi eas non apprehenderit, *l. a Titio, de furt.* Et similiter res donatæ mortis causa, quæ passim in jure sunt instar rerum legatarum. Et hoc etiam ostenditur in *l. 1. in fine, & 2. de Publ. in rem act.* Res quoque hereditariæ heredi, qui non repudiaverit hereditatem, vel qui se non abstinuerit hereditate, ex duodecim tabul. ipso jure acquiritur, etiam si earum possessionem non apprehenderit, *l. si ager, de rei vindic. l. si sorori, C. de jure delib. l. pen. C. unde legit.* ubi id est aperte expressum. Item si socius cessante socio ædes communes restituerit suis sumptibus, nec intra quatuor menses socius, qui cessavit, pro sua parte contulerit in sumptus factos, in restitutionem ædificii ei, qui restituit ædificium, ipso jure, pro solido ædificii dominium acquiritur, sine traditione, sine possessione naturali, ex oratione D. Marci, *l. cum duobus, §. idem respondit, pro socio, & l. 4. C. de edific. priv.* Caduca quoque & creptoria, ut vocantur, fisco acquiritur ipso jure, sine naturali possessione, *l. 1. de jure fisci, ex lege Papia Popæa*, ut nominatim Ulpianus scribit *lib. sing. reg. tit. de dominis*. Item adrogatione dominium bonorum adrogati statim tacito jure acquiritur adrogatori sine apprehensione possessionis, *l. 1. §. de adopt. l. 1. §. testam. de bon. poss. sec. tabul.* & adjudicatione quoque sola judicis dominium ipso jure acquiritur in judiciis familiæ eriscundæ, communi divid. finium regundorum, *§. ult. Institus. de off. judic.* Et emancipatione similiter, & cessione in jure absque ulla apprehensione possessionis. Illarum vero rerum, quæ hoc loco commemorantur, veluti animalium cælo, terra, mari captorum, quæ cælo, terra, mari capiuntur, cæterarumque rerum sane dominium non acquiritur, sine corporali possessione, sine possessione naturali, per possessionem naturalem jure gentium adquiri videntur. Ad hæc notandum est, ubi naturali possessioni, quæ jam satis definita, & explicata est, accedit animus, cogitatio, opinio, jus domini, cum hoc accessit, tum hæc possessio civilis possessio dicitur. Naturalis possessio solo corpore consistit, non jure domini, quod vel appellatio ipsa demonstrat. Naturalis enim, & corporalis idem est. Civilis autem consistit non corpore tantum, sed etiam domini jure civili. Unde quod ait *lex 10. C. de adquir. poss.* possessionis duplicem esse rationem: aliam, quæ jure consistit, aliam quæ corpore, quod glossæ ibi non intelligunt, quæ *jure & animo* idem esse arbitrantur, quo nihil est ineptius. Id sane hoc est omnino, quod dixi, duplicem esse possessionem, aliam civilem, quæ scilicet jure domini consistit, aliam naturalem, quæ solo corpore consistit, non jure domini, quod & illo loco Basilica in hanc sententiam exprimit: *possessio naturalis, inquit, est rei detentio. Possessio, & νόμος, id est, possessio civilis, est animo domini suscepta detentio: Animo domini, opinione domini, ut ait l. si servus, de noxal. action. cogitatione domini, ut ait *lex pen. C. de furt.* ea mente scilicet, ut rem sibi habeat, quasi propriam, quam mentem non habet qui naturaliter duntaxat possidet, sed longe aliam, ut mox declarabitur: Nam & si naturalis possessio non consistat jure domini, consistit ta-*

Tom. II. Poss.

men alio jure, exempli gratia: creditor pignus sibi naturaliter possidet, *l. 3. §. ult. ad exhib.* Jure pignoris, non civiliter, non jure domini. Eodemque modo fructuarius rem, in qua usufructum habet, sibi naturaliter possidet jure usufructus. *l. 12. hoc tit.* Et oratione pro Cæcinnæ: *Cæcinnam, inquit, propter usufructum possedisse non negas: sed possedisse naturaliter: non civiliter, quia non animo domini, non ψυχῆ δεσπορικῆ.* Item is, qui precario rogavit rem à domino, ut tibi possidere liceat, nominatim sibi naturaliter eam rem possidet jure precarii, *l. & habet, §. eum, qui, de precar.* Et ut hic antevertam explicare *§. Si vir, hoc tit.* Uxor, cui vir prædii possessionem cessit donationis causa, & si prædium non possideat civiliter, quia non animo, jureve domini, cum donatio illicita sit inter conjuges, *l. si eum, qui, de donat. inter vir.* id tamen possidet naturaliter, ut est proditum in *l. 1. §. de jectur. de vi & vi arm.* possidet, inquam, naturaliter, quia ut in hoc *§. si vir* Paulus ait, constitutio juris civilis, qua prohibetur donatio inter virum, & uxorem, alienationem quidem rei donatæ impedit, alienationi obstat, sive translationi domini, quæ est juris civilis: naturalem autem possessionem, quæ facti est, id est, quæ actu & corpore consistit, infirmare & insectam facere non potest. Denique non potest efficere, ut mulier naturaliter non possideat id, cujus possessione maritus cessit, etiam si id fecerit donandi causa. Ac præterea, ut ait, nihil attinet dicere, uxorem non possidere, cum etiam maritus possidere videri non possit. Ubi enim noluit possidere rem, quam donavit uxori, protinus possessionem amisit. Possessio amittitur solo animo, *l. 3. §. in amittenda, hoc tit.* Et hoc distat à dominio, quod non amittitur solo animo, sed certis & legitimis modis tantum, *l. 16. si quis vi, §. 1. hoc tit.* Et ait, *§. quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus ubi noluit possidere?* Ubi notandum Græcos aliter legere, nempe hoc modo: *Cum maritus ubi voluit possidere, non noluit: ἔτε δὲ θελήσῃ ἀνὴρ ἀπόλαυε νομῆν.* Cum maritus, inquit, voluit, amisit possessionem. Quo modo si legamus, idem erit sensus: Nam ita hæc verba erunt accipienda, cum maritus, ubi voluit mulierem possidere, cum maritus, ubi mulieri possessionem cessit, protinus amisit possessionem suam. Stat ergo hæc sententia, rem sibi à viro donatam mulierem possidere naturaliter, & quidem jure donationis non omnino inutilis, quia & morte donatoris confirmari potest ex oratione Antonini, de qua est *l. cum hic status, de donat. inter vir. & uxor.* & mulier in acquirendis fructibus manufactis, ex prædio sibi donato bonæ fidei possessori comparatur, *l. fructus, de usucap. l. de fructibus, de donat. inter vir. & uxor.* Ac præterea (quod est magni momenti) iavita mulier rem marito vindicanti, vel condicenti, non restituit, si iustum rei pretium offerat: satis est offerat justum pretium, nec damnatur quanti maritus in litem juraverit, *l. si donata, de donat. int. vir.* Et amissa quoque possessione, mulieri dantur interdicta possessoria, quia habet domini voluntatem, *d. l. 1. §. de jectur. de vi, & vi armata.*

AD *§. Dominiumque.* His addamus etiam interpretationem *§. 1. hujus legis.* Initio proponitur, quod est certissimum, nobis adquiri possessionem per nosmetipsos. Postea demonstratur est etiam, per alios nobis eam adquiri, sed simplicius: hoc primum est, poss. nobis adquiri per nosmetipsos, excepto tamen furioso, qui per se adquirere possessionem non potest, quia animum tenendi non habet, vel apprehendendi: qua ratione etiam pupillus per se possessionem adquirere non potest sine tutoris auctoritate. Tutore auctore etiam infans possessionem adquirere potest, *l. quamvis, §. infans, in hoc tit. inf.* quia, inquit, iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris. Alioquin nullus est sensus: nullum est iudicium, nulla affectio infantis accipiendi bonorum posses. Possessio autem non acquiritur nisi certo iudicio, certo sensu, & intellectu, vel sic: possessio non acquiritur nisi duo concurrant, factum, id est, apprehensio, sive occupatio rei corporalis, & animus: corporis factum, & animi affectio. Denique possessio non acquiritur nisi corpore, & animo,

X x 2

l. 8.

l.8. *inf.* Factum, vel corpus non sufficit sine animo: alioquin, ut ait in *d.l. formo*, vel morbo comitiali detentus adquiret bonorum possessionem, si quis in ejus manu aliquid poneret. Quidam dicebant pupillum, sicut dominum, quod in dominio est certissimum, ita possessionem acquirere posse sine tutoris auctoritate: hac ratione, quia possessio res est facti, non juris. Certe ita est, possessionis apprehensio magis est facti, quam juris. Possessionis apprehensio res est facti, id est, factum, ut apud Plautum, *res voluptatis*, id est, *voluptas*. Et acquirit igitur pupillus suo corpore sine tutoris auctoritate. Verum hoc ita verum est, si modo sit ejus ætatis, ut intellectum habeat, si intellectus sit potens, veluti proximus pubertati, non infans, non proximus infanti, *l. quamvis, §. ult. hoc tit.* Possessio non acquiritur solo corpore, sed corpore, & animo. Hoc dicitur varie: *Animo, iudicio, sensu certo, affectione, intellectu, voluntate, mente*. B Et Græci similiter varie, *ψυχή, λογισμῶ, διαδέσει, προσηρῆσαι*. Neque obstat sententiæ hujus *§. l. 3. C. eod. tit.* quam communiter objiciunt, quæ ait, *Donatarum rerum infanti possessionem traditam acquiri corpore, licet plenus animi affectus in infante non sit*, quia, ut doctissime docuit Joannes, à quo non est recedendum, id ita procedit, si interveniat tutoris auctoritas: si res donata infanti tradatur tutore auctore, non aliter. Quod & sequentia verba demonstrant in lege: *Alioquin, inquit, nec per tutorem acquiri posset possessio infanti*. Quod est falsum. Unde si per tutorem infanti potest acquiri possessio, colligit & tutore auctore eam posse acquiri infanti.

Ad *§. Item adquirimus*. Expedita definitione possessionis, cœpit Paulus in hoc lib. tractare de acquirenda possessione. Et docuit in *§. 1. eam acquiri per nosmetipsos*, si mentis scilicet compotes simus, & si puberes, & si pupilli capaces intellectus, sine ullius consensione, vel auctoritate, & interjecit etiam, mulierem rei sibi donatæ à viro possessionem per semetipsam acquirere à viro ad eam transmissam. Nunc docet in *§. Item adquirimus*, possessionem etiam nobis acquiri per eos, quos in potestate habemus, puta per servum, vel per filium. ut *l. 10. §. non solum, sup. tit. prox.* Corpore scilicet eorum, non corpore, & animo nostro tantum, sed etiam corpore eorum, & animo quoque eorumdem, ut ait *l. 3. §. saltus, inf. h. t.* Si & animo eorum, non nostro, ergo & ignorantibus nobis per eos possessionem acquiri. Quod verum est indistincte, per eos scilicet nobis ignorantibus possessionem acquiri ex omni causa, sive peculiari, sive nostro nomine possessionem adepti fuerint, id est, sive suo, quod idem est, atque peculiari, sive nostro nomine rem sibi traditam acceperint. Quod & ita indistincte proponitur in *l. 34. §. ult. hoc t. Servus*, inquit, *meus ignorantibus mihi acquiri poss.* Et apertius omni distinctione exclusæ & submotæ in *l. nunquam in usucapionib. §. si servus, tit. seq. Sive peculiari*, inquit, *sive meo nomine filius, aut servus rem teneat me ignorante, per eum possidere*. Ut ergo dominium per eos ex omni causa nobis ignorantibus acquiratur, *§. item nobis, Instit. per quas pers. nob. adqu.* ita & possessio. Nec mirum hoc cuiquam videri debet, cum per procuratorem, per tutorem, vel curatorem, ignorantibus possessio, & per possessionem dominium acquiratur, *l. 1. & 8. C. eod. tit. l. 13. sup. tit. prox. l. si emptam, inf. de usurp.* quæ vulgo est *l. 2. pro soluto*. At notandum, per eas tamen personas, per servum scilicet, aut filium. aut per procuratorem, tutorem, curatorem, ignorantibus adquisita possessione, non competere etiam statim ignorantibus rei possessæ usucapionem ex omni causa, sed ex peculiari tantum causa, jure singulari per filium. aut servum, ex alia causa scienti tantum usucapionem competere, etiam si ignorans quæsitivam possessionem, hac ratione, quæ proponitur in hoc *§. quia voluntate nostra servi, aut filii nostri intelliguntur possidere, quod peculiari nomine comparaverunt*: possidere civiliter non quidem sibi, quod nec possunt, quia nihil proprium habere possunt, *l. possessio, §. 1. inf. hoc tit.* sed nobis, quod peculium, inquit, *eis habere permiserimus*. Si possidere nobis civiliter, ergo etiam nobis usucapio procedit, etiam ignorantibus ex supradicta causa, nempe ex peculiari causa. Cui non absi-

milis est ratio, quanquam prima specie videretur ablimilis, quæ redditur in *l. peregre, §. quæsitum, inf. hoc tit.* nempe utilitatis ratio, utilitatis causa: ne per singula momenta domini cogantur species, vel causas sciscitari, vel inquirere peculiorum, id est, quæ res sint in peculio, & quo jure, quoque titulo teneantur, quod dominis perquam molestum, & difficile esset. Satis igitur esse, quod semel servo peculium habere, & augere permiserim: nec, ut ait *l. 7. §. scire, de pecul.* singulas res, quæ sunt in peculio, dominum, aut patrem exacte, aut subtiliter scire debere, sed *παχυμυερότερον*, & ut ait Nov. 53. *ἐξέταξεν παχυμυερότερον*, crasse inquirere. Ac præterea cum in *d.l. peregre, §. quæsitum*, quæritur cur jure singulari receptum sit, ut ex peculiari causa per servum ignorantibus possessio quæretur: Possessionis verbo proculdubio magis significatur effectus possessionis, id est, usucapio, quam possessio ipsa, ut in *l. 19. & 30. ex quibus caus. maj.* Possessionem glossæ, imo & Basilica interpretantur, *usucapionem, δεσπορεύαν*, sive per usum domini acquisitionem. Et inde *πρόν* elegans in *d. l. 19. Possessionem sine possessione non consistere*. Quod in dicto possessio bifariam accipitur, nempe usucapionem sine possessione, eaque civili non consistere, quæ possideatur animo domini. Ergo in *d. §. quæsitum*, etiam hoc quæritur, quæ ratio jus illud singulare extorsit, ut ex causa peculiari ignorantibus domino possessio acquiratur, id est, usucapio. Nam ut possessio ipsa ignorantibus per servum acquiratur, hoc jus non est singulare in causa peculiari, cum & idem obtineat in qualibet alia causa extra peculium, ut initio ostendi, & posui pro fundamento hujus quæstionis. At ut usucapio ignorantibus procedat, hoc in causa tantum peculiari jure singulari receptum est, non in alia causa. Unde & in *d.l. nunquam, §. si servus, tit. seq.* quod ait, *si servus meus, vel filius, peculiari, vel etiam meo nomine*, ergo indistincte, quod tener, ut ego per eum ignorans possideam, vel etiam usucapiam, rectissime & peritissime Accursius, retulit tantum ad id, quod peculiari nomine tenet: Nam quod meo nomine tenet, id ignorans quidem possidere possum, sed non etiam usucapere nisi sciens, ut *l. 2. §. Celsus, pro empt. l. justo, §. ult. tit. seq.* Ex hoc autem jure singulari, quod jam satis explicatum est, sequitur, ut & in hoc *§.* docet Paulus, ut si servo furioso, vel infantis ab aliquo res tradita ex causa peculiari, per eum furiosus, vel infans non tantum acquirat possessionem, sed etiam usucapiat ignorans, cum sit furiosus, vel infans, qui ignorantibus loco est, quod etiam ostendit in *l. 28. tit. seq.* Et generaliter verum est, quia ex causa ignorantibus acquirunt, ex ea etiam furiosus, & infantes acquirere, *§. si autem, Instit. de her. quæ ab intest.* Et hoc ita procedit, si peculium habere servo fuerit permittitur à patre, vel à tutore infantis, vel ante furorem, alioquin pupillus, vel furiosus constituere peculium, vel permittere peculium servo non potest, *l. 7. in princ. de pecul.* Ex eo etiam jure singulari sequitur, si servo hereditario nondum adita hereditate res tradita sit ex causa peculiari, non tantum possessionem acquiri hereditati, quæ loco domini est dum jacet, dum non aditur, vel non agnoscitur, & per hereditatem heredi postea facta, sed etiam (quod caput est) jacentis hereditatis tempus heredi proficere ad usucapionem, *l. qui à servo, in fine, de obl. & act. l. pen. de cap. & possim. l. justo, §. nondum, tit. seq.* Neque huic sententiæ obstat *l. præscriptio, §. ult. tit. seq.* quæ servo hereditario possessionem alicujus rei adepti, negat ante aditam hereditatem usucapionem procedere, quæ non cœpit à defuncto. Ergo tempus jacentis hereditatis ad usucapionem non proficere ait: Id enim verum est, si spectemus jus commune, si spectemus rationem juris communis, si regulas juris, quæ volunt, ne cuiquam, nisi scienti usucapio procedat. Sed jure singulari aliud receptum est in rebus peculiaribus, quod & illo loco Papinianum, qui est auctor ejus *l. præscriptio*, subjunxisse verisimile est. Cæterum imperfecta esset Papiniani scriptura, quæ jus commune proponit, jus singulare, quod juri communi derogatur, omittit. Supplendum igitur est, quod ei deest ex aliis auctoribus juris nostri. Et ita explicata sunt ea, quæ continentur in hoc *§.* Nam & in fine ejus de servo hereditario agitur. Verum restat ad-

adhuc, ut videamus, cur sicut possessio ignoranti mihi per procuratorem meum adquiratur, non etiam mihi ignoranti, ejus quod meo nomine procurator meus tenet, usucapio competit, sed scienti tantum? Hoc est certissimum, per procuratorem mihi ignoranti adquiri possessionem, idque utilitatis causa, negotiorum expediendorum causa per procuratores, receptum esse. Ceterum usucapionem etiam per procuratorem, aut usucapionis occasionem per procuratorem, ignorantibus nobis non procedere, sed scientibus tantum, *l. possessio, §. ult. hoc tit. l. i. & 8. C. eod. l. si emptam, tit. seq.* Et ut hoc breviter expediam, valde placet ratio varietatis tradita in *d. l. si emptam, pro sol. Quia*, inquit, *ut ignorantes usucapiamus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.* Non ergo in rebus, quas procuratores nostri nostro nomine comparaverunt. Et receptum scilicet ita est in peculiaribus tantum reb. jure singulari, ut ait *d. l. peregre, §. questum, hoc tit. & l. iusto, §. nondum, tit. seq.* Si jure singulari, ergo contra rationem juris communis. Jus singulare quid est? quod receptum est contra rationem juris, quod contra rationem juris introductum est, *l. jus singulare, de legib.* Quod autem contra rationem juris introductum est, non producendum ad consequentias, restricte accipiendum est. Quæ sent. cum ex hoc lib. Pauli 54. veluti regula relata sit in *l. 14. de legib.* & repetita etiam in priori parte *l. 141. de reg. jur.* merito ad hanc speciem referenda est, ita scilicet ut quod contra rationem juris, id est, jure singulari receptum est, in rebus peculiaribus, ut ignorantes usucapiamus, adquiramus, quod filii, aut servi nostri peculi nomine tenent, aut tenere ceperunt, id non producat etiam ad procuratores nostros, quamvis, & per eos non minus, quam per servos, aut filios nostros ignorantes possessionem adquiramus, sed possessionem quidem ignorantes, non etiam rationem usucapiendi, antequam sciamus eos possessionem apprehendisse. Id etiam, quod est in posteriori parte *d. l. 141.* proculdubio pertinet ad causam possessionis, ad quam ita coaptatur commodissime, ut neque possessores, neque domini unius rei duo pluresve esse possint pro solido, ita ut singuli sint domini, vel possessores in solidum, quod constat ex *l. 3. §. ex contrario, & l. si ut certo, §. si duobus, comm. l. penul. §. pater, de cast. pecul.* & similiter etiam, uti ibi est scriptum, *uni duo heredes pro solido esse non possunt.* Unius hereditatis duo heredes in solidum esse non possunt: sed pro partibus tantum: nam heredes domini sunt. Quod autem posterior pars *d. l. 141.* liquido pertineat ad causam possessionis, id non immerito movet conjecturam, & priorem quoque partem proprie pertinere ad tractatum de acquirenda possessione, vel usucapione. Et hæc sunt, quæ pertinebant ad hunc §.

A *D §. Sed & per eum.* In hoc §. ostenditur, non tantum per filium, aut servum proprium, ancillamve propriam nobis adquiri dominium, & possessionem etiam ignorantibus, & usucapiendi causam etiam ignorantibus, sed peculiari tantum nomine: qua de re dixi sup. verum etiam per liberum hominem, & per servum alienum, alienamve ancillam, quem quamve bona fide possidemus, tanquam per servum nostrum, vel ancillam nostram: similiter nobis adquiri dominium, & possessionem, non quidem ex omnibus causis, ut per filios, aut per servos proprios, sed ut glossa supplet recte ad hunc §. *ex §. non solum, Instit. per quas person. nob. adq.* ex duab. tantum causis, ex re nostra, veluti ex nummis nostris, si quod emerit, & sibi traditum acceperit, & ex suis operis, ex eove, quod suis operis merent: nam & hoc exigitur, si & ipsi velint sibi, vel nobis acquirere possess. ex his duab. causis, non aliis, ut in §. *hæc quæ, de servis, inf. in hac l.* Item; si intellectum habeant acquirendæ possessionis, si consilii capaces sint, si sciant quid agant, dum dominium, aut possessionem parant, *l. ceterum, in hac l.* Ex re autem nostra nobis per eos adquiri dominium, & possess. quia quod ex re nostra partum est, ad nos redire bonum, & æquum est. Ex operis autem suis, quia & operæ quodammodo sunt ex re nostra, propterea quod vel operæ ab his, quos bona fide possidemus, tanquam servos nostros, nobis jure debeantur, *l. qui bona fide, sup. tit. prox.* Hæc dici-

mus de bonæ fidei possessore. Malæ autem fidei possessor nulla ex causa dominium, vel possessionem adquirat per liberum hominem, vel per servum alienum, quem mala fide possidet, *l. 22. & 57. sup. tit. prox. l. i. C. de rei vind.* Sed dominium quidem earum rerum, quas adquirat homo liber mala fide possessus, sibi adquirat, & sibi habebit cognito itatu capitis sui: servus autem alienus mala fide possessus, rerum, quas adquirat vero domino dominium adquirat, *l. eo tempore, §. ult. de pecul.* Possessionem vero civilem, & usucapiendi causam non adquirat homo liber, vel servus alienus mala fide possessus, sibi vel domino non adquirat, quia, qui ab alio possidetur animo domini, nihil ipse civiliter possidere intelligitur, id est, qui ab alio possidetur, quique se existimat ab alio possideri jure, animo domini, quod est civiliter, non intelligitur etiam ipse in possidendo habere animum domini, qui enim possit habere animum domini, qui se intelligit ab alio possideri tanquam domino? Quod proponitur in *l. homo liber, in fine, sup. tit. prox.* Quod si ita est, eum possessionem non acquirere sibi, aut vero domino, ergo nec usucapere sibi, vel domino ignorantem, nec ex causa quidem peculiari potest, quia non intelligitur possidere civiliter: atque fit hoc casu, ut dominium quis adquirat sine possessione: homo liber mala fide possessus rei comparatæ dominium sibi adquirat, possessionem non item: ergo dominium, sine possessione, quod tamen Proculus non admittit, servo alieno bona fide possessorem comparante aliunde, quam ex re possessoris, vel etiam servo alieno mala fide possesso: Dicebat enim Proculus, vero domino ejus rei dominium non acquiri, quia nec per eum, qui ab alio possidetur, possessio illi acquiri posset, ergo nec per possessionem dominium, quod alii auctores à Proculo dissentientes non probant: nam & citra possessionem dominium acquiri putant, *d. l. homo liber, §. ult.* Quod evenire in multis casibus docui in initio hujus l. Extat tamen alia Proculi sent. in *l. si servus, sup. tit. prox.* quæ ita explicanda est. Verum ad hæc notandum est, hac in re non esse cum Accursio, quem etiam Fulgosius merito reprehendit in *l. 4. h. tit.* non esse, inquam, hac in re separandum filiumfam. à servo: Nam etsi filius meus ab alio tanquam servus possideatur, quod apprehendit nomine peculii, quod ad me respicit, id ego quidem statim possideo etiam ignorans, ut in illa *l. 4.* proponitur, & in servo etiam locum habet, *l. si cui, §. ult. de lib. caus.* sed id etiam non usucapio possidendo: possideo quidem, sed non usucapio, quia per eum, qui ab alio possidetur, non possum videri possidere civiliter, & sine possessione civili usucapio non consistit, *l. sine possessione, tit. seq.* Et simili modo jam supra didicimus, per procuratorem meum me ignorantem possidere, quod is apprehendit meo nomine, sed non etiam id usucapere, antequam sciverim eum apprehendisse possessionem, & per alios etiam quosdam, de quibus agam paulo post in §. *per eum.*

A *D §. Per communem.* Servus, vel ancilla dominium, & possessionem dominis suis adquirat pro partibus domini, quas in eo eave habent, *l. communis, sup. tit. prox. nisi*, ut in hac l. ostenditur, si unius domini nomine, vel jussu: nam jussu est pro nomine, servus communis dominium, aut possessionem adquisierit, huic enim soli adquirat in solidum, cujus nomine, vel jussu adquisivit. Addatur etiam, alia exceptio, nisi ex re unius ex dominis aliquid servus communis adquisierit, quia etsi id etiam adquirat omnibus dominis pro partibus, ex quibus dominium in servo habent, tamen æquum est, ut judicio communi dividendo totum id servetur præcipuum ei, ex cujus re questum est, *d. l. communis, sup. tit. prox. & l. communis, comm. divid.*

A *D §. Per eum.* Hic §. est de servo fructuario: per servum fructuarium, aut ancillam, in quo, vel in qua habeo usumfructum, mihi adquiri dominium, & possessionem, ex duabus causis scilicet. Una tantum exprimitur in hoc §. sed duæ sunt, ut plenius exponitur in *l. possessio, inf. b. t.* Duæ illæ causæ eadem sunt, quæ superiores, ex quibus diximus, bonæ fidei possessorem per liberum hominem, aut servum,

aut

alienum acquirere ex re nostra, & ex suis operis. Nec ad rem pertinet, inquit, id est, nihil obstat quod servum fructuarium non possideo, & videatur absurdum, ut per eum possideam, quem non possideo: Servum fructuarium non possideo, sed magis teneo, ut in *l. 1. §. quod ait prætor, quod legat.* id est, civiliter servum fructuarium non possideo, sed naturaliter, *d. l. possessio quoque*. Tenere est verbum naturalis possessionis: habere, est verbum civilis possessionis: nam habere est sibi habere: *possidere* est commune verbum: usum fructum autem, quia jus est incorporale, nullo modo possideo, sed quasi possideo, *l. ait prætor, §. item ei, qui, ex quibus causis maj.* At novum non est, & inauditum, ut per eum, quem non possidemus, possideamus, vel adquiramus possessionem: nam & per filiumfamilias, quem nullo jure possidemus, rem, quam sibi parat, possidemus, quæ mox ab eo in me transit jure potestatis, *§. item adquirimus, sup. & l. 4. inf.* Et similiter per eum, cujus de statu controversia est, possidemus, quamvis post ordinatum liberale iudicium dataque vindicias secundum libertatem eum non possideamus, *l. si cui, §. ult. de liber. caus.* nec tamen, ut puto, per eos, nec ex causa peculiari ignorantes usucapere possumus, *d. l. homo liber, sup. tit. prox.* ita demum autem, ut mox subjicitur in *§. ceterum, filii, aut servi proprii, vel communes, aut usufructuarii, vel servi alieni, & liberi homines, qui à nobis bona fide possidentur tanquam servi proprii, nobis acquirunt possessionem, si habeant intellectum, si animum possidendi*. Per furiosum non adquirimus possessionem, neque per infantem, quia intellectu caret. Per impuberem, aut pupillum intellectus, & consilii capacem veluti proximum pubertati, *l. pupil. de reg. jur.* adquirimus possessionem, quia & pupillus sibi, si intellectus sit capax, possessionem acquirit, *maxime auctore tutore*, inquit. Cur ait *maxime*? quia & sine tutore, modo sit intellectus sui potens, *§. 1. sup.* acquirere possessionem potest. Et observandum in hoc *§.* aliter dici *impuberem*, aliter *pupillum*: nam servus impubes quidem dicitur, qui nondum excessit decimumquartum annum, sed nunquam *pupillus*, quia servus non habet tutorem: & pupilli appellatio semper refertur ad tutorem. Pupillus ergo dicitur de libero homine, de quo etiam subjicit in *§. pupillus*.

Ad *§. Pupillus*. Pupillum etiam sibi acquirere possessionem, non per semetipsum duntaxat, sed per servum suum puberem, aut impuberem, cujuscunque ætatis, vel intellectus, qui modo jussu tutoris eat in possessionem. Jussus excitur, aut missio domini, vel tutoris, qui mittat eum ad possidendum aliquid, quia ignoranti non acquiritur possessio, quæ proficiat ad usucapionem, nisi in no casu, ex causa peculiari.

Ad *§. Per servum*. Explicemus etiam *§. per servum*: sed hunc duntaxat, in quo quæritur, an per servum nostrum, qui est in fuga, nobis possessio adquiratur, videlicet, si quam adquirat sibi, vel nobis nominatim, vel etiam si adquirat impersonaliter? Nerva filius, ut hic refert, dicebat, non acquiri. Nec obstat, quod receptum est jure singulari, utilitatis causa, ne fuga servi domino damnosa fiat, ne sit in potestate servi, dando se in fugam dominum intervertere possessionem sui. Hac de causa receptum, ut quoad servus fugitivus non possidetur ab alio, interim possideatur à domino & usucapiatur, id est, ut fuga rite coeptam usucapionem non interrumpat, ut *l. servi, §. ult. de furs. l. 13. in princ. hoc tit.* Nihil igitur hoc obstat, quia singularis est hic casus. Quo exemplo, si qua nobis obsequuntur familia, respondere licet. Hoc casu excepto Nerva ait, per servum, qui est in fuga, nobis non acquiri possessionem, & movetur hac ratione, aut arbitror eum movisse hac ratione, quia servus, qui est in fuga, non nondum possidetur, non intelligitur à domino possideri, cujus manum, & potestatem evasit, qui non possidetur à domino, ergo nec domino possidere potest. Ita Nerva ratiocinabatur. Verum aliud iudicium, Caspiano, & Juliano, quorum sententia obtinuit etiam hoc admisso, hoc concessio, quod Nervam movit, servum, qui est in fuga non possideri à domino, per

eum tamen possessionem domino acquiri, ut *l. si cui, §. ult. de liber. caus.* Nec novum esse, ut possideamus per eum, quem non possidemus, cum & per eos, quos in provinciam longe ablegavimus, & transmissimus, quodammodo non possideamus, tamen per eos possideamus, qua comparatione & hic §. utitur. Unde & illo concessio, servum, qui est in fuga non possideri à domino, non absurde dicam, per eum tamen possidere dominum, quod interim paraverit dum est in fuga, dumque ab alio non possidetur, & dum se pro libero gerit, credens se esse liberum, paratusque sit pro sua libertate litigare, ut *l. per eum, in 2. parte inf. hoc tit. l. 15. §. si servus, tit. seq.* Quia ut iterum hoc inculcem, & si servus, qui est in fuga, desierit à domino possideri, tamen quod ad usucapionem tantum attinet, semper ejus possessio animo retineri videtur. Ad usucapionem, inquit, *l. servi, §. ult. de furs.* id est, ad usucapionem ejus servi, si impleta non fuerit ante fugam, & ad usucapionem earum rerum, quas interim adquisierit. Et ad hoc etiam pertinet *l. 15. inf. & l. 12. §. Julianus tamen, de usufr.* Qua ratione, & in numerum servorum, qui propter legem Caniniam inventus est, Paulus *4. sent. tit. ult.* ait, servos fugitivos computari, quia vel ad usucapionem possideri intelliguntur. Quod etiam *l. si servus, de Public. in rem act.* confirmat, quæ cum dicit, servo, qui est in fuga re tradita à non domino, ejus rei nomine, si postea pervenerit ad alium, domino competere actionem Publicæ. quæ actio non datur, nisi de re, quam quis possederit, & usucapere non potuit, plane significat dominum eam rem possidendo usucapere, licet possessionem ejus rei, per eum corporaliter nactus nunquam fuerit. Itaque quod ad usucapionem ipsius servi, qui est in fuga, nondum impletam scilicet, & quod ad usucapionem attinet rerum, quas interim adquisit, intelligitur interim à domino possideri, vel animo possideri in hoc, ut possessio ad usucapionem proficiat, & conducat, & ipsius, & rerum ab ipso adquirentium.

Ad *§. Per servum corporaliter*. In quo ostenditur, servum re ipsa pignori creditori datum, non nuda conventionione, neque debitori possidere, neque creditori: vel quod idem est, per eum servum neque debitorum possessionem acquirere, neque creditorem: debitorum per eum possessionem non acquirere, quia ubi cessit possessione creditori, protinus amisit possess. nec videtur servum pignori datum possidere, nisi jure singulari, ad implendam usucapionem servi, forte coeptam antequam eum pignori daret, *l. servi nomine, tit. seq. qui pignoris, inf. hoc tit.* quia utilitate suadente receptum est, ut pignoratione non interrumpatur usucapio, quæ rite inchoata est. Denique ut impleatur post pignorationem, perinde atque si servum non desisset possidere, hac causa excepta, debitor, quia servum pignori datum non possidet, eo quod possessione creditori cessit, nec possessionem per eum potest acquirere. Possidere quidem possumus, aut possessionem acquirere per eum, quem non possidemus, ut per filiumfamilias per procuratorem, tutorem, curatorem, per servum fructuarium, ut diximus modo in *§. per eum*, & per eum, qui de libertate litigat, post ordinatum iudicium liberale, ut municipales per servum publicum, quem tamen non possident, *§. ult. inf. hac l.* Sed non ita possidere possumus per eum, qui ab alio possidetur, id est, quem non tantum non ipsi possidemus, sed alius possidet. Et hujusmodi est servus pignori datus. Creditor enim eum possidet naturaliter, ergo debitori per eum acquiri possessio non potest. Dominium tamen recte hoc loco Joannes dixit debitorum acquirere per servum pignori datum, exemplo liberi hominis, & servi alieni bona fide possessi, qui aliunde, quam ex re possessoris, vel ex suis operis dominium adquisit sibi, aut vero domino, non etiam possessionem, vel usucapionem, aut usucapiendi conditionem. Sic igitur statuamus, per servum pignori traditum emptori translata corporali possessione in creditorem, debitorum non possidere, non acquirere possess. Creditorem quoque per servum sibi pignori datum, quamvis eum possideat naturaliter, *l. 3. §. ult. ad exhib. l. cum forte, §. ult.*

§. ult. & l. debitor, §. ult. de pig. act. l. per servum in prin. sup. tit. prox. verissimum est, non acquirere possess. Nec igitur debitorem per eum servum acquirere possessionem, qui ab eo desit possideri, nec possideri fingitur post traditionem pignoris, nisi ad unam causam, id est, ad implendam usucapionem inchoatam ante pignorationem: quia igitur non possidetur à debitore, sed à creditore. Creditorem autem etiam per eum non acquirere possessionem, quia nec dominium ullius rei per eum acquirit ulla ex causa. Id enim agitur in contrahendo pignore, ut nihil per eum servum creditori adquiratur, sed ut is servus tantum sit apud creditorem, veluti pro fide contractus, & restituendi crediti vinculo, *l. legata, §. ult. de supel. leg.* Itaque nec ex operis servi pignori dati creditor quidquam acquirit, sed quod forte ex operis percipit, id imputat in sortem, id minuit sortem, *l. i. C. de pig. act.* vel id imputat in usuras priusquam in sortem, ut ex *Cod. Hermog. Papianus refert, tit. de ablat. pign.* Ex re autem creditoris, quod acquirit servus pignori datus, id ei jure non acquirit, sed domino, id est, debitori, licet non inficior in subsidium ejus, quod ex re sua adquisierit, creditori utilem vindicationem accommodari posse, *arg. l. uxor marito, de donat. inter vir. & uxor.*

Ad *§. Veteres putaverunt.* In quo proponitur vetus hæc juris regula: Per servum hereditarium, vel hereditatem ipsam, id est, jus successionis, nec aliud quidquam, id est, ne rem quidem ullam, quæ ejusdem hereditatis sit, heredem acquirere posse. Et extat hæc etiam regula in *l. 18. sup. i. prox.* & in *l. 43. de adqu. hered.* Et vera est, & in dominio, & in possessione rerum hereditariarum acquirenda, nempe, ut neque dominium, neque possessio rerum hereditariarum heredi quæri possit per servum hereditarium, quod indicat *d. l. 18. de adqu. rer. dom.* & in *h. l. qui absenti, §. ult.* Et præterea, quod notandum, hæc regula accipienda est de servo hereditario, qui jam ad heredem pervenit jure hereditario, ut indicat eadem *l. qui absenti, §. ult. & §. si ex parte, in bac l.* non de servo jacentis, nec dum aditæ hereditatis. Sed videamus, quæ sit ratio hujus regulæ. Hæc videtur esse: quia cum per hereditatem, id est, jure hereditario adquiratur servus hereditarius, natura non fert, ut & vicissim per servum hereditarium adquiratur hereditas, vel pars hereditatis, vel id quod ejusdem hereditatis est, neque enim potest aliud aliis esse causa, *ὁν ἀρὸν τῶν ἄλλων*, eodem scilicet modo, ut in *2. Physic. cap. 3.* Inde quæritur hoc loco, an hæc regula quæ de servo hereditario tantum loquitur, aut de servis hereditariis, qui ad heredem pervenerunt, longius producenda sit ad servos legatos, vel donatos, vel ære comparatos, an vero per unum servum cæteri acquiri, & possideri possint: an pluribus servis legatis, vel emptis, vel donatis, per unum eorum cæteri acquiri, & possideri possint, quod magis probat Paulus hoc loco. Itaque censet, regulam banc longius producendam non esse extra suos fines, & terminos, per eum scilicet servum, qui ad legatarium, vel emptorem, vel donatarium pervenerit, ut ait nominatim *lex prædia, inf. hoc tit.* quem postea legatarius, vel emptor, vel donatarius mittat ad possidendos, cæteros possideri posse, cæterorum possessionem acquiri posse, per unum tamen servum hereditarium, qui similiter ad heredem pervenerit, alioquin comparatio nihil valeret, heredem cæterorum servorum, cæterarumque rerum hereditariarum possessionem acquirere non posse, propter rationem suprascriptam, quæ cessat in servo legato, vel empto, vel donato: quoniam hic titulus singularis est, non universalis, ut titulus hereditatis. At sciendum est per alium tamen servum, qui ad heredem alio jure pervenerit, quam hereditario, rerum hereditariarum possessionem heredem acquirere non prohiberi, sed per servum hereditarium tantum, ut dixi per alium servum non hereditarium res hereditarias possidere potest, ut in *d. l. qui absenti, l. ult. ostenditur*, ut item ostenditur in *§. si ex parte*, qui proxime sequitur. Finge hoc modo: Testator scripsit duos heredes ex æquis partibus, Titium & Cajum, Titio heredi scripto ex parte dimidia servum prælegavit: sic heres servi prælegati partem habet jure hereditario, partem jure legati, quia legatum ei relictum non

valet, nisi pro parte coheredis; pro sua parte hereditaria non valet, hoc est certissimum, *Leum, qui, §. ult. de bis, quib. ut ind. l. in quartam, ad l. Falcid.* Servi autem prælegati heres habet jure hereditario, partem non jure hereditario, sed jure legati: & propter hanc quidem partem, quam habet jure legati, licet pro altera parte servus hereditarius sit, per eum rei hereditariæ possessionem acquirere potest, quali per servum legatum, non per servum hereditate relictum. Et similiter, si communis Stichus fuerit testatoris, & heredis scripti, propter partem, quam heres in eo servo jure suo habet, non hereditario, licet altera ei obvenerit jure hereditario, heres per eum servum fundi, vel rei cujuslibet hereditariæ possessionem acquirere potest, quam non posset acquirere per servum, qui ei totus obvenerit jure hereditario: Et ita liquido est explicata vetus illa regula juris.

Ad *§. Hæc, quæ de servis.* Quod dictum est de acquirenda mihi possessione per proprios, per communes, per fructuarios, per alienos, aut per liberos homines bona fide possessos, id ita, procedere ait, si servi, quos possidere jussi, quos mihi ad possidendum meo nomine, apprehendant possessionem, volentes eam mihi acquirere, ut *l. si in vacuum, inf. h. t.* Quo casu, & ea possessio mihi proficit ad usucapionem, quia possidere jussi, etiamsi eam paraverint ad usucapionem peculiarem. Sed si alieno nomine possessionem apprehendant, si eo animo, inquit, intrent in possessionem, ut nolint eam mihi acquirere, sed potius Titio, eam mihi non acquirunt, quia non fuit eis animus mihi acquirendi. Verum an eam acquirunt Titio: sic videtur, si modo Titio grata, & rata fuerit: ratihabitio Titii requiritur, & si liber homo sua sponte rem emerit, & acceperit Titii nomine, sine mandato Titii, non aliter possessio, vel dominium Titio acquiratur, quam si emptionem ratam fecerit, *l. com. §. ult. sup. h. t. l. si ego, neg. gest.* Quod & hic recte glossa notavit, simul, & aliud quod eruit ex *l. qui mihi, de don. & l. per ser. §. ult. sup. tit. prox.*

Ad *§. Per procuratorem.* In hoc *§.* docet quod jam tradidimus, per procuratorem, licet cum non possideamus, quum sit liber homo, & per tutorem similiter infantis etiam, ut *l. 3. C. eod. t. inf.* & per curatorem adolescentis, aut prodigi similiter possessionem acquiri, si nostro nomine eam apprehenderint. Quo utilitatis causa receptum esse, & auctoritate prudentum ait *l. i. C. eod.* Et Paulus etiam noster *§. Sentent. tit. 2. Per procuratorem*, inquit, *acquiri posse possessionem utilitatis causa receptum est, expediendorum negotiorum causa.* Et verum est, per procuratorem non tantum possessionem, sed & dominium acquiri etiam ignorantibus, quando apprehensa à procuratore possessio fuerit. Verum usucapiendi causam non procedere, vel non acquiri, nisi scienti, quoniam ut ignorantes usucapiant, hoc tantum in rebus peculiaribus receptum est, quod supra exposuimus in *l. si procurator, tit. prox. & l. possessio quoque, §. ult. h. t. i. & l. 8. C. eod. t. l. i. C. per quas personas nobis acquir. l. si emptam, t. seq.* Et vero nihil attinet dicere, per procuratorem, simileve personas non acquiri possessionem, cum nullus alius sit, cui adquiratur, quia nec ipse procurator, cui res traditur, eam rem sibi possidet: quia, inquit, non habet animum possidendi, & possessio sine animo non acquiritur. Is etiam, qui procuratori tradidit rem eam, non possidet, quia possessione cessit. Nullus igitur est, qui possessionem sibi asserere possit. Itaque nihil attinet dicere, eam rem non esse quæsitam mandatori per procuratorem, eam scilicet apprehendentem mandatoris nomine. Nam si suo nomine procurator apprehendat possessionem, non domini, sine mandatoris nomine, id est, non ea mente, ut operam duntaxat suam accommodet domino, sed ut rem gerat sibi, sane domino non acquirit possessionem, sed sibi potius, quod in hoc *§.* proponitur.

Ad *§. pen.* Rursus ut subjicitur in *§. pen.* Si procuratori meo rem, quæ est in præsentia, rem præsentem venditor tradat ex jussu meo, ego per memetipsum videor acquirere possess. rei, quæ est in conspectu meo, non per procura-

zorem meum, quia mihi tradita res videtur. Sicut si debitor meus iussu meo pecuniam, quam habet in manu, pecuniam igitur presentem solvat Titio, mihi eam solvisse videtur. Per memetipsum igitur his casibus adquisisse videor possessionem, non per Titium, non per procuratorem. Nec ad rem attinet dicere possessionem non adquiri solo animo, solove corpore, utriusque concursum desiderari, nam & hoc casu, licet non attingam rem, quam jubeo tradi procuratori meo, tamen quodammodo eam non animo tantum meo, sed etiam corpore videor acquirere. *Non enim*, inquit, *corpore, & actu necesse est apprehendere possessionem*. Videntur Basilica legis *actū*: quæ sic habent: *Οὐ μόνον τῆς σωματικῆς ἀφ᾽ ἧς χρεῖα ἐστὶν, ἀλλὰ καὶ τῷ νομίῳ προσφοροῦμεν ὀφθαλμοῖς καὶ τῷ πνεύματι*. In acquirenda possessione, inquit, *non est opus tantum corporali actū, sed adquirimus etiam possessionem oculis, & affectu*. Et quia oculis, igitur quodammodo corpore nostro. Unde quod plus est, & si non procuratori meo res tradita sit, si nulli iussu meo res tradita sit, sed in meo tantum conspectu posita sit, ut eam mihi haberem, & possiderem, videor ejus rei dominium adquisivisse, *l. pecuniam, de solut.* Item columnæ, quæ propter magnitudinem facile loco moveri non possunt, statim traditæ mihi videntur, ut in *hoc §. proponitur*, si in re presentem consenserim, ut pro mihi traditis haberentur, nam & hic oculis, & affectu possessionem adquireo. Vina etiam, quæ sunt in cella vinaria, mihi tradita videntur, si cellæ claves mihi traditæ sint, etsi vasa vinaria non attigerim, ut *l. clavibus, de cont. emp. l. 2. C. de per. & comm. rei vend. l. 1. C. de crim. exp. hered.* Et ad hæc etiam valde facit *l. 18. §. pen. hoc tit.* ubi ostenditur, rei emptæ immobilis me possessionem acquirere, si iussu meo venditor eam deposuerit in domo mea, quanquam eam nemo necdum attigerit ex meis: præterea, quod est de re immobili, fundum mihi traditum videri, si venditor ex mea turce minus mihi demonstraret fundum, ejusque possessionem se tradere dicat, nam & hoc modo possessionem adquireo, non minus quam si finibus pedem intulissem, nempe oculis, & quasi corpore igitur meo. Unde in *l. 15. hoc tit.* cum proposuisset initio contra regulam juris quarundam rerum possessionem adquiri solo animo, quod tamen postea negat, veluti si emerit acervum lignorum, & venditor eum me tollere jufferit, ego non sustulero, sed ei custodem apposuerit, vel etiam si vendiderit quis mihi vinum, quod est in horreo vinario, & ego vasa vinaria non attigero, sed horreo custodem apposuerit: his modis videtur vinorum, & lignorum possessio adquiri solo animo, quia non attinguntur, neque enim custodis appositio, attactio est earum rerum. Verum concludit, & hanc ipsam corporis traditionem quodammodo esse, quia nihil refert, utrum meo corpore custodiam, an alieno, & utrobique, inquit, in fine, *animi quodam genere possessio erit æstimanda*. Quæ conclusio non congruit cum superioribus, quoniam imo scribere debuit, utrobique corporis quodam genere possessio erit æstimanda, id est, quodammodo etiam videtur adquiri corpore possessio, non & animo solo.

Ad *§. ult.* In hoc *§.* ostenditur, neque municipia, neque municipes, id est, cives, neque civitates, neque cives cujuslibet civitatis per se quidquam possidere posse, vel usufruere, quia incertum corpus est: vel ut ait, quia universi consentire non possunt; & in acquirenda scilicet possessione sensu, vel consensu, vel quod idem est, animo & voluntate opus est. Male Florent. *quia uni consentire non possunt, pro, quia universi*, nam & lib. sing. reg. Ulp. tit. *qui heredes institui possunt*, eodem modo scriptum est, neque municipia, neque municipes heredes institui posse, quia universi cernere hereditatem non possunt: & similiter, quia universi consentire non possunt in acquisitione possessionis: ideo municipes per se possidere nihil possunt municipii nomine, & reipublice nomine: nec dicas municipes tamen possidere forum, & Basilicam ut hic proponitur Basilicam, quæ foro jungi solet, ut Vitruvius scribit *§. c. 1.* ut per hyemem se in eam negotiatores conferant. In ea enim Basilica venalia proponebantur, *l. pediculis, §. item cum quaeretur, de auro, & arg. Judi-*

cia etiam in ea exercebantur, vel Seneca teste: *Qui fremitu judiciorum Basilicas resonare ait*. Verum ad rem: *Municipes*, inquit, *forum, & Basilicam, & his similia*, inquit, *loca, scilicet, utlibus populi perpetuo exposita, veluti theatrum, campum, porticas, balnea non possident ullo modo, sed iis*, inquit, *promiscue utuntur*. Aliud igitur est possidere, aliud longe uti: quod & initio hujus legis satis luculenter ostendi. His consequens est, ut etiam municipia, vel municipes servos municipiorum non possideant. Qua ratione quidam dicebant, nec per eos municipio, sive reipublicæ possessionem adquiri posse, quam reipublicæ adquisitam voluit, quæ tamen ratio non est idonea: nam, ut dixi *sup. in §. per eum, & §. per servum corp.* plerique alii sunt, quos non possidemus, & tamen per eos res mobiles, vel immobiles possidemus, ut per liberum hominem, puta per procuratorem, tutorem, curatorem, aut per filium familias, quos certe non possidemus. Et obtinuit etiam, ut ex Ulpiano traditur in *l. seq. per servum publicum rempubl. possidere, & usufruere posse*, non ex peculiari causa tantum, sed etiam ex non peculiari nomine reipublicæ apprehensa possessione per servum publicum, ut ostenditur in *l. 10. de Publ. in rem act. l. signi, §. item municipes, ad exhib.* sed & per liberam personam, veluti per actorem (sic vocatur, qui res municipii gerit) municipium, sive rempubl. possidere posse exemplo privatorum, qui & per liberam personam, veluti per procuratorem etiam ignorantes possessionem acquirere possunt, ut receptum est utilitatis causa, quo facilius quisque negotia sua expediat, promptiusque, *l. 1. C. eod. tit.* Et sic evenit in specie hujus *§. ult.* ut quod per se municipes possidere, & usufruere non possunt, possidere tamen possint per alios: sicut infans, aut furiosus, qui per se possidere, & usufruere non potest, quia intellectu caret, id tamen acquirit per alium. Nec obstat quod ait *l. Labeo 8. tit. seq. Eum, qui suo nomine nihil usufruere potest, nec per servum quidem posse*. Quod de peregrino dicitur, cui commercium datum non est, qui nec suo nomine per se, vel per alium usufruere potest. At civis Romanus, etsi non per se propter ætatem, aut vesaniam, per servum tamen, aut per procuratorem suo nomine possidere potest, & usufruere ex peculiari causa. Ac simili modo municipes non per se suo nomine, sed per servum, vel actorem suo nomine. Transeamus ad *l. 3. hujus tit.*

Ad *L. III. eod. Possideri autem possunt, quæ sunt corporalia.*

Ad *§.* Et adipiscimur possessionem corpore, & animo: neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus, & corpore, & animo acquirere nos debere possessionem: non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente, & cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

Ad *§.* Incertam partem rei possidere nemo potest: veluti si hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere.

Ad *§.* Neratius, & Proculus, & solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simulatque possidendi affectum habuero: quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet. Caterum quod Brutus, & Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse: non est verum. Is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. Sed & si sciat, non capiet longa possessione: quia scit alienum esse. Quidam putant Sabinum sententiam veriorē esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra. Quibus consentio.

Ad *§.* Ex plurimis causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant, & eum, qui usufruere, & pro emptore, & pro suo possidere: sic enim & si ei, qui pro emptore possidebat, heres sim, eandem rem, & pro emptore, & pro herede possideo: Nec enim sicut dominium non potest nisi ex una causa contingere, ita & possidere ex una dumtaxat causa possumus.

Ad *§.* Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, & ipsum possidere, & eum qui precario

cario acceperit: Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste, vel duos iuste non posse, quem Labeo reprehendit. Quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat, quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sedeo, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Ad §. In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, & tamen nolis eum possidere, proinus amittes possessionem. Igitur amitti & animo solo potest, quamvis adquiri non potest.

Ad §. Sed & si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.

Ad §. Si quis nuntiet, domum à latronibus occupatam, & dominus timore conterritus, noluerit accedere: amisisse eum possessionem placet. Quod si servus, vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint, discesserintve: animo retinebo possessionem.

Ad §. Et si alii tradiderim, amitto possessionem: Nam constat, possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus.

Ad §. Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, & iudicium liberale pati paratus sit: non videbitur à domino possideri, cui se adversarium præparat. Sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur. Alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit, & liberale iudicium imploraverit: nihilominus in possessione mea est, & animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiat.

Ad §. Saltus hybernos æstivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.

Ad §. Cæterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus, per colonum, & servum. Nec movere nos debet, quod quasdam res etiam ignorantes possidemus, id est, quas servi peculiariter paraverunt: Nam videmur eas eorumdem, & animo, & corpore possidere.

Ad §. Nerva filius res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hætenus possideri, id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus: Nam pecus simul atque aberraverit, an vas ita exciderit, ut non inveniat, proinus desinere à nobis possideri, licet à nullo possideatur. Dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniat, quia præsentia ejus sit, & tantum cessat interim diligens inquisitio.

Ad §. Item feras bestias, quas vivariis incluserimus: & pisces, quos in piscinas coniecerimus, à nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quæ in sylvis circumseptis vagantur, à nobis non possideri: quoniam relictae sint in libertate naturali: Alioquin etiam si quis sylvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est.

Ad §. Aves autem possidemus, quas inclusas habemus: aut si quæ mansuetæ factæ, custodiae nostræ subjectæ sunt.

Ad §. Quidam recte putant columbas quoque, quæ ab ædificiis nostris volant, item apes, quæ ex alveis nostris evolant, & secundum consuetudinem redeunt, à nobis possideri.

Ad §. Labeo, & Nerva filius responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen, aut mare occupaverit.

Ad §. Si rem apud te depositam, furti faciendi causa contrectaveris: desino possidere, sed si eam loco non moveris, & inspicendi animum habeas: plerique veterum, & Sabinus, & Cassius recte responderunt, possessorem me manere: quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur.

Ad §. Illud quoque à veteribus præceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.

Ad §. Sed si is, qui apud me deposuit, vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit: non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.

Ad §. Genera possessionum tot sunt, quot & causæ acquirendi ejus, quod nostrum non sit. Velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxæ dedito, pro suo. Sicut in his, quæ terra, marique, vel ex hostibus capimus, vel quæ ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitæ.

Ad §. Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species: Tom. II. Post.

ut possideatur, aut bona fide, aut non bona fide.

Ad §. Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando jussu magistratus rei servandæ causa, vel quia damni infecti non caveatur mitti, possidemus, ineptissimum est: Nam qui creditorem rei servandæ causa, vel qui damni infecti non caveatur, mitti in possessionem, vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum, & observationem concedit. Et ideo cum damni infecti non caveate vicino, in possessionem missi sumus: sed id longo tempore fiat: etiam possidere nobis, & per longam possessionem capere prætor causa cognita permittit.

Initio proponitur, res tantum corporales possideri: res incorporales, veluti jura prædiorum, vel hominum quasi possideri; non vero possideri recte: quia sub tactum, vel sub sensum non cadunt, & possessio non potest adquiri sine tactu & corporali apprehensione. Unde nec male in l. i. §. pen. illo loco: Corpore, & actu, Græci legunt, corpore, & tactu, vel corporali tactu. Unde in l. quod meo, §. pen. hoc tit. si id nemo dum attigerit, id est, si naturalem possessionem non apprehenderit, & in l. i. §. i. hoc tit. Licet corpore suo rem contingat. Itaque in acquirenda possessione, animo & corpore opus est nostro, vel alieno, attrectatione nostra, vel aliena: Nam neque corpus nudum, neque nudus animus sufficit ad possessionem acquirendam, l. 8. hoc tit. l. licet, C. eod. Et in specie l. i. §. pen. & l. quarundam, hoc tit. ut docui supra quoque, etiam nudus animus non intervenit, sed & corporis scilicet genere quodam possessio adquiritur. Dominium solo animo adquiri potest, ut jam ostendi in superioribus, veluti hereditas aditione sola, dicendo; Adeo hereditatem illam, cernoque, vel geritione pro herede adquiritur: possessio rerum hereditariarum non item, quia non adquiritur nisi animo, & corpore, l. cum heredes 23. in princ. inf. hoc tit. ac præterea hereditas adquiritur animo nostro, non animo alieno, non aditione aliena: quia aditio est actus legitimus, qui non potest peragi per alium: actus legitimi peraguntur per nosmetipsos tantum: possessio etiam adquiritur alieno animo, ut in §. saltus, inf. Et vero, ut etiam proponitur initio hujus l. 3. ut corpore quis possessionem adeptus videatur, veluti possessionem fundi, necesse non est, ut omnes glebas fundi circumambulet, verum satis est, si certam aliquam fundi partem ingrediatur animo possidendi, id est, eo animo, ut totum fundum possideat usque ad terminum, inquit, id est, usque ad limitem fundi, qui limitem fundi discernit. Quod ita verum est, si aliæ partes fundi sint vacuæ. Nam si aliæ partes fundi ab alio teneantur, profecto eam tantum partem possidet, quam tenet, quam introierit, l. quod meo, §. ult. hoc tit. Dixi, certam partem: nam incerta pars non potest possideri, quod proponitur in §. incertam, & in l. si fur, §. ult. tit. seq. Incerta pars non potest possideri, quia nec corpore, sed intellectu solo percipi, & abstrahi potest. Itaque quo exemplo utitur §. incertam, & l. locus, in fin. hoc tit. si Titius tibi cedat quicquid juris in eo fundo habet, non designata parte, si non cedat partem tertiam, vel quartam partem, quam in eo fundo habet, sed a'oe'orov, quicquid juris in eo fundo habet, & tu ignores quid juris in eo fundo habeat, quantumvis licet hac mente sis, ut possidere velis, quod in eo fundo Titius possidet, possessionem non adquiris, dicitur a'oe'orov, ut hic Basilica addunt, quia finita pars Titii, finitum non est jus Titii, quod tibi cessum est, nempe, mente nuda possessio non adquiritur: & quantum etiam apparet ex proposito exemplo, incertam partem vocat, quæ ignoratur quota sit, puta tertia, an dimidia, vel quarta: hæc non potest possideri, licet possit recte vindicari à possessore totius fundi, l. qui de tota, §. ult. de rei vindic. l. 8. §. i. comm. divid. Alio sensu pars incerta dicitur, quæ scitur quidem quota sit, puta tertia, aut quarta, sed indivisa est, ita ut nec cerni nec tangi possit, utque ejus locus sit incertus; hæc possideri potest, ut puta, si fundi pars tertia vendita empta sit, vel donata, vel legata pars pro indiviso, certum est quota sit, sed quia incertus est ejus locus, hac ratione etiam incerta dici potest. Verum nihilominus possideri potest, d. l. locus, l. si quis fundum, inf. hoc tit. Quia si emptor fundum ingrediatur, eam suo corpore

Y y

appte-

apprehendere videtur; propterea quod cujuslibet glebæ pars tertia est: & (ut de anima fertur) ea pars tertia pro indiviso, est tota in toto, & tota in qualibet parte. Utrumque ergo in acquirenda possessione exigimus, corpus, & animum. Quod etiam rursus inculcatur in §. Neratius his verbis: Solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis, id est, corporalis possessio. Unde ut in hoc §. Paulus tradit, Neratius, & Proculus dicebant dissentientes à Sabinianis: si thesaurum scio positum in fundo meo, quem possideo naturaliter, continuo me etiam possidere thesaurum, simul atque possidendi thesauri animum habuero, quia & si fundum teneam, non thesaurum, quod deest ipsius fundi naturali possessioni: deest autem possessio thesauri, quia fundum duntaxat teneo, non etiam thesaurum in eo positum, heic animus, id est, scientia animi mei scientis, in eo fundo thesaurum esse, facile supplet me possidere rem principalem, id est, fundum, qui continet thesaurum. Proculiani exillimabant, thesaurum possideri in fundo positum, & defossum, si fundus possideretur, & sciret possessor in eo absconditum esse thesaurum, non sine fundi corporali possessione tamen. Nam ut vel fundi corporalis possessio antecederet, omnino desiderabant, & merito etiam improbabant sententiam Bruti, & Manilii antiquorum juris auctorum, qui exillimabant, possidentem, & usucipientem fundum, etiam thesaurum in eo reconditum usucapere, sive sciret, sive nesciret thesaurum ibi esse. Denique exillimabant cum fundo, & ima & per ima fundi omnia, quamvis alterius sint, usucapi. Quam quidem sententiam improbabant hac ratione: Quod neque sciens, nec ignorans ibi thesaurum esse, eum usucapere potest, ignorans non potest usucapere, quia, ut quid ignorans usucipiat in re tantum peculiari receptum est, *l. si emptam, tit. seq.* Sciens etiam non potest usucapere, quia & si ex sententia Proculianorum sciens possidere potest thesaurum, quem scit esse positum in fundo, quem possidet naturaliter, non potest tamen eum thesaurum usucapere, quia eum possidet mala fide. Scit enim alienum esse thesaurum, custodiæ aut prædii causa terræ commendatione pecuniæ, cujus memoria non extat, cujus dominus nullus est certus, sed pro depositione pecuniæ, quæ dominum certum habet. Quod autem scio meum non esse, id scio, vel scire debeo alienum esse, *l. ult. C. unde vi, l. ult. §. nemo, C. comm. de legat.* & hoc loco: Quia scit alienum esse. Et si quæras, quomodo hoc scit alienum esse: dicam, quia scit suum non esse. At in fine hujus §. improbat etiam sententia Proculianorum, & itur in eam, quæ est Sabinianorum: Possessorem scilicet fundi non possidere thesaurum, etiam si defossum eum in fundo esse sciat, nisi eum corporaliter apprehenderit per fundi naturalem possessionem: non possideri etiam thesaurum in eo reconditum, nisi loco moveatur & attrectetur, quod confirmat etiam *lex peregre, inf. hoc tit. & lex thesaurus, ad exhib.* Et hæc ratio est, quia res mobiles eatenus possidentur à nobis, quatenus sub custodia nostra sunt, §. *Nerva, inf. l. si rem mobilem, inf. hoc tit.* Thesaurus res est mobilis, qui utique non est sub custodia nostra, antequam loco motus à nobis, & occupatus fuerit: quæ ratio in fine hujus §. satis demonstratur his verbis: *Nec alias eum, qui scit possidere, nisi si thesaurus loco motus sit, id est, contrectatus: quia non sit sub custodia nostra.* Atque ita hic §. eo spectat, ut magis atque magis confirmetur, quod est propositum initio hujus legis, solo animo, solo corpore non acquiri possessionem.

AD §. Ex pluribus. In hoc §. proponitur una differentia inter possessionem, & dominium: Dominium ex una tantum causa nobis contingere posse: neque enim, quod semel ex una causa nostrum factum est, id amplius ex illa causa nostrum fieri potest, §. *sed si rem, Inst. de legat. §. sic itaque, Inst. de act.* Possessionem autem ex pluribus causis no-

bis contingere posse: dominium unum esse titulum, unam causam, unam auctoritatem: possessionis causas, sive titulos, duos, vel plures esse posse. Idem est titulus, & causa, ut in Evangelio, quæ uno loco dicitur causa, *actus*, quæ præfixa est cruci salutifera, in alio loco latine dicitur titulus. Causa quidem Matth. 27. & *ἐπισημαίνετο τὸ σταυρὸν αὐτοῦ τὸν αὐτὸν ἡγεγερμένον*, Titul. Joann. 19. & *ἔγραψεν δὲ ἐν ἑλλένι ὁ Πιλάτος*: Et rectissime Theophilus, notat in §. seq. *Inst. de interd.* ait: *Ἐπὶ τῶν ἀκινήτων τῶν ἀκινήτων ἀκινήτων τῶν ἀκινήτων*: Titulum esse causam possessionis, veluti emptionem, donationem, legatum, dotem, hereditatem, quam gloria hic vocat causam remotam, causam scilicet possessionis, causam traditionis, quod idem est. Traditionem vero causam esse causam proximam, & de utraque causa, *verbo se conscribis*, quæ neque sunt in jure, neque ex jure. Possessionis autem sunt plures cause, *veluti quævis res alienam à non domino bona fide possidet, & usucapit eam rem, & pro suo possidet, quia usucapit, & pro emptore, quia emit, etiam post usucapionem, & pro emptore, pro suo.* Denique eam rem possidet pro lego, & pro emptore: pro suo, quasi quæsitam usucapione, et *l. 1. tabul. Domini* autem habet usucapionis jure duntaxat, non etiam emptionis, aut traditionis facta à non domino. Et similiter, qui heres extitit ei, qui pro emptore possidebat ex emptionis causa, & pro emptore possidet: quo jure defunctus possedit, in cuius jus eum hereditas: & possidet etiam pro herede, id est, jure hereditario. Dominium autem ejus rei habet jure tantum hereditario. Denique dominium ex una tantum causa contingere potest, possessio etiam ex duabus. Nec obstat *l. 4. C. de cont. emptio*, quæ ait: *duplicari non posse titulum possessionis*, quoniam, ut ibi glossa sentit recte, & quæ sequuntur etiam in eadem lege, demonstrant, sub nomine possessionis illo loco, non possessio nuda significatur, id est, usus quidam rei, sed dominium, quod per possessionem contingit, id est, effectus possessionis, ut & alias in *l. 1. §. item adquirimus*, docti accipi possessionem pro usucapione, sive pro acquisitione dominii per usum, per possessionem. Et ita etiam recte dicitur, *l. de act. §. ante, in fine inf. l. 1. §. si quis inquit, usus, id est, usucapio.* Causa, id est, dominium legale: vel quod idem est, usus, id est, deminutio, causa, id est, *deperditio, et l. de perditam, de pet. hereditas.* *l. 1. §. de perditam, de pet. hereditas.* eandem hac in re esse rationem possessionis, & obligationis, nam & deberi nobis eadem potest ex pluribus causis, ex pluribus obligationibus, *l. 1. §. pen. de except. rei judic. l. 168. de reg. juris.* Tria sunt duntaxat, quæ adquirimus (non est quartum) vel dominium, vel possessio, vel obligatio. Et dominium ex una causa tantum, cætera etiam ex pluribus.

AD §. Ex contrario. Plures, ut dixi, possunt esse causæ possessionis ejusdem rei, dominium una tantum. At ex contrario, ut nunc docet in hoc §. neque possessores, neque domini ejusdem rei possunt, ita scilicet, ut singuli sint, veluti *l. 1. §. pen. de reg. juris*, veluti domini pro solido. Quod etiam ostenditur *l. 1. §. pen. de reg. juris, l. pen. §. pater, de cast. §. 1. l. 1. §. de regulis juris.* Et fuit hæc Proculianorum sententia, quæ obtinuit hac ratione, quia contra naturam, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id teneas, sine qua detentione corporali, nec civilis possessio existere potest, vel acquiri. Et obtinuit Proculianorum sententia generaliter: puta, neque duos posse in solidum eandem rem possidere civiliter: neque duos naturaliter: neque unum civiliter, alterum naturaliter, neque unum jure, neque alterum injuste, neque etiam unum bona fide, alterum mala fide. Contra vero Sabiniani (nam de hac re varie disputatum fuit) statuebant, unius rei pro solido duos possessores esse posse, & exemplo utebantur precarii. Nam & possidere eum dicebant, qui precario rogasset, ut sibi quid possidere liceret: & eum quoque, qui precario dedisset: unum possidere corpore, alterum animo: unum naturaliter, alterum civiliter. Quod & à Pomponio, qui Sabinianus fuisse videtur, rela-

relatum est in libris ad Sabinum, l. & heredi, §. eum, qui, de A precario. Et utrumque, inquit, iuste possidere. Nam & precaria possessio iusta est, l. 7. §. inter prædones, comm. divid. Verius tamen est, eum possidere solum, qui precario dominum rogavit, ut sibi rem ejus possidere liceret, quia dominus ei possessione cessit, qui precibus ejus locum dedit. Et quod dicitur in §. eum, qui, ut docui, est ex schola Sabinianorum. At Trebatius etiam Sabino quodammodo consentiens dicebat, posse alium iuste, veluti dominum, alium injuste, veluti prædonem, possidere rem eandem pro solido, quod etiam proponitur in l. 3. *ui possidetis*: sed dubitanter, atque adeo supponitur magis, quam proponitur. Si quis, inquit, proponeret possessionem iustam, & injustam, ego possideo ex iusta causa acquirendi domini: tu vi, aut clam. Si quis ergo ita proponeret in persona duorum possessionem, in unius iustam, in alterius B persona injustam, in utriusque pro solido, si quis hoc proponeret, veluti hic Neratius, quod & Trebatius proposuit, quod tamen nos neque admittimus, neque approbamus. Nam et si Titius, quæ est species d. l. 3. vi, aut clam à me possideat, vel ab alio solus ipse possidet, licet eum à me vi, aut clam possidet, id est, cum me mea possessione vi, aut clam evertit, superior sum in interdicto uti possidetis, quasi possessor, tamen si possessor non sum, tuendus tamen sum tanquam possessor, non quia possessionem habeo, quam nec habeo, sed quia habeo interdictum unde vi, vel interdictum de clandestina possessione, quo recuperare amisam possessionem possum, l. 17. in princ. hoc tit. l. 7. §. Julianus, communi divid. Idem tamen Trebatius, ut in hoc §. ostenditur, qui admittebat duos possessores ejusdem rei in solidum, unum iustum, C alterum injustum, negabat duos iustos, aut duos injustos possessores esse posse ejusdem rei in solidum. Quod etiam extat in l. duo, de precario, quem tamen merito reprehendit Labeo princeps Proculianorum: non quod dixerit duos iuste, vel injuste possidere non posse, quia hoc est verissimum, hoc Proculiani maxime volunt: Sed cum negaret duos iuste, vel duos injuste possidere posse, in eo reprehenditur, quia non negavit etiam eum iuste, alterum injuste possidere posse. At reprehenditur hac ratione, quia: In summa, inquit, possessionis, Basilica, *Εἰς τὸ σὺμπαρ τὸ κατὰ νόμον, Non multum interest iuste quis, an injuste possideat*: quoniam si iuste, sive injuste possideat, utique semper possidet solus. At injuste, dices, possidet, dicam, possidet tamen, ut de sententia judicis dicitur, at male iudicavit: iudicavit tamen. Quoquo igitur modo quis possideat, utique possidet, & quidem solus. Unde si duo iuste, vel duo D injuste possidere non possint, quod & Trebatius dixit, non poterit etiam unus iuste, alter injuste possidere, quod tamen Trebatius dicebat. Et ut tandem concluditur in hoc §. non magis eadem possessio apud duos esse potest in solidum, quam ut tu stare videaris in eo loco, quo ego sto: vel in eo, quo sedeo, tu sedere videaris. A qua re, sive actu corporali sane omnis possessio incipit, & consistit ab initio, sive naturalis, sive civilis. Unde & in specie l. clam, §. ultimo, hoc titulo, quæ hoc loco nobis explicanda est, propterea quod de ea disceptent doctores inter se plurimum, in specie, inquam, illius §. ultimi l. clam, hoc titulo, Doctores male statuunt, unum possidere naturaliter, alterum civiliter: nam qui ad nundinas proficiscitur, de quo E ibi agitur, suorum nemine domi relicto, qui corpore suo discessit à possessione, nec eam retinuit alieno corpore, per servum puta, per colonum, animo quidem solo retinet possessionem, non acquiritur solo animo, sed retinetur solo animo: animo ergo retinet possessionem. Sed si dum redit à nundinis, dum est in itinere, alius furtive ingressus sit in possessionem, ubi id ipse resciverit, jam non ipse animo retinere, sed animo potius amisisse possessionem videtur. Quis enim est, qui non dispondeat animum, vel abiciat potius, cum intelligit possessionem ab alio occupatam esse? Ergo statim atque intellexit alium furtive ingressum esse possessionem, ipse animo solo definit possidere. Nam & animo solo amittitur possessio, & ille clam possidere incipit, vel etiam vi, videlicet si rever-

tentem dominum ad prædium suum, prohibuerit, nec admiserit, l. 1. §. si ve autem, de vi, & vi arm. Itaque non efficies ex illo §. duos possessores, unum naturalis, alterum civilis possessionis.

AD §. In amittenda. Docuit jam ab initio hujus l. 3. possessionem non acquiri solo animo, quia naturali apprehensione opus est. Nunc quoque docet eam amitti solo animo, & adfectione sola: non eandem esse rationem acquirendæ, & amittendæ possessionis, non acquiri solo animo, vel solo corpore, amitti tamen solo animo, quo modo etiam distare possessionem à dominio in l. 17. ostenditur, §. 1. inf. b. t. nam dominium non amitti solo animo, l. jus agnation. de pact. Si dico rem illam, quæ mea est, nolle meam esse, non amitto ejus rei dominium: nuda voluntate non amittitur dominium, sed factio aliquo opus est: nudo pacto, nudo consensu non amittitur dominium, l. traditionibus, C. de pactis. Et hæc confirmatur etiam l. 20. de opt. leg. Sed dominium amittitur certis quibusdam, & legitimis modis, non temere, non fortuito: Possessio autem amittitur solo animo. Itaque statim, atque nolo fundum possidere, etiam si adhuc fundo corpore insistam, possessionem amitto: & si nomine alieno eam deinceps possidere volo, is, cujus nomine eam possideo, eam possidet, non ego, l. quod meo, in princ. inf. Retinetur etiam possessio solo animo, videlicet si alius fundo insistat suo corpore, quod proponitur in fine hujus §. Retineo possessionem solo animo, licet in fundo alius sit, quem ibi perperam Accursius ait possidere naturaliter, quod esse non potest, ut scilicet & ego possideam, & ille. Est quidem in fundo, ut ait, est in possessione corpore tenus, sed non possidet tamen, quamdiu viget in me animus possidendi, nec labascit ulla suspitione, ullave opinione ab alio apprehensæ possessionis, l. quamvis, inf. hoc tit. Ubi eleganter ignorant non tolli possessionem, quæ solo animo retinetur: scienti tolli, ubi rescivit alium ingressum esse possessionem, quæ scientia facit, ut dilabatur animus possidendi, & effluat. Cæterum ignorant non tollitur, imo retinetur, quantumvis licet alius sit in possessione. Et confirmatur sententia hujus §. multis aliis locis, l. 1. §. quod vulgo, de vi, & vi arm. l. licet, hoc tit. de acquir. possess. l. 1. §. si vir, l. peregre, §. ult. l. si is qui animo, l. qui universas, §. pen. hoc tit. & in hac l. §. saltus. Confirmatur etiam eo, quod sequitur statim in hac l. §. si quis nuntiet: possessorem, cui nuntiatum est, domum suam à latronibus captam, si timore conterritus, dum veretur vim majorem, non accesserit, animo amittere possessionem. Quod & in l. 7. inf. proponitur ex hoc ipso libro Pauli 54. & conjungendum cum hoc §. Utrumque, id est, sive eam domum corpore non possidebat, sive possidebat per servum, aut colonum, animo solo amittit possessio. intelligit eas ædes occupatas esse à latronibus. Quis hoc intellecto non deponat animum possidendi? Neque enim animus possidendi est fictio quædam animi, sed credulitas animi, atque persuasio certa. Restat in hoc §. in amittenda, & seq. possessionem retineri solo animo, possessionem, etiam amitti solo animo, cui etiam statim objicitur l. 8. inf. quæ, ut nulla possessio acquiritur, nisi corpore, & animo, ita ait, nullam amitti, nisi in qua utrumque in contrarium actum est, id est, nisi animo etiam, & corpore. Quo in loco explicando, qui facile expediri potest, fere ævum interpretes consumpserunt. Sed ad illum locum addi oportet temperamentum, quod facit articulus fere in l. fere, in l. 153. de regul. juris. In qua eadem verba repetuntur ab eodem Paulo lib. seq. Itaque & in l. 8. illud fere supplendum est, quemadmodum acquiritur, ita & amittitur possessio. Recte fere, quia non omnino certe ut acquiritur, ita & amittitur possessio. Nam & si non amittitur corpore solo, nisi concurrat etiam animus deponendæ possessionis, quia animo solo retinetur: & si igitur non amittatur corpore solo, nisi concurrat etiam animus, quo modo recte Joannes censuit accipiendam esse l. 8. & d. l. 153. tamen solo animo amitti potest, etiam si de prædio corpore non discedam. Et recte Græci interpretes ἀπὸ κινήσεως, id est, amissionem possessionis, esse ἐν κινήσει, & ἀπὸ κινήσεως, facilior-

rem, & simpliciorē. Verum ne fallamur, hæc dicimus tantum de possessione, quam per nosmetipsos possidemus, hanc amittimus nudo animo: sed quam per alios possidemus, veluti per servum, aut colonum, eam profecto non amittimus solo animo. Quod explicabimus in §. seq.

AD §. Quod si servus. Jam in §. in amittenda, tractavi de amittenda possessione, quam etiam amitti fufius docui animo solo, non etiam corpore solo, quia retineri potest animo solo, & retentioni adverfa est amiffio. Etiam adjeci, quod dicitur animo solo amitti possessionem, id verissimum esse in ea possessione, quam per nosmetipsos possidemus, non etiam in ea, quam possidemus per alios, veluti per servum, per colonum, per inquilinum, per procuratorem, hanc enim possessionem retinemus, nec amittimus, etiam si velimus amittere, aut si ejus amittendæ animum susceperimus, quamdiu videlicet is servus, vel colonus, nostro nomine est in possessione. Denique quamdiu servus meus, vel colonus meus meo nomine est in possessione fundi, etiam si abjecero animum possessoris, fundum possideo: & quamdiu igitur alius non est ingressus possessionem, dejecto servo meo, vel colono, *l. peregre, §. ult. inf. hoc tit.* Idque verum est, si quis vi me dejecerit de fundo, servum autem meum, vel colonum non dejecerit, quia per servum retineo possessionem, vel per colonum, qui vi dejectus non est, *l. 1. §. non alii, de vi, & vi arm.* At si servus quoque meus, vel colonus, vel procurator dejectus fuerit, vel si res, quam mihi possidebat, ei erepta fuerit: vel etiam si ipse ejus rei possessione me interverterit, dum eam vult sibi habere, nec mihi restituere, hoc genere etiam ignorantēs possessionem amittimus, *d. l. peregre, §. ult. & l. si rem mobilem, inf. l. 1. §. quod servus, de vi, & vi arm.* Hinc exoritur magna quæstio. Quid sit dicendum si servus, vel colonus meus, qui meo nomine possidet, ab alio dejectus non fuerit, sed ipse sua sponte dereliquerit possessionem: vel etiam, quid si vita decesserit? Et si quidem vita decesserit, constat inter omnes me animo retinere possessionem, *l. si id quod, §. 1. hoc tit.* Verum quæritur, an etiam si possessione discessit, si possessionem dereliquerit, ego animo retineam possessionem? Et in §. quod si servus, proponitur animo retineri possessionem, sive servus, vel colonus, per quos corpore possidebam, discesserint, sive decesserint. Et certe, ubi possessione discessit colonus, vel servus, ubi prædio exiit colonus, vel servus non animo deferendæ possessionis, constat inter omnes possessionem non amitti, sive dominum possessionem non amittere, *l. si colonus, inf. hoc tit.* At quid si animus servo, vel colono fuerit deferendæ possessionis, vel prodendæ alii, ut alius eam ingrederetur, non tradendæ, sed prodendæ? Et hac in re fuit controversia inter Jurisconsultos. Proculiani, si servus, vel colonus possessione discessit ejus deferendæ causa, existimabant possessionem etiam hoc casu à domino, aut animo domini retineri, nec amitti. Quod ostendit *l. quum quis, de dolo*, ubi & in eam rem nominatim citatur Proculus. Sabiniani vero putabant, amitti possessionem. Et ideo Pomponius ad Sabinum in *d. l. si colonus*, possessionem non amitti, ait, si non deferendæ possessionis causa colonus de fundo exierit, quia si deferendæ possessionis causa, Sabinus putabat possessionem amitti. Unde & ex Juliano, qui Sabinianus fuit, Africanus Juliani discipulus, in *l. si de eo fundo, §. 1. inf. hoc tit.* colono quidem vita decedente, qua de re constat inter omnes, possessionem, quam per eum dominus tenebat, non amitti, non interpellari, nisi eam dominus negligat, nec velit adipisci, ut ait hoc loco, aut nisi alias eam possessionem apprehendat sciente domino: colono tamen ultro possessione discedente, possessionem amitti. Itaque quod proponitur initio hujus §. animo retineri possessionem, sive servus, vel colonus vita decesserit, sive possessione discesserit, etiam animo deferendæ possessionis, proculdubio est ex Proculianorum sententia, quæ hodie obtinuit, & compro-

bata est constitutione Justiniani, *l. ult. C. eod. tit.* Quod autem sequitur in hoc §. si alii tradiderim, amitto possessionem, ut alias ostendi, & probavi, manifeste corruptum est. Quid enim hoc est; si alii tradiderim amitto possessionem. Imo & si non tradiderim, quia animo solo amitto possessionem, statim atque ego constituo, me nolle possidere, possidere desino. Unde legendum opinor, at si alii tradiderint, id est, si colonus, vel servus extraneo tradiderint possessionem, ut dixi sup. si decesserint, vel discesserint, non amitti possessionem. Nunc ait: At si alii tradiderint, amitti possessionem. Hic igitur est sensus, possessionem non amitti hoc solo, quod servus, vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint, vel discesserint, sed si alii fundum tradiderint, si alii fundum vendiderint, & tradiderint, tum possessionem amitti, & usufructuacionem interpellari. Quod ostenditur in *l. non solum, §. qui pignori, tit. seq.* At si non alii fundum tradiderint, sed vita decesserint, vel possessionem dereliquerint, aut defidia quadam, aut dolo malo, ut alii facultas esset ingrediendi, tunc animo retineo possessionem, quia, ut dixi, constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus. Quæ postrema verba recte Accursius retulit ad priorem clausulam hujus §. non ad proximiorē, non ad illam scilicet: At si alii tradiderint, amitto possessionem. Et sensus est apertus, possidere me fundum, quem per servum, aut colonum possidebam, etiam posteaquam vita decessit servus, vel colonus: vel postquam possessionem dereliquit, donec aut ipse voluntate mea discesserit, aut vi dejectus fuerit, quod ita in Basilicis est breviter expressum: *Νομῶς ἡ ἀρχαία ἐστὶν ἡ βία ἀναγκάζει μεν: Possessione, aut voluntate, & proposito animi nostri, aut vi recedimus.* Possessionem amittimus animo nostro, libero scilicet, aut vi: & animo quidem solo, vel etiam corpore, si modo, ut ait *d. l. peregre, §. ult.* eo animo inde digrediamur, ne possideamus: nec enim corpore solo possessionem amittimus. Sequitur in §. si servus.

AD §. Si servus. Amitti etiam possessionem servi, si is se diu gesserit pro libero, ut fecit Spartacus, cujus etiam meminit in hoc §. & Athenio, duces belli servilis. Si ad idem exemplum, servus se meus diu pro libero gesserit, servum meum desino possidere, si modo, & cum apprehensus erit, paratus sit subire, & pati liberale judicium: si modo paratus sit pro suo capite, pro sua libertate litigare: si ex libertate, in qua moratur, forte petatur in servitutem, à domino; hunc servum, qui se domino adversarium præparat, necesse est, ut dominus, qui hoc intelligit delināt possidere, & animo quidem solo. Idque etiam ostenditur in *l. 15. §. si servus, tit. seq. & l. per eum, hoc tit.* Et hoc, ut apparet ex specie proposita, si ex libertate servus petatur in servitutem, si servus diu fuerit in possessione libertatis, pro qua etiam judicium pati, judicio experiri paratus sit, adversus eum, qui se dominum dicit. At ex diverso, si ex possessione servitutis, si cum possideretur tanquam servus, in libertatem proclamaverit: vel ut hic loquitur, reclamaverit, & liberale Judicium imploraverit, nihilominus juste dominus eum possidet, tanquam servum, inquit, donec liber pronunciatu fuerit, quia fuit in possessione servitutis. Et hæc est sententia hujus §. quæ pugnare videtur omnino cum his legibus, quæ probant post ordinatum liberale judicium, eum, qui de suo statu litigat, in possessione libertatis constitui vindiciis datis secundum libertatem ex 12. tabulis, & interim in omnibus haberi pro libero: nec igitur possideri ab eo, qui se dominum dicit, non tantum si ex possessione libertatis vindicetur in servitutem, sed etiam, quod magis est, si ex possessione servitutis reclamet in libertatem, post ordinatam liberalem causam, interim loco liberi hominis habetur, & est in possessione libertatis. Hoc probat *l. ordinata, de liber. caus. & l. servum, §. 1. de procur. & l. is autem, ex quib. caus. maj.* Quod omnino videtur pugnare cum eo, quod ait in hoc §. eum, qui ex servitute in libertatem proclamat, nihilominus à domino possideri, donec liber pronunciatu

tus fuerit. Sed ait, *eum animo possideri*. Dicendum igitur est, eum, qui ex servitute adferit se in libertatem, licet post ordinatum liberale iudicium in possessione libertatis constituatur, & desinat possideri corpore domini, animo tamen possideri, ut ait hoc loco, *donec liber pronunciatu fuerit*. Adeo hæc est utilitas, ut contra, si servus pronuntietur, interim per eum dominus adquisisse intelligatur quicquid stipulatus fuerit, vel per traditionem acceperit ex iusta causa. Itemque, ut interim ceptam ejusdem servi usucapionem dominus implese dicatur, ut *l. si cui, §. licet, de liber. caus. l. servi, §. ult. de furt.* Jam sæpe docuimus supra utilitatis causa non possessores haberi possessorum loco, ut non interrumpatur cepta usucapio, vel ut ne acquisitiones præripiantur, quæ obveniunt interim, dum servus non possidetur, hoc colore scilicet, *quod animo retineat possessionem*. Atque ita finis hujus §. atque etiam §. superioris hic est, ut ostendat animo solo retineri possessionem, qui etiam est finis, sive scopus §. *saltus*, ad quem transeo.

Ad §. *Saltus*. Saltus hibernos, & æstivos, quos certis temporibus relinquere solemus vacuos, nullo ibi relicto servo, vel colono, interim dum sunt vacui, animo solo possidemus, animo solo retinemus, licet alius eos saltus nobis ignorantibus animo possidendi ingressus fuerit, hic enim non possidet, antequam resciverimus eum ingressum possessionem animo possidendi. Ignoranti enim non tollitur possessio per alium quenquam, vel prædonem, vel invasorem, quæ solo animo retinetur. Et hoc ostenditur in *l. quamvis saltus, inf. hoc tit.* Exemplum est quod hic proponitur de saltibus æstivis, & hibernis. Sed idem quoque juris est in cæteris prædiis, si forte ea relinquamus nullo in eis relicto ex hominibus nostris. Quod proponitur etiam in *l. 1. §. quod vulgo, de vi, & vi arm.* Sed hoc frequentius evenit, & apparet in saltibus, quos pecora defalcuntur, non anno toto, sed parte anni tantum, vel ætate tantum. Hæc pascua possidemus animo solo, *l. si is, qui animo, l. peregre, §. ult. inf. hoc tit.* Paulus §. *sentent. tit. 2. Possessionem*, inquit, *nudo animo retinere possumus, sicut in saltibus hibernis æstivisque contingit*. Eodem etiam loco idem Paulus iterat, quod & hic proponit itatim, *nos possidere animo nostro duntaxat*, excepto uno casu, quem etiam in hoc §. subjicit. Corpore autem possidere promiscue, vel nostro, vel alieno, veluti (quo exemplo usus est) per servum, per colonum: Servus enim nobis possidet suo corpore, non sibi, & colonus similiter nobis, non sibi, *l. 1. C. comm. de usucap.* nec inter servum, aut colonum, per quem possidemus, quicquam interest, ut ait *l. si id quod, §. 1. hoc tit.* Colonus in fundo tantum esse dicitur, dominus autem possidere animo suo, & corpore coloni, & corpore item coloni solo, quamdiu is nomine domini in fundo est, licet dominus abiecerit animum possidendi, ut si vi dejectus dominus fuerit, non etiam servus, aut colonus, quod initio ostendi. Colonus, inquam, in fundo est, dominus autem possidet. Quam in rem facit optime *lex 6. §. is, qui rogavit, de precar.* M. Tull. pro Cæcinnâ: *Cæcinnâ, inquit, possidebat, cum erat colonus in fundo*. Loquitur proprie, ut nostri auctores, & ex nostris etiam auctoribus, *cum erat colonus in fundo*. Unde & in §. *in amittenda, in fi. sup.* Sed & si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, puta te ignorante, adhuc possides solus: nimirum, quia is, qui in fundo est, non possidet, qui in possessione esse dici potest. Sed aliud est esse in possessione, aliud esse possessorem: ut aliud est esse in servitute, aliud longe servum esse. At sciendum est, quod & in hoc §. proponitur, unum tantum esse casum, de quo & jam supra dixi satis, & in *l. 1. §. item adquirimus*. Quo casu etiam animo alieno possidemus, puta, animo servi nostri, aut filii familiaris ex causa peculiari ignorantes: hæc enim id, quod servus meus parat, sive comparat nomine peculii, quamvis ei peculium habere permiserim, id animo meo possideo: id animo meo non possideo, si nescio, quam rem paraverit. Et qua ex causa, si servum certam rem emere jusero, vel filiumfam. vel etiam procuratorem, eamque emerit, & sibi

traditam meo nomine acceperit, videor quidem animo meo nactus possessionem, quia certam rem delignavi, destinavi, quam meo nomine apprehenderet. At si generaliter permisi habere peculium, conquirere, parare peculium, nec sciam quid paraverit, quove titulo, non possum videri animo meo possidere rem, quam nescio, & cujus etiam causa, sive titulus obtinendæ non cadit in animum meum. Ex quo sequitur, in causa peculiari ignorantes dominos possidere non tantum corpore, sed etiam animo alieno, sed nullus tamen est alius casus similis.

Ad §. *Nerva filius*. Nerva filius ait, in libris scilicet de usucapion. ut constat ex *l. si rem mobilem, inf. b. tit.* ait, sive definit, res mobiles eatenus à nobis possideri, quatenus sub custodia nostra sunt, quod & supra §. *Neratinus* indicat, in fine. Id verò ita Paulus interpretatur hoc in loco, id est, *quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possumus*, id est, quatenus in præsentia nostra sunt, & à nobis manu prehendi possunt. Ut ecce pecus, quod aberraverat, & si non desinat esse meum, *l. 1. de abig.* confestim tamen, atque aberrare cepit, id possidere desino, quia non est sub custodia mea, quia effugit custodiam meam. Et similiter vasis, quod mihi excidit forte demersum in flumen, ita ut non inveniatur, dominium quidem retineo, at possessionem amitto, quia desinit esse sub custodia mea, *l. Pomponius, in princ. inf. hoc tit.* Et generaliter, rem mobilem, quam ita possidemus, ut ignoremus ubi sit, non possidemus, *l. si id quod, in princ. inf. hoc tit.* Quo genere etiam animo solo amittimus possessionem. Vix enim est, ut habeamus animum possidendi id, quod ignoramus ubi sit, idque plane definimus possidere, quamvis à nullo tum possidatur, ut ait hoc loco, & in *l. si rem mobilem*, quamvis eam rem nemo alius invaserit. Longe est alia ratio rei immobilis: nam rem immobilem, quæ ab alio non possidetur, non definimus possidere, quamdiu habemus animum possidendi: res immobilis semper patet nobis: res immobilis semper est in proptulo, atque in præsentia nostra esse, & quasi sub custodia nostra esse semper videtur. Unde & si res mobilis sit in præsentia, veluti in domo nostra, quamvis non inveniatur, quia potest inveniri, si diligenter perquiratur, quæ, inquit, præsentia ejus rei est, id est, quia præsens ea res est, non procul à nobis. Est enim in domo nostra, hoc scimus, sed eam quærimus, ideo & eam possidere videmur. Porro rerum mobilium appellatione, de quibus est definitio illa *Nervæ*, continentur etiam homines, id est, mancipia, *l. 15. §. suffic. de usufr.* Et ideo à definitione Nervæ hoc loco excipiuntur homines. Nam & servos possidemus, qui non sunt sub custodia nostra, veluti servos, qui sunt in fuga, quos satis liquet, non esse sub custodia nostra, possidemus, si neque ab alio, dum possideantur, neque se pro liberis gerant, paratique sint pro sua libertate litigare, ut diximus in §. *si servus*. Et definitur in *l. per eum, §. 1. inf.* servos, qui sunt in fuga, qui non se gerunt pro liberis, vel potius, qui diu non sunt morati in libertate, qui etiam ab aliis non possidentur, ut eos intelligamur possidere, licet custodiam & potestatem nostram evaserint, utilitatis ratio sufficit, ne sit in potestate servorum per fugam possessione sui dominium intervertere, qui nec ullius rei possessione dominium subvertere possunt, *l. Pomponius in princ. & l. rem, quæ nobis, inf. b. tit.* Cæteros etiam servos, qui non sunt in fuga, qui forte sunt peregre in provincia quadam longinqua, quamvis non sint sub custodia nostra, possidemus, quia animum habent revertendi ad nos, nec se ipsos furati sunt, ut fugitivi, qui se ipsos furari dicuntur, & subtrahere dominis. Itaque, qui non sunt fugitivi, ipsi nobis possessionem sui conservant proposito revertendi. Quod & ita eleganter *Papinianus in d. l. si rem mobilem* scribit: *Homo proposito revertendi, domino possessionem sui conservat*: Ex qua lege præterea notanda est alia differentia inter res mobiles, & immobiles. Ignorantes non definimus possidere rem immobilem, licet alius possessionem ingressus sit, *l. quamvis 46. hoc tit.* Ignoranti non tollitur possessio, quæ solo animo retinetur, excepto uno casu tantum: si eam alieno corpore possideamus, per servum puta, vel colonum, & servus, vel colo-

colonus nobis ignorantibus vi detrusus sit possessione, A
l. peregre, §. ult. hoc tit. l. i. §. quod servus, de vi, & vi armata.
 At, quæ est alia species, si colonus, qui nobis fundum possidebat, constituerit cum se possidere lucri faciendi causa, nec deinceps domino pensionem exsolverit, dominus, si hoc ignoraverit, fundum possidere non desinit, quia colonus non potuit sibi solus causam possessionis mutare, non potuit sibi alium possessionis titulum fingere, aut fabricare, *l. 5. C. cod. tit. l. 2. §. 1. inf. pro her.* Scientem dominum puto desinere possidere, si sciverit colonum invalisse coloniam, id est, fundum, quem mihi possidebat, *l. rem, quæ nobis, inf. hoc tit.* Multoque magis, si fundum colonus alii vendiderit tanquam suum, & tradiderit, quo casu, & fundi furtum fieri Sabinus dicebat, ut est relatum à Gellio in fine libr. 11. Et verum quoque est hoc casu, dominum possessionem amittere, ut confirmavi *sup. ad §. quod si servus.* In re mobili aliud dicendum est, nempe si rem mobilem apud te depositam, vel tibi à me commodatam tibi possidere, neque mihi restituere constitueris, confestim etiam ignorantem me amittere possessionem, quia res delit esse sub custodia mea, cujus possessione me depositarius, vel commodatarius interverterit: & rem mobilem eatenus dumtaxat possideo, quatenus sub custodia mea est, ita ut cum mihi libererit, eam prehendere possim. Et hoc comprobatur *d. l. si rem mobilem, & §. si rem, inf. in hac l.* Sequitur *§. item feras.*

A D §. Item feras. In superiori Nervæ definitione rerum mobilium appellatione homines quidem non continentur. Itaque brutorum quoque animalium possessio, ommissa custodia, vel neglecta custodia eorum animalium, confestim amittitur, ut & cæterarum rerum mobilium, quæ anima carent, *d. l. si rem mobilem.* Retinetur autem eorum animalium possessio, quando sub custodia nostra sunt, exempli gratia, feras bestias possidemus, quas vivariis inclusimus, ut ait hoc loco. Vivaria, quæ & roboraria veteres appellabant, quod tabulis roboreis munirentur, sepirentur. Et vivaria ita Procopius definit *1. de bello Gothico.* *Τὴν κάμα βραχὺν, ὅπως δὴ λέοντας τε, καὶ τὰ ἄλλα κατ' ἕκαστα θηρία, καθ' ἑμὴν ζῶντα ἐπιφυλάττειν, διὰ τὸ βιβάειν ὀνόμασται.* Utitur nomine latino: *vivarium:* ait esse maceriam brevem, intra quam leones, & aliæ feræ bestiæ inclusæ, vivæ servantur, à qua re, & vivarium, inquit, nominatur. Ideo & *κατ' ἑμὴν ζῶντα.* Feras igitur vivariis inclusas possidemus, quia sunt sub custodia nostra: feras autem, quæ in sylvis vagantur, non possidemus, quia relictae sunt in naturali libertate, nec sunt sub custodia nostra. Alioquin, inquit, quod notandum, emptorem, & possessorem fundi sequerentur, quem non sequuntur. Ergo feræ inclusæ vivariis sequuntur emptorem fundi: at quæ in sylvis vagantur non sequuntur emptorem fundi, quod & verum est, ut hic locus ostendit, etiam si sylvæ circumseptæ sint, ut fit, fossa forte, vel aggere, aut virgultis, aut spinis, & vacerris, aut ex arboribus truncis demissis in terram. Nam illud sepimentum nihil bestiarum naturali libertati officere videtur, aut bestiarum naturalem libertatem minuere non videtur. Et simili modo pisces, quod & hic tractat Paulus, quos in piscinas coniecimus, possidemus, non etiam pisces, qui sunt in lacu, vel stagno nostro. Hi igitur, qui sunt in lacu, vel stagno, non sequuntur emptorem fundi. Illi, qui in piscinas à nobis coniecti sunt sequuntur emptorem fundi. Hoc est consequens superioribus, quæ dicta sunt de feris bestiis: Eadem est enim ratio piscium, quæ illarum. Quid ergo est, quæso, quod ait *l. fundi, de act. empt.* pisces, qui sunt in piscina, non esse fundi, non magis, quam pullos, aut cætera animalia, quæ sunt in fundo vendito: ergo non sequi emptorem fundi: puto, piscinam ibi accipiendam esse pro acu, vel stagno, ut apud Gellium *lib. 2. cap. 20.* legimus, lacus, & stagna suo, atque proprio nomine piscinas nominari. In hoc autem *§. item feras,* piscinæ sunt vivaria: nam & *vivaria* dicuntur de piscibus, etiam in idiotismo nostro, in quæ pisces coniectos includimus.

A D §. Aves. Sequitur in hoc *§. Aves* similiter cavea inclasas, vel mansuetas, & custodiæ nostræ subjectas,

à nobis possideri, itemque columbas, & apes, quæ ex consuetudine avolare, & revolare solent, etiam eo tempore, quo manus, & oculos nostros effugiunt, licet fera sit earum natura, à nobis possideri, quia & hæ aves hominum exemplo, proposito revertendi ad nos, possessionem sui nobis conservant. Itaque & hæ aves sunt excipiendæ à definitione Nervæ, sicut & homines.

A D §. Labeo. Sequitur in hoc *§. amitti* possessionem ejus loci, & quidem videri amitti animo, quem mare, aut flumen occupavit, non minus, quam si prædo me dejecto, aut hominibus meis dejectis, cum fundum occupaverit, ut *l. qui universus, §. item quod à mari, inf. hoc tit.* Et adde, amitti etiam ejus loci dominium inundatione maris, aut fluminis, ut diserte scriptum est in *l. si ager, quib. mod. usufr. amitt.* quod tamen Accursius hic negat, perperam in sententiam suam adducta *l. adeo, §. insula, sup. tit. prox. in fi.* Imo ille locus dominium inundatione amitti significat, dum restitui dominium ait, eodem impetu aqua recedente, quo venerat: amitti igitur, & postea restitui. Denique amitti non possessionem tantum inundatione, sed & dominium. Et nihil est præterea in hoc *§.*

A D §. Si rem. Is, cui rem commodavi, vel apud quem rem deposui, si furandi animo eam rem contrectaverit, id est, loco moverit, ut hic *§.* indicat, *contrectare, vel attrectare* scilicet esse loco movere. Et etiam significat *§. Neratius, sup. si,* inquam, depositarius eam rem furandi animo contrectaverit, statim eam desino possidere, non minus, quam si mihi vi erepta esset, quod etiam ostendit *l. rem à nobis, & l. si rem mobilem, inf.* Sed si depositarius, vel commodatarius eam rem non contrectaverit, licet inficiandi depositum animo habeat, non desino eam possidere, ideoque nec ejus rei furtum fecisse intelligitur: nam & inficiatio ipsa furtum non est, *l. inficiando, de fur.* Inficiari est depositum nolle reddere, *l. 13. de poss. Quintil. decl. 245.* Inficiari, inquit, est depositum nolle solvere. Unde in *d. l. si rem mobilem,* cum ait; Depositario constitente sibi rem possidere, neque reddere, dominum statim desinere possidere, quasi amissa custodia: necesse est, ut ponamus inficiationi depositarii etiam contrectationem accessisse. Quod & Joannes posuit recte. Furtum, quod & contrectatio esse definitur fraudulosa, & interversio possessionis, non fit animo solo sine contrectatione. Quod omne ex prudentia veterum traditur in hoc *§. si rem.* Unde & in *§. sequenti, illud quoque à veteribus,* inquit, *præceptum est,* quia & id quod est in superiori *§. à veteribus* est. Quid vero in hoc *§. illud,* proponit nobis ex veteribus? Hanc scilicet regulam juris certissimam: *neminem sibi ipsum causam,* id est, *titulum possessionis mutare posse,* ut & ex veteribus traditur in *l. qui bona, §. ult. inf. & l. 5. C. cod. & l. non solum, §. quod vulgo, tit. seq. & l. 2. §. 1. pro her.* exempli gratia, depositarius, vel commodatarius, qui domino possidet, non sibi, non potest lucri faciendi causa, id est, furti faciendi causa inducere animum, instituerere, ita ut dicat, *Se sibi possidere pro herede, aut pro bonorum possessore,* at voluntate domini, si ab eo heres instituitur, & moriatur dominus, sane potest possidere pro herede: voluntate domini potest possidere pro emptore, vel pro donato, quia non ipse videtur sibi mutare causam possessionis, quia nec ante possidebat sibi: quæ ratio redditur hoc loco, atque etiam in *d. l. non solum, §. quod vulgo,* sed dominus ei mutat causam possessionis: non ego, sed alius mihi titulum, qualis qualis possessionis meæ mutare, eumque meliorem, aut justiore facere potest. Restat tantum *§. ult.* quem explicabimus proxima recitatione.

A D §. ult. In *leg. 3. de acquir. vel amitt. poss.* restat adhuc *§. ult.* qui est de causis possessionum. Paulus, quum satis dixisset ante de acquirenda, & retinenda, sive reservanda, & de amittenda possessione, quæ tria sunt, in quibus rectissime dicitur in *leg. ult. de leg. totum jus consistere:* & in eo tractatu miscuisset etiam aliquid de causis possessionum, ut id *§. ex plur. & in §. prox. sup.* ad extremum docet, genera possessionum, genera causarum, sive titularum, quibus

bus adquiruntur, & nituntur justæ possessiones, tot esse, quot sunt justæ causæ acquirendi dominii: veluti pro emptore, causa est sive titulus justus acquirendi dominii, & acquirendæ possessionis: emptio scilicet justa est causa dominii, & possessionis acquirendæ per traditionem, si dominus rem suam vendiderit, & emptori tradiderit: vel per usucapionem, si non dominus rem alienam vendiderit, & emptori bona fide accipienti tradiderit. Item pro donato, pro herede, pro dote, pro noxæ dedito. Nam & donatio, & dos justa est causa acquirendarum rerum; itemque hereditas, quæ ex testamento, vel ab intestato defertur, & noxæ deditio, si servus, qui noxam nocuit, nolente domino pro eo subire æstimationem litis. Sunt & alii infiniti tituli, & justii tituli, ut indicat *l. ult. pro suo*. Veluti titulus pro bonorum possessore, qui similis est titulo pro herede, & titulus pro legato. Nam & legatum justa est causa acquirendi dominii, & consequenter acquirendæ possessionis, & titulus *pro derelicto*, *titulus pro soluto*, *pro adjudicato*, si iudicio communi dividendo rem communem uni ex sociis adjudicaverit iudex in solidum. Et similiter titulus *pro suo*: cujus tamen tituli, qui vocatur *pro suo*, duplex significatio est, cum cæterorum titulorum sit una duntaxat, eaque specialis. At titulus *pro suo*, & generaliter, & specialiter accipitur. Nam & cæteris omnibus titulis specialibus, generaliter titulus *pro suo* cohæret, *l. 1. pro suo*. Quod & Stephanus Græcus interpretatur notat, *l. Proculus, de jure dot.* Cujus etiam interpretationem in latinum sermonem conversam hodie habemus ab Herveto. Titulus etiam *pro suo*, accipitur specialiter, ut & in hoc §. demonstratur, & in *l. 2. inf. pro suo*, quæ etiam est ex hoc libro Pauli 54. ejusque interpretatio conjungitur huic §. Specialiter, inquam, hoc solo titulo, qui vocatur *pro suo* possidemus ea animalia, quæ mari, cælo, terra capimus, piscatione, aucupio, venatione. Item, quæ in bello capimus: item quæ ut in rerum natura essent, nos ipsi fecimus: ut vestimenta, quæ fecimus ex aliena, vel nostra lana, aut vina, quæ ex uvis nostris, vel alienis, quæ omnia nostra fiunt jure gentium: Item, quæ alluvione fluminum eodem jure nostra fiunt: titulo pro suo possidemus, non alio titulo. Item, quod additur in illa *l. 2.* quæ ex rebus possessis alieno nomine: veluti pro emptore, vel pro herede, vel pro donato, quæ ex rebus, inquam, possessis alio titulo nata, eodem jure possidemus, quæ defuncti, aut venditoris, aut donatoris nunquam fuerunt, ut idem auctor recte ait, *l. 4. §. fructus, tit. seq.* Ea, inquam, pro suo possidemus, non alio titulo, veluti fructus rei venditæ, aut donatæ, & fructus rei hereditariæ post emptionem, aut donationem, aut additionem hereditatis factos, vel productos, atque redactos. Et similiter, partus ancillæ venditæ, vel ancillæ hereditariæ, ancillæ, inquam, hereditariæ, conceptos post venditionem, vel post additionem hereditatis: hoc enim pro herede, vel pro emptore non possidemus, vel etiam hos pro donato non possidemus, quia donatione comprehensi non sunt, vel quia donationis tempore nondum erant. Quia igitur non jure hereditario, aut emptionis, vel donationis causa, nobis obvenerunt, sed jure gentium. (Quæ enim ex animalibus, aut rebus nostris nascuntur, jure gentium nostra sunt, §. *item ea, quæ ex animalibus, Inst. de rerum div.*) sequitur ea nos pro suo possidere. Sequitur in hoc §. *Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitæ*. Dixit initio plura genera esse possessionum, genera accipiens oratorum more pro possessionum speciebus. Id nunc mutat, dum ait, *Et in summa*, respiciens ad dialecticos. Hoc enim ait, *unum potius esse genus possessionis*, id est, in summa possessionem esse genus. Pro emptore autem, pro donato, pro herede possessionem, vel aliam cujuscunque tituli possessionem esse speciem, ut supra eodem modo ex §. *ex contrario*, facta alia divisione possessionis in possessionem justam, & injustam, id est, in possessionem bonæ fidei, & possessionem malæ fidei, quæ divisio fit etiam, & proponitur in hoc §. *ult.* Dixit, *In summa possessionis non multum interesse juste quis, an injuste possideat*: quia scilicet possessio genus est, sub quo tam injusta, quam justa continetur. Ac proinde non minus possessor est, qui injuste, quam qui juste possidet. Verum non est omittendum

A inter justam, & injustam possessionem hoc potissimum versari intervallum, sive discrimen: quod justa possessio, vel est civilis, ut puta, si quis ex justa causa acquirendi dominii, eo animo rem possideat, ut credat se ejus dominum esse, vel est naturalis, ut si quis non eo animo, non ea opinione possideat, id est, non animo domini, sed longe aliam cogitationeque, & hujusmodi est possessio pignoratitia, & possessio precaria, quæ & ipsæ sunt justæ possessiones, *l. 7. §. inter prædonem, commun. divid. l. servus depositus, §. 1. de nox. action. l. quæcumque, §. 1. de Publ. in rem act.* Justæ, inquam, sunt possessiones pignoratitia, & precaria, & bonæ fidei igitur: quia domini voluntateprehenduntur. Neque vero semper scientia rei alienæ fidem malam facit, *l. generaliter, de nox. action. l. qui solidum, §. ult. de leg. 2.* Sed hoc tantum facit conscientia rei alienæ, ut possessio sit apud nos naturaliter tantum, non civiliter: neque enim possumus animo domini possidere, quod scimus alienum esse. Qua ratione etiam possessio omnis injusta, veluti clandestina, aut quæ vi occupata est, nulla est civilis, quia nec fur, nec prædo jure animoque domini possidet. Est igitur naturalis tantum detentio quædam rei nullo jure possessæ: sive rei possessæ pro possessore, qui titulus semper est injustus, quia qui ita possidet, non aliam possit adferre causam suæ possessionis, quam quod possideat.

Reprehenditur autem in hoc ultimo §. Quintus Mutius, qui inter species possessionum posuit, si quando jus magistratus rei servandæ, id est, nominis servandi causa, debitore latitante, & indefenso, mittetur *creditor in possessionem bonorum debitoris*, vel etiam, si quando vicino non cavente damni infecti de vitio ruinae sui prædii, quæ imminet, vicinus, cujus interest ex primo decreto mittetur in possessionem prædii damnosi, vel etiam, si mulier, quam vir moriens prægnantem reliquit, ventris nomine mittetur in possessionem bonorum defuncti, vice bonorum possessionis contra tabulas, vel secundum tabulas, vel unde liberi, quoniam hæc missiones in possessionem, possessionem non concedunt: sed custodiam tantum, & observationem rerum, ita ut qui mittuntur in possessionem, frequentius dicantur mitti custodiæ causa, ne quid ex rebus pereat, vel dilapidetur, *l. officium, de rei vindic. l. pen. §. creditores, uti possit. cap. pen. & ult. ext. de eo, qui mitt. in possess. rei serv. causa, & cap. ult. ext. ut lite non cont. non proc. ad rec. test.* Ubi quod Pontifices constituunt, id sumpserunt ex *l. pen. §. ult. C. de præf. 30. annor.* & ex glossa adscripta tum illo loco, tum etiam in hoc §. ultimo, ut & plerasque alias glossas, & sæpissime sine ratione, juris auctoritate donaverunt. Eadem vero ratione etiam Pomponius adversus Q. Mutii sententiam usus est. Quia missionem in possessionem, possessorem non facit, sed custodiam tantum opponit rebus, quod indicat *l. quum legati, inf. quib. ex caus. in possess. adhibita inscriptione*, nam illa lex est ex Pomponii libris ad Q. Mutium. Et vero missionem in possessionem ex primo decreto non facere verum possessorem, Paulus hoc loco probat hoc argumento: quod secundo decreto opus sit ad concedendam possessionem ei, qui ex primo decreto missus est in possessionem ædium, pro quibus damni infecti non cavebatur, si id longo tempore fiat, ut ait hoc loco, id est, si duretur, si perseveretur non caveri damni infecti, ut ait *l. 7. §. unde, de usufr. & lex 4. §. si forte, de damn. infec. si aliquandiu*, quod idem est, *res non defendatur, aliquandiu*, ut ait *l. si finita, §. non autem, hoc tit.* qui locus comparatus cum hoc loco, id est, cum his verbis §. *ult. si longo tempore fiat*, liquido demonstrat longi temporis definitionem versari in cognitione, & arbitrio prætoris, qui si justa ei causa videatur, quod aliquandiu res non defendatur, secundum decretum interponitur, quo qui primo missus tantum est in possessionem ædium, jubetur eas ædes possidere jure dominii, ut ait *d. l. 7. de usufr. l. si finita, §. postea autem, de damn. infecto*. Secundo igitur decreto jubetur eas ædes possidere civiliter: si jure dominii, civiliter igitur. Et consequenter etiam ei eas ædes tempore legitimo usucapere permittitur, quæ usucapio nunquam contingit sine possessione civili, id est, quæ possideatur jure dominii, aut opinione dominii: non fuit igitur possessor ante secundum decre-

decretum, sed fuit tantum in possessione custodiæ causa, A
 Ex potestate secundi decreti colligimus, quæ fuerit potestas
 primi: primo fuit in possessione, secundo fuit possessor
 jure domini; aliud est fieri, vel esse in possessione, longe
 aliud possidere, l. 10. §. 1. *inf. hoc tit.* Ex secundo decre-
 to dominus dejicitur possessione, & actori vacua concedi-
 tur. Primo autem decreto dominus non dejicitur, *dist. l. si*
 finita, §. si quis autem, & §. ubi autem. Possessio autem ci-
 vilis sola, non etiam dominium statim secundo decreto
 conceditur. Prætor possessorem, non dominum facere po-
 test, non heredem, & ideo possessori factio ex secundo de-
 creto, necessaria est usucapio, per quam dominium adqui-
 rat, quod non quæsit secundo decreto. Et in l. 5. *comm.*
 divid. quam hic objicit Accursius, quod ait: Si ex causa dam-
 ni infecti jussi sinus ædes possidere, & ex hoc dominium ea-
 rum nanciscemur, id sic accipiendum est, si possessionem se-
 quuta fuerit usucapio, neque enim secundo decreto, sed usu-
 capione dominium nanciscimur: nihil est quod plura ad-
 dam, nisi hoc in contextu, ubi ita legitur in Pand. Flor. quæ
 sunt castiora Digesta, si quando jussu magistratus rei servan-
 dæ causa, vel quia damni infecti non cavetur, missi posside-
 mus: manifesto legendum esse, missi possidemus: non possi-
 demus scilicet ex illis causis, sed tantum in possessionem,
 missi sumus.

Ad L. II. de Usurpat. & usucap. *Usurpatio est usucapionis*
 interruptio. Oratores autem usurpationem, frequentem usum
 vocant.

Paulus in libro, qui est in manu, prius cœpit tractare de
 possessione, deinde de usurpatione, & usucapione, de C
 quibus datur primum l. 1. & 4. *ead. tit.* Et in l. 2. definitur
 usurpatio esse *interruptio, sive interpellatio usucapionis.* Sunt
 igitur hæc duo inter se contraria, usurpatio, & usucapio, &
 est utrumque nomen ex 12. tabul. ut ex eo liquet, quod
 Gellius scribit, vel refert ex Quinto Mutio Jurisconsulto,
 l. 3. *cap. 2.* Uxorem usu suam facere eum, apud quem ma-
 trimonii causa annum continuum fuerit, etiam si legibus,
 solemnique ritu ducta non fuerit, quo temporis spatio, id
 est, anni spatium & cæteras res mobiles usucapi constat ex 12.
 tabul. Et hac de re etiam eleganter Servius in illum locum
 Virgilii:

Thetis emat omnibus undis.

Tribus, inquit, modis, apud veteres nuptiæ fiebant, usu, far-
 re, avec le pain benist, coemptione: Usu, inquit, si mulier
 anno cum viro, licet sine legibus fuerit, sine interpellatio-
 ne scilicet, sine intercapedine. Unde & in l. 24. *de ritu nup.*
 in liberæ mulieris consuetudine, quod nihil aliud est, quam
 usu, consuetudo est usus, nuptias intelligi, non concubina-
 tum. Ergo usucapi uxorem, uxorem capi usu anni continui
 ex 12. tabul. & ex veteri jure. Usurpari autem uxorem, si in
 eo anno, quo usu haberi cœpit, trinoctium à viro abfuerit
 ex eadem l. 12. tabul. ut & Mutius retulit. Usurpari ergo,
 interrumpi usucapionem, quod anno continuo ea muliere
 usus maritus non fuerit. Interruptio temporis, interruptio
 est usus, sive usucapionis. Usucapio enim desiderat conti-
 nuationem temporis lege definiti, l. 3. *hoc tit.* Unde & rem
 mobilem, quam cœperam usucapere, si intra annum, vel
 hodie intra triennium, aliquot dierum spatio non possede-
 ro, forte ea re mihi vi erepta, ut l. rem, *quæ nobis, sup. tit.*
 prox. vel quo alio casu possessione translata, aut reversa ad
 dominum rei, vel ad alium, usurpatione, & quidem usurpa-
 tione naturali, usurpatione reali, usucapio interrupta intel-
 ligitur: nec quidquam interest, ut ostendit l. 5. *inf. hoc tit.*
 ad dominum ab eo, qui rem cœperat usucapere, possessio
 redierit, an ad extraneum. *Usurpare* est usu retinere, quod
 alioquin in usu dominus amitteret, & usu acquireret alter.
 Et ita detentione hypothecæ, quod nihil aliud est, quam
 usurpatione, creditor interrumpit præscriptionem adversus
 actionem hypothecariam, quam habet, l. cum notissimi,
 §. 1. *mod. C. de præscr. 30. ann.* Sic etiam sæpe in titulo *quem-*
 admod. servit. amitt. usurpari servitus dicitur, id est, in usu,
 sive non utendo, quæ usu retinetur, quæve is, cui ea servi-
 tus debetur, utitur, veluti iter totum usurpari, quia si is, cui

debetur iter, per partem aliquam itineris eat, aquæductum
 totum usurpavit: igitur non utendo non amitti si is, cui
 aquæductus debetur, in partem aliquam aquægii aquam
 duxerit, l. 8. *§. ult. & l. 9. quemadm. serv. amitt.* Sicut &
 totum fundum usurpari certum est, si quælibet ejus parti-
 cula usurpetur, l. 3. *in princ. sup. tit. prox.* Et similiter to-
 tum aquæductum, aut totam viam, quæ debetur fundo
 communi plurium usurpari per unum ex sociis, qui servi-
 tute utatur, quive eam servitute non utendo amittere
 non possit, ut pupillus, etiam si cæteri socii ea servitute non
 utantur, quod constat ex l. 10. *in princ. & l. 16. eod. tit.*
 Idem per colonum, per fructuarium, per mercenarium,
 per hospitem, & amicum, vel quem alium, qui cum,
 cui via debetur, eadem via invisendum veniat, & per
 bonæ fidei possessorem, & per malæ fidei etiam possesso-
 rem, viam usurpari, licet is, cui debetur via, cujusve fundo
 debetur, ea usus ipse non fuerit. Et hoc ostenditur in l. 5. 12.
 20. & 24. *quemadm. serv. amitt.* Dico autem etiam per ma-
 læ fidei possessorem usurpationem fieri, interruptionem
 usucapionis fieri. Quod & in illa l. 24. aperte proditum est,
 & in illa l. 12. Nec refert juste, quod est bona fide, nec ne
 possideat. Et in l. 5. *hoc tit.* his verbis: *Nec interest pro suo*
 quisque possideat, an ex lucrativa causa, id est, lucrandi tan-
 tum causa mala fide, ut docui in notis ad illam l. 5. Porro
 contraria hæc sunt, non utendo amittere servitute, &
 usurpare servitute, quod est usu retinere. Contraria hæc
 sunt *usucapere, quod dominus scilicet in usu amittit, & usur-*
 pare, quod nostrum cum esset, alter usucapere cœperat, &
 id quidem vel semel usurpasse intra tempus, quo non uten-
 do amitti, vel usucapione dominium acquiri solet, vel in-
 quam, id semel usurpasse interrumpendæ usucapionis cau-
 sa satis est, neque enim, ut in hac lege 2. Paulus docet, 12.
 tabul. ut oratoribus usurpare, est frequentativum, vel itera-
 tivum verbum, quia semel usurpasse sufficit ad interrump-
 pendam usucapionem. Imo vero, & nemine, exempli gra-
 tia, aquam ducente, jus aquæ ducendæ usurpatur, si per ri-
 vum sua sponte aqua fluxerit, d. l. 12. quemadm. serv. amitt.
 Itaque variis modis usurpationes fiunt, quos hoc lib. om-
 nes Paulum exposuisse credibile est. Late enim patet hic
 locus, cum & de usurpationibus librum scripsisse Appium
 Claudium referat Pomponius in l. 2. *de orig. jur.* Forte &
 usurpationibus hodie licet admoneatur omnem rationem
 interrumpendæ usucapionis. Nam & l. 5. *inf. hoc tit.* signifi-
 cat, aliam esse naturalem usurpationem, aliam civilem. Ci-
 vilis est veluti conventio executoris, si per executores, per
 viatorem is, qui cœpit usucapere conveniatur, & admonea-
 tur, ut possessione discedat non tantum litis contestatio-
 ne, sed etiam conventionem executoris, & libelli petitorii, li-
 belli *at' r'at'ores, sic vocatur, id est, admonitionis, usucapio in-*
 terrumpitur, l. 3. & l. quum notissimi, *in princ. C. de præsc. 30.*
 annorum. l. ult. C. de annal. except. l. 2. C. ubi in rem act. exerc.
 deb. Itemque si nemo sit, qui conveniatur, qui interpel-
 letur, usucapio interrumpitur protestatione publice facta,
 d. l. 2. *C. de ann. excep.* Itemque inter ventu pupilli, si ei, qui
 cœpit usucapere, nec dum implevit usucapionem, heres ex-
 stiterit pupillus, quia usucapio non currit adversus pupil-
 lum. Et sic ætas pupilli, interventusve pupilli interrumpit
 usucapionem, d. l. 3. *C. de præsc. 30. ann.*

Ad L. IV. *eod. Sequitur de usucapione dicere. Et hoc ordine*
 eundem est, ut videamus, quis potest usucapere, & quas res,
 & quanto tempore.

Ad §. Usucapere potest scilicet paterfam. Filiusfam. & maxi-
 me miles in castris acquisitum usucapiet.

Ad §. Pupillus si tutore auctore cœperit possidere, usucapit. Si
 non tutore auctore possideat, & animum possidendi habeat,
 dicemus posse eum usucapere.

Ad §. Furiosus, quod ante furorem possidere cœpit, usucapit. Sed
 hæc persona ita demum usucapere potest, si ex ea causa pos-
 sideat, ex qua usucapio sequitur.

Ad §. Servus pro herede possidere non potest.

Ad §. Fructus, & partus ancillarum, & factus pecorum, si de-
 functi non fuerunt, usucapi possunt.

Ad §. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furiva non usu-
 capiatur,

- capitur, nisi in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur: A*
sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non
in ejus niique, cui subreptum est. Igitur creditori subrepta, &
ei cui commodata est, in potestatem domini redire debet.
- Ad §. Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei subrepta sit,*
me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem
meam rediisse. Commodius dicitur, etiamsi sciero rediisse eam
in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam per-
didit, ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio
eam esse volui. Nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego sa-
cultatem ejus nactus sim.
- Ad §. Ideoque & si servus meus rem mihi subriperit, deinde*
eandem loco suo reponat: poterit usucapi, quasi in potestatem
meam redierit: usique si nescii. Nam si scivi, exigimus, ut re-
diisse sciam in meam potestatem.
- Ad §. Item si eam rem, quam servus subriperit, peculiari no-*
mine teneat: non videri in potestatem meam reversam. Pom-
ponius ait: nisi ita habere coeperimus, quemadmodum habui-
mus, antequam subriperetur: aut cum rescissemus, in peculio
eum habere concessimus.
- Ad §. Item Labeo, si rem quam apud te deposueram, lucrifaci-*
endi causa vendideris: deinde ex poenitentia redemeris, &
eodem statu habeas, sive ignorante me, sive sciente ea gesta
sint, videri in potestatem meam rediisse secundum Proculi
sententiam, quæ & vera est.
- Ad §. Si pupilli res subrepta sit, sufficere dicendum est, si tutor*
ejus sciat, rediisse eam in domum pupilli. Et si in furioso, suf-
ficere, curatores scire.
- Ad §. Tunc in potestatem domini rediisse dicendum est, cum*
possessionem ejus nactus sit iuste, ut avelli non possit. Sed &
tanquam suæ rei: Nam si ignorans rem mihi subreptam emam, C
non videri in potestatem meam reversam.
- Ad §. Sed etsi vindicavero rem mihi subreptam, & litis æsti-*
mationem accepero, licet corporaliter ejus non sim nactus pos-
sessionem, usucapietur.
- Ad §. Idem dicendum est, etiamsi voluntate mea alii tradita*
sit.
- Ad §. Heres, qui in jus defuncti succedit, licet apud eum igno-*
rantem ancillam furtivam esse, conceperit ea, & pepererit,
non tamen usucapiet.
- Ad §. De illo quæritur, si servus meus ancillam, quam surripuit*
pro libertate sua mihi dederit, an partem apud me conceptum
usucapere possim? Sabinius, & Cassius non putant: quia posses-
sio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret. Et hoc
verum est.
- Ad §. Sed etsi ut servum meum manumitterem, alius mihi fur-*
tivam ancillam dederit, ea, quæ apud me conceperit, & pepe-
rerit, usu me non capturum. Idemque fore etiam, si quis cum
ancillam mecum permutasset, aut in solutum dedisset: item si
donasset.
- Ad §. Si antequam pariat, alienam esse rescierit emptor, dixi-*
mus non posse eum usucapere: quod si nescierit, posse. Quod si
cum jam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usuca-
pionis intueri debemus, sicut in emptis reb. placuit.
- Ad §. Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa*
est, usucapi non potest. Si vero apud bonæ fidei emptorem,
contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim
emptoris fit. Idem in agnis dicendum si consumpti sint: Quod
verum est.
- Ad §. Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut sub-*
stantiam spectemus: & ideo vestis furtiva erit.
- Ad §. Si rem pignori datam debitor surripuerit: & vendide-*
rit, usucapi eam posse, Cassius scribit, quia in potestatem do-
mini videtur pervenisse, qui pignori dederit: quamvis cum eo
furti agi potest. Quod puto rectius dici.
- Ad §. Si tu me vi expuleris de fundi possessione, nec adprehen-*
deris possessionem, sed Titius in vacuum possessionem intra-
veris, potest longo tempore capi res: quamvis enim interdi-
ctum unde vi locum habeat, quia verum est, vi me dejectum:
non tamen verum est, & vi possessum.
- Ad §. Cæterum etiamsi mala fide fundum me possidentem deje-*
ceris, & vendideris, non poterit capi: quoniam verum est, vi
possessum esse, licet non à domino.
- Ad §. Idem dicendum est in eo, qui cum expulit, qui pro here-*

de possideat, quamvis sciat esse hereditarium?

Ad §. Si fundum alienum bona fide possidentem, quis sciens
esse alienum expulerit, usucapere non potest: quoniam vi
possidet.

Ad §. Si dominus fundi possessorem vi dejecerit: Cassius ait,
non videri in potestatem ejus rediisse, quando interdicto un-
de vi restitutus sit possessionem.

Ad §. Si viam habeam per tuum fundum, & tu me ab ea vi ex-
puleris: per longum tempus non utendo amittam viam: quia
nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id
est, mero jure detruditur.

Ad §. Item si occupaveris vacuum possessionem, deinde venien-
tem dominum prohibueris, non videris vi possedisse.

Ad §. Libertatem servitutem usucapi posse, verius est: quia eam
usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem consue-
bat: non etiam eam, quæ libertatem præstat sublata servitute.
Itaque si cum tibi servitutem deberem, ne mihi (puta) liceres
altius ædificare, & per statutum tempus altius ædificatum ha-
bueris, sublata erit servitus.

Post hunc vero tractatum de usurpat. Paulus cœpit di-
 cere de usucapionibus, ac primum quidem, ut patet ex
 hac l. 4. docuit, quis posset usucapere, vel non. Tractavit
 de personis prius, deinde de rebus, & tertio loco de actio-
 nibus, quæ impleto demum tempore usucapionis possessor-
 ri acquiruntur, tanquam domino. Et de personis quidem
 hoc primo, non tantum patremfamil. usucapere posse rem
 alienam, cujus possessionem nactus fuerit ex causa castren-
 sis, vel quasi castrensis peculii, bona fide, & iusto titulo,
 quæ requiruntur omnino in usucapionibus. Pupillum quo-
 que infantem, quod alienum possidet, cœpit tutore au-
 ctore, iusta ex causa usucapere posse: imo & quod possi-
 dere cœpit non tutore auctore, si modo, ut ait, *animum pos-*
sidendi habuerit. Corpore enim solo possessio non acquiri-
 tur. Ergo si animum possidendi habeat, ut puta si proximus
 fuerit pubertati, qui plerumque intellectus capax est, quod
 etiam exposui l. 1. §. 1. *sup. tu. prox.* Glossa hoc loco exem-
 plum ponit in Lombardis, Romanis, & Normannis, quasi
 scilicet ii ex tempore simulatque infantiam excefferint, doli
 potentes sint.

Ad §. Furiosus. Sequitur in §. furiosus, Furiosum etiam
 quod ante furorem possidere cœperit, usucapere posse. Quia
 furor, vel quolibet alio languore, sive morbo possessio, vel
 usucapio non interrumpitur, sicut nec somno, qua compara-
 tione nostri auctores utuntur, *l. r. unquam, §. si servus, & l. iusto,*
§. pen. inf. hoc tit. Posse etiam furiosum, dum fureret, incipere
 possidere, & usucapere uno casu, puta per servum suum, aut
 filiumfam. ex causa peculiari, ut etiam exposui in l. 1. §.
item, sup. tit. prox. Et hoc est, quod ait hoc loco, *Sed hæc per-*
sona, id est furiosus, ita demum usucapere potest, si ex ea causa
possideat, ex qua, inquit, usucapio sequitur. Et procedit etiam
 ignorantia scilicet. cui furiosus comparatur, quod in rebus
 tantum peculiaribus jure singulari receptum est, ut supra
 docui. His additur, *servum pro herede possidere, & usuca-*
pere non posse. Hoc est verissimum, quia nec servus heres
 esse potest: soli cives Romani heredes esse possunt, *l. 6. §. so-*
lemus, de hered. inst. Et aliud sane dicendum in filiofam. qui
 civis Romanus est, & heres esse potest ex causa castrensi,
 vel quasi castrensi, & usucapere igitur pro herede. Servus
 non item: tempore opus est ad usucapionem. Servus pro
 herede nihil possidere, & usucapere potest. Sequitur §. fru-
 ctus.

Ad §. Fructus. Dixit sup. de personis, quæ usucapere pos-
 sunt, vel non. Ab hoc §. dicere incipit de rebus, quæ u-
 sucapi possunt. Et ait, *fructus* (sic hoc explicandum, & dila-
 tandum est) prædiorum hereditariorum, & partus ancillarum
 hereditariarum, à defuncto bona fide, & iusto titulo possessa-
 rum, veluti pro emptore, aut pro donato: & similiter fœ-
 tus pe. orum hereditariorum, quæ etiam defunctus à non-
 domino iusta ex causa bona fide accepit, quamvis hi fru-
 ctus, vel partus defuncti nunquam fuerint, ut puta, si nati
 sunt post aditam hereditatem, usucapi posse, licet nati sint

ex alienis ancillis, vel pecoribus. Id vero ita intelligendum est, ut alias ostendi, & etiam heri ex l. 2. inf. pro suo: ut hi fructus, vel partus possint usucapi pro suo. Et hoc quidem solo titulo, quod non concurrat alius: neque enim concurrat titulus pro herede, quia hi fructus, vel partus in hereditate inventi non sunt, cum nati sint post aditam hereditatem, & ideo non hereditati, sed rebus accepto feruntur, ut ait l. in fideicom. 18. §. 1. ad Senasus. Trebell. In sequentibus tractabimus de rebus furtivis, & vi possessis, quæ usucapi non possunt.

AD §. Quod autem. A §. Fructus cepit tractare Paulus de rebus, quæ usucapi, vel non usucapi possunt, & proculdubio docuit inter cætera, proposuitve ante §. quod autem, qui sequitur §. fructus, rerum furtivarum usucapionem inhiberi l. 12. tabul. & leg. Attinia. Quod & proditum est in §. furtiva, Inst. de usucap. Et legis Attiniae verba sunt apud Gellium, ut novere omnes, hujusmodi, Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto, id est, æterna usucapio. Vel potius æterna per usum auctoritas: aliarum rerum, quæ furtivæ non sunt, aut vi possessæ, fere omnium usus, & auctoritas est biennium ex 12. tabulis. Jure novo decennium inter præsentem, & vicennium inter absentes. Rerum autem furtivarum auctoritas est æterna, id est, nullo finitur tempore, & nulla igitur auctoritas temporis: nulla auctoritas, quæ ducatur ex tempore, per quam earum rerum dominium bonæ fidei possessor acquirere possit, denique nulla usucapio. Et ejus juris ratio, mea quidem sententia hæc est, ne cuiquam furtum, quod ei fit, captiosum sit, sive damnosum: vel ne cuiquam liceat per furtum efficere, ut res aliena in alterius dominium transeat. Denique, ut intervertatur quidem possessio per furtum, sed dominium ut nunquam mutetur. Et ut vulgo legitur, ait lex Attinia, quod subreptum erit. Veteres tamen omnes Codices habent, quod subruptum erit: nec male. Nam & sic Arnobius lib. 2. Cunctis, inquit, opinionibus argumenta non desunt, quibus & sua decreta confirmant, & aliorum subrupiant, & labefaciant scita. Adjecit lex Attinia hanc exceptionem: nisi quod subreptum, vel subruptum erit, in potestatem ejus, cui subreptum est, revertatur. Quæ exceptio, ut ostenditur in hoc §. quod autem, non de quocunque, cui subreptum erit, sed de domino rei tantum accipienda est: neque enim definit esse furtivum, quod subreptum creditori pignoratitio, vel commodatario, in ejusdem potestatem redit, sed quod rediit in potestatem domini, vel in potestatem heredis ejus, qui idem homo esse intelligitur, idemque dominus. Sola domini reprehensio purgat vitium rei furtivæ, & rem suæ pristinæ conditioni restituit. Igitur nec ante res furtiva usucapi potest ab ullo, quam dominus eam vindicaverit, & receperit, aut pro ea litis æstimationem acceperit, §. tunc autem, inf. in hac l. quia æstimatio, ut vulgo fertur, & verum est, plerumque succedit loco rei. Eadem ratio est rei amittæ divortii causa, quia & ipsa revera furtiva res est. Itaque ne à bonæ fidei quidem possessore usucapi potest, l. pen. rer. amol.

AD §. seq. Sequitur in hoc §. ex Labeone, rem peculiarem servo subreptam ignorante domino usucapi posse, si in potestatem servi redierit, licet dominus rediisse ignoraverit, quia etiam si ea, quæ gesta sunt in ea re, omnia ignoraverit, in potestatem domini rediisse res videtur, cum rediit in potestatem servi, cui eam rem habere dominus permiserit. Quandoquidem & rursus, si ejus facultatem servus nanciscatur, in peculio esse, atque ita à domino possideri incipit, l. interdum, §. si res, de furt. A domino, inquam, possideri incipit, quali pars sui patrimonii, nam & revera peculium, quod servo concessit, in suo patrimonio est, l. per servum, §. 1. de acquir. rer. dom. §. 1. Inst. quibus non est perm. fac. test. Labeo loquitur de re peculiari servo subrepta, & in potestatem servi reversa, ignorante domino. Sed idem omnino, commodius dici subjicit Paulus, si sciente domino omnia gesta sint, id est, si sciente domino, & furto rem subtractam, & in potestatem servi reversam. Idem, inquam, dici, rediisse scilicet eam rem videri in potestatem

domini, & usucapi posse, quæ rediit in potestatem servi. Sed utrumque exigimus, ut & sciverit rem subreptam, & sciverit quoque rem rediisse in potestatem servi. Nam si dominus sciverit eam rem subreptam esse, nec sciverit rediisse in potestatem servi, sane nondum videtur rediisse in potestatem domini, sicut nec res domini, quæ subrepta est, & in potestatem domini rediit, rediisse videtur in ejus potestatem antequam id ipse resciverit: ut scivit rem sibi subreptam, & scire etiam debet rem ad se rediisse, l. si ad dominum 86. de furt. l. si rem subreptam, inf. hoc tit. Et hoc est quod ait in hoc §. Labeo, nec sufficit, si eam rem, quam perdidit, id est, si rem peculiarem, quæ servo meo me sciente subrepta est, me ignorante servus meus apprehendas, id est, me ignorante in servi mei potestatem redeat. Nam ut furti gnarus sum, ita gnarus esse debeo apprehensionis, sive reditionis furtivæ rei in servi potestatem, ut usucapi possit, ut desinat esse furtiva. Si modo, inquit, quod notandum, eam rem in peculio esse volui. Qui modus refertur ad omnia ea, quæ supra dicta sunt. Nam si nolui eam rem amplius in servi peculio esse, res definit esse peculiaris nuda voluntate domini. Si igitur nolui, eam rem amplius esse in peculio, non aliter videtur ea res in potestatem meam rediisse, quam si possessionem, & facultatem ejus ipsemet nactus fuerim: neque enim sufficit, si vel sciente me ea res redierit in potestatem servi mei, cui jam amplius eam rem habere non permisi. Eodemque modo, ut subjicit, scribens jam non de re peculiari, sed de re dominica, & idem esse ostendens in re dominica, quod in re peculiari. Idemque fere, si servus domino rem subripuerit ignorante domino, deinde mutato consilio, eandem suo loco reposuerit, in potestatem domini rediisse videtur, & usucapi potest. Re omni gesta, ut dixi, ignorante domino. Quod si sciente domino servus eam rem subripuerit, non aliter potest usucapi, quam si sciente domino loco suo reposita fuerit: Furtum contrahitur re suo loco mota, l. 3. §. si rem, sup. tit. prox. & contra: Furtum solvitur, re suo loco reposita, ut hic locus ostendit. Ex quo etiam liquet, quod maxime notandum est, servum rei dominicæ furtum facere, si eam loco moveat, si eam loco moverit lucrificandi causa, etiam si alii eam non tradiderit, sed ea res apud eum remanserit. Ac revera quidem servus rem domini loco movendo lucrificandi, & sibi habendi causa, furtum non facit, nec sui ipsius, nec rei cujusquam dominicæ, quamdiu ea res apud eum est: servus furtum non facit, quia ut sui possessione dominum subvertere non potest, ita nec possessione cujusquam rei, quæ ad dominum pertineat. Revera igitur servus rei dominicæ, quam loco movit lucrificandi causa, furtum non facit, nisi eam alii tradiderit, l. rem, quæ nobis, sup. tit. prox. Exemplo coloni, qui non aliter intelligitur intervertere dominum possessione rei conductæ, quam si eam rem alii tradiderit: non igitur, quamdiu ipse colonus insidet rei, & insittit, l. 1. §. quod si servus, sup. tit. prox. l. 5. C. possit. Verum ne furtum servi, aut contractatio rei dominicæ, quæ fit à servo lucrificandi causa, ne domino sit captiosa, ne domino inferat dampnum, quod ad usucapionem attinet, res fingitur esse furtiva, nec si alii tradiderit, non tradente servo, usucapi potest. Quod inductum est exemplo etiam servi fugitivi, qui & si dominum non intervertat revera possessione sui, nec sui furtum faciat, ut diximus paulo supra, nisi ab alio apprehendatur, nisi se alii tradat, vel diu se pro libero gerat, l. 1. §. per servum, l. 3. §. si servus, l. Pomponius, in princ. l. rem, quæ nobis, tit. prox. tamen quantum ad usucapionem attinet, sui furtum fecisse fingitur, ne à quoquam usucapi possit, ne fuga servi ex quacunque causa domino damnosa sit, l. ancilla, de furt. l. 1. C. de serv. fugit. Denique quod ad usucapionem attinet, ne contingat, servus fugitivus fingitur esse furtivus: servus, qui est in fuga, etiam si nemo eum apprehenderit, verum etiam si se servum esse fatetur, nec abnuat, seipsum furatus esse intelligitur, ut loquitur lex 6. C. de his, qui ad Eccl. conf. Et Apulejus Milefiacorum 7. Ipse me furatus, inquit, ægre solus è mediis Orci faucibus ad hunc evasi modum. His conjuncta scriptura, additur etiam in hoc §. rem domini à servo subreptam, si servus eam suo loco non re-

ponat, sed peculiari nomine teneat, non videri eam rem rediisse in potestatem domini, ac proinde usufructu non posse, nisi dominus, ubi resciverit servum eam rem peculii nomine tenere, id approbaverit, & eam in peculio esse concesserit, quod summam rationem habet. Nihil est præterea in hoc §. Addamus etiam interpretationem §. frequentis.

AD §. Item Labeo. Depositarius, si alii vendat, & tradat rem depositam, ut pretium lucrificat, proculdubio furtum facit, quod & hoc loco, vel his solis verbis significatur, lucrificandi causa, l. 2. §. 1. inf. pro her. l. non solum, §. quod vulgo, h. t. Et definitio etiam furti confirmat, in qua non omittuntur hæc verba, lucrificandi causa. Sed si depositarius poenitentia actus, postea eam rem redemerit ab emptore, tradiderit igitur, & in pristinam depositi causam habere coeperit, sive sciente, sive ignorante domino res vendita à depositario, & mox redempta fuerit, quia depositarius eam rem tenuit domini voluntate, domini animo, sane furti vitium solvitur, quasi re furtiva, re, quæ furtiva erat, in potestatem domini reversa, etiam res usufructu potest. Vitium, inquam, furti solvitur: sed non etiam vitium furis, vitium personæ, neque enim ipse depositarius poenitentia furti reus esse definit. Quod & probat l. 1. §. si rem, de pos. quam hic male exponit Accursius, ibi recte: depositi poenitentia, aut restitutio rei furem non solvit poena, l. qui ea mente, de furi. Seneca lib. 2. de tranquill. animi: Si quis, inquit, rem, quam è villa mea subripuit, in domo mea reponat, ille furtum fecerit, etsi ego nihil perdiderim. Et 4. declam. Tam teneris, inquit, quam qui vulneraverit aliquem, licet vulnus sanaverit: quam qui subripuit aliquid, licet deprehensus reddiderit. Et huic rei simile est, quod & hic Bartolus notat, & extat, ut ego distinxit titulos lib. 4. feudor. tit. 53. ut vulgo distinguuntur lib. 2. tit. 34. Si cliens, sive vasallus beneficium, aut feudum vendiderit invito, aut ignorante domino contra constitutionem Lotharii, & Frederici, atque adeo, si feudum commissum fuerit domino, quod sine consensu eius venditum fuerit, ex illis constitutionibus, licet postea vasallus feudum redemerit, non liberatur vasallus poena commissi, in quam incidit semel: vitium, si quod semel rei hæsit, ob eam rem solvitur, res, inquam, solvitur, reus non solvitur poena, quod est verissimum. Reliqua persequemur die crastina.

AD §. Si pupilli. Hic §. est de re pupilli furto subrepta, quæ usufructu potest, si redierit in domum pupilli sciente tutore, quasi amoto furti vitio: ut & res furioso subrepta, si redierit in domum furiosi sciente curatore, usufructu potest: non satis est rediisse in domum eandem, sed & dominum, qui admissi furti ignarus non est, hoc scire oportet rem furtivam in domum suam rediisse, l. si ad dominum, de furt. Tutor autem, vel curator personam domini sustinet, l. interdum, §. qui tutelam, de furt. l. tutor, qui tutelam, de adm. tut. l. ad ea, de reg. jur. Pupillus ipse sine tutore nihil scire intelligitur, & furiosus similiter sine curatore, l. ult. de jur. & fact. ignor. l. ult. rem pupill. salv. fore, nisi scilicet proximus pubertati, & consilii capax fuerit. Et hæc ad sententiam huius §. At hinc non immerito quis dixerit, hunc §. ex contrario, cum loquatur tantum de re pupilli furtiva, quam dicit non posse usufructu, nisi redierit in domum pupilli sciente tutore, ex contrario, inquam, argumentum præbere, aliam rem pupilli, quæ furtiva non est, usufructu posse, quod tamen negat l. bonæ fidei, de acquir. rer. dom. Et Cicer. etiam novit, qui in 1. ad Attic. epist. 5. ait, de tutela legitima, in qua pupilla sit, nihil usufructu posse. Et in oratione pro Flacco: Nihil posse de tutela legitima (in qua erat Valeria quædam, de qua in ea oratione agitur) sine omnium tutorum auctoritate deminui, atque adeo Valeriam ipsam usu uxorem fieri, sive usufructu matrimonii causa non potuisse sine Flacci auctoritate, qui unus erat ex tutoribus mulieris. Et sane verissimum est, Verissimum etiam hoc est, rem pupilli immobilem, rem soli usufructu non posse, veluti fundum, aut ædes. Et de re immobili loquitur d. lex bonæ fidei, apertissime. Res autem mobilis pupilli videtur usufructu posse, & hic §. si pupilli, est

Tom. II. Post.

de re mobili, non de immobili, quia ad furti causam respicit, & rei immobilis furtum non fit, l. 38. inf. hoc tit. Fuit hæc distinctio inter rem mobilem, & immobilem Irnerii, & placet satis. Verum & rem etiam alienam à pupillo bona fide possessam constat inter omnes usufructu posse, quasi alienam, non quasi pupillarem, l. 2. §. tutor, pro empt. Constat etiam usufructu conceptam adversus defunctum, qui postumum heredem reliquit, impleri posse, priusquam postumus nascatur, l. etiam ei, qui, de minor. Atque ita priusquam heres existat, quia interim hereditas jacens, non potest heredis futuri, sed defuncti vicem sustinet, atque ita usufructu impleri videtur adversus defunctum ante editio-nem postumi, non adversus puerum, non adversus postumum.

AD §. Tunc in potestatem. Huius §. sententia hæc est: In l. Attinia in potestatem domini rem furtivam rediisse, aut venisse videri, si dominus possessionem ejus nactus sit eo modo, quo ab eo avelli non possit, id est, iusta ex causa. Si inquit, possessionem ejus nactus sit iuste, ut avelli non possit. Nec enim videtur possessionem nactus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit, l. non videtur, sup. tit. prox. & §. si dominus, inf. in hac l. Et nota quod ait, si possessionem ejus nactus sit: nam & ita l. 12. C. de furt. Ancillæ, inquit, furtivæ partus editi apud furem, priusquam à domino possideantur, usufructu non possunt, id est, priusquam venerint in domini potestatem. Etiam hoc exigimus, ut ad dominum res furtiva redierit tanquam sua. Alioquin non videretur rediisse in ejus potestatem, id est, exigimus, ut civilem possessionem ejus rei tanquam pridem dominus nactus fuerit. Nam, ut subjicit, si rem mihi subreptam ignorans emerò, quasi alienam, & mihi traditam accepero, non videtur rediisse in potestatem meam: quia non tanquam mea, sed tanquam aliena venit in potestatem meam, quia ejus rei pretium mihi abest, quia pro ea pretium tituli: non ergo venit ad me tanquam fuerit jam ante mea, l. 14. in fi. de verbor. signif. sed quasi jam nunc ex aliena facta fuerit mea. At videtur tamen res venisse in potestatem domini, si eam vindicaverit à fure, etiam si non abstulerit rem ipsam, sed rei, sive litis æstimationem. Litis æstimatio est similis emptioni, l. 3. inf. pro empt. Videtur ergo fur, qui litis æstimationem subiit, eam rem, sive litem emisit à domino. Itaque jam eam rem non pro furtiva, non pro possessore, sed pro suo possidet, & purgatum est vitium furti, l. si fur, in princ. inf. hoc tit. Præterea, si domino ea res tradita non sit, sed tradita sit alii voluntate domini, cui forte dominus donatam volebat, etiam hoc modo res ad eum pervenisse, & abolitum, aut purgatum furti vitium videtur esse. Itaque usufructu potest: nihil refert, mihi tradas rem, an alii voluntate mea, l. 22. §. fugitivus, mand. Pergamus ad reliqua.

AD §. Heres, & §. De illo. Hi duo §§. sunt de partu ancillæ furtivæ. Si ancilla furtiva apud heredem furis ignorantem eam esse furtivam, conceperit, & pepererit, heres partum ejus non usufructu. Quod proponitur in hoc §. heres. Heres igitur furis, etiam si ignoraverit ancillam esse furtivam, non potest usufructu partum ex ea conceptum, & editum apud heredem, quia heres succedit in jus omne defuncti, ut l. cum heres, de div. & temp. præsc. Et defunctus nec ancillam, nec partum ancillæ furtivæ apud se conceptum, & editum, usufructu potuit, ergo nec heres ejus. Cum dicimus, heredem succedere in omne jus, hoc dicimus, eum succedere in vitia, virtutesque defuncti, in commoda, & in incommoda, ut l. si ego, §. partus, de Publ. in rem act. l. pen. C. de acqu. possess. Ergo si apud heredem furis ancilla furtiva conceperit, & pepererit, quamvis heres ignoraverit eam esse furtivam, quia succedit in malam fidem defuncti, partum usufructu non potest. Idem est, si conceperit apud furem, pepererit apud heredem ejus ex Marcelli sententia, quæ verior est, l. 10. §. Scævola, inf. hoc tit. At Quintus Cerbidius Scævola, ut ibidem refertur, existimabat ex iis casibus, puta si ancilla furtiva conceperit, & peperisset apud heredem furis, bona

Z z 2

fide

fide possidentem : vel si conceperit apud furem , & pepererit apud eundem furis heredem , partum ancillæ furtivæ ufucapi posse , hac ratione , quia *partus non est pars ancillæ furtivæ* . Quod ex ipso Scævola repetitur in l. 26. de verb. signific. Alioquin , inquit , nec partus editus , & conceptus scilicet apud bonæ fidei possessorem , apud bonæ fidei emptorem , ufucapi posset , si partus esset pars ancillæ furtivæ , quem tamen ufucapi posse constat inter omnes , & probabitur infra . Ideo autem putabat partum ancillæ furtivæ partem non esse , quia Publii Scævola gentilis sui , & M. Manilii opinionem sequebatur , qui dicebant , partum esse in fructu , partum esse fructum ancillæ , quo modo Hebræi loqui solent . Si enim est fructus ancillæ : ergo non est pars ancillæ . Fructus non est pars rei , ex qua nascitur , at Bruti sententia in §. fructus obtinuit , partum non esse in fructu : Ideoque passim in ff. & in hac l. in §. fructus , fructus separatur à partu . Partum , inquam , non esse in fructu , quod absurdum esset hominem , cujus gratia fructus innumeros rerum natura comparavit , in hominis fructu esse : Vetus quidem hæc quæstio est , partus sit in fructu , necne , l. vetus quæstio , de usufr. *ἀρχαία ἀπορία* ut Aristoteles loquitur . Et veterem etiam esse hanc quæstionem testatur M. Tullii locus notissimus 1. de finib. bonor. & malor. Sed obtinuit sententia Bruti , quam & Marcellus , & cæteri sequuntur , *partum non esse in fructu* , & consequenter , *partum esse partem ancillæ* , atque ita nec ancillam , quæ furtiva est , nec partum ejus ufucapi posse , sive prægnans ancilla subrepta fuerit , ut l. pen. de stat. homin. sive apud furem , vel apud furis heredem ; quantumvis licet conditionis ancillæ ignarum conceperit , & pepererit , ut in hoc §. sive apud furem , aut furis heredem conceperit , & pepererit apud extraneum bonæ fidei emptorem , horum nullo casu partus ufucapi potest , quod probat l. si ego , §. partus , de Pub. in rem act. & in l. qui vas , §. ancilla , de furt. At si ancilla furtiva conceperit , & pepererit apud bonæ fidei emptorem , hoc solo casu partus ufucapio procedere potest , d. §. ancilla , l. 3. D. pro empt. l. non solum , in princ. inf. hoc tit. Ex quo , ut jam pridem docui , & dixi , emendandus est d. §. partus , l. si ego , de Pub. in rem act. Unde si servus pro capite suo , pro libertate sua domino ignoranti dederit ancillam , quam subripuerat , & ancilla apud dominum conceperit , qui bonæ fidei possessor est , & pepererit , consequenter superioribus , quæ proposui pro certis , dominus partem possidere , & ufucapere potest , & possidere pro emptore , l. 9. & 10. inf. pro emp. quia emissa videtur ancillam præmio libertatis collata in servum . Genus quoddam hoc est , sive exemplum emptionis venditionis . Verum ut ostenditur in §. de illo , qui sequitur , hoc ita procedit , ut scilicet dominus possit ufucapere partum ancillæ furtivæ , quam ei ignoranti servus dedit pro libertate sua , & partum scilicet apud eum conceptum , & editum , si eo tempore apud eum conceptus , & editus fuerit partus , quo adhuc furtivam esse matrem ejus ignorabat , d. l. non solum , in princ. Nam si antequam conciperetur , vel si post conceptionem , antequam nasceretur , dominus , sive emptor cognoverit ancillam esse furtivam , nec partum ejus ufucapere potest . Et hoc casu quidem solo , *possessio servi vitiosa domino nocet* . Neque huic dicto quicquam repugnat l. iusto , §. & si poss. inf. hoc tit. quia non loquitur de ancilla furtiva . Si ancillam prægnantem , quæ non erat furtiva , bona fide possidere cæpi , licet postea cognoverim eam esse alienam , antequam pareret , partum ufucapere possum , licet scierim eam alienam esse , antequam eniteretur . Sed si fuerit furtiva , partum ufucapere non possum , nisi & editi partus tempore ignoraverim esse furtivam . Hæc vero distinctio , ut ostenditur in §. de illo , servatur etiam cum non ipse servus pro suo capite , sed alius mihi dedit ancillam furtivam , ut servum meum manumitterem : Nam si me adhuc furti ignaro , ancilla apud me conceperit , & pepererit , partum ufucapere possum , quia ancillam possideo bona fide : sed si ancillam furtivam esse rescivero , antequam eniteretur , partum ufucapere non possum . Eademque distinctio servatur , cum quidam alius ancillam furtivam , quam nesciebam esse furtivam , mecum permutavit , aut mihi in solutum dedit , quæ negotia imitantur etiam emptionem

venditionem . Etiam eadem distinctio servatur , si ancillam furtivam mihi ignoranti donaverit : non ergo in emptione tantum , sed & in donatione . Etiam hoc additur in §. de illo : si post editionem partus ex ancilla furtiva , non ante emptor resciverit , matrem ejus esse furtivam , partum ejus non aliter ufucapi posse , quam si prius eum cæperit ufucapere , quam id resciverit : nec aliter , quam si , ut traditur in l. 3. pro suo , re cognita dominum ancillæ ejus rei dominum commonefecerit , aut commonefacere non potuerit ante impletum ufucapionis tempus . Rite cæptam ufucapionem mala fides superveniens non interruptit , l. bona. fid. de acquir. rer. dom. l. pen. inf. pro. emp. Rite autem cæpit ufucapio , rite inchoavit ufucapionem emptor , si tempore emptionis , & tempore etiam traditionis ancillam furtivam esse nesciverit , l. 7. §. ult. de Pub. in rem act. l. 10. l. 43. l. pen. inf. hoc tit. l. 2. inf. pro emp. Si igitur utroque tempore in bona fide versetur emptor , superveniens postea scientia rei alienæ , sive ancillæ furtivæ non interpellat jure cæptam ufucapionem . Et hæc sunt , quæ pertinent ad §. heres , & §. de illo . (†)

AD §. Lana . Quæ restant in l. 4. de usurp. & usucap. nunc jam absolvam , ac primum explicabo , §. Lana . Dixit supra de partu ancillarum , nunc dicere instituit de foetu pecorum , cæterisque pecorum fructibus . Et hic mihi videtur esse congruus locus , quo contere possim partum cum foetu , ut quid inter utrumque intervalli sit , sive discriminis perspiciamus . Foetus sunt in fructu pecorum , veluti agni , hædi , juvenci , porculi , equulei : At partus non sunt in fructu ancillarum ex Bruti sententia , quæ obtinuit , hac ratione , quod sit absurdum hominem esse in fructu hominis , cum omnes fructus hominis gratia rerum natura comparaverit , l. vetus , de usufr. l. in pecudum , de usurp. Quam rationem juris auctores ducunt ex disciplina Stoicorum , qua omnes imbuti sunt . Lucretius de Stoicis lib. 2. *Ne genus* , inquit , *occidat humanum , quorum hominum causa omnia constituisse Deos , fingunt* . Stoici scilicet . Et Lactant. lib. 7. *Hominum* , inquit , *cassa mundum , & omnia , quæ in eo sunt , esse facta* , Stoici loquuntur , idem divinæ literæ docent . Sequitur alia differentia : partus ancillarum furtivarum concepti , & editi apud bonæ fidei emptorem , ei statim non acquiruntur , quia non acquiruntur , quia non numerantur in fructu , sed ufucapi ab eo possunt , quia hoc casu non intelliguntur esse furtivi , l. qui vas , §. ancilla , de furt. l. non solum , in princ. hoc tit. l. si ego , §. partus , de Pub. in rem act. l. 3. C. pro emp. quod latius exposuimus in §. heres , & in §. de illo , qui hunc antecedit . Foetus autem pecudum furtivarum concepti , & editi apud bonæ fidei emptorem , ei statim pleno jure acquiruntur , d. l. in pecudum . Et quamvis pecudes sint furtivæ , foetus tamen earum non sunt furtivi , & ufucapi possunt , non quidem ab ipso bonæ fidei emptore , qui eorum dominium statim acquirit , sed ab alio , si forte alii traditi sint à non domino . Et hoc significatur in d. l. qui vas , §. ancilla , illo loco , idem & in pecudibus servandum est , & foetu earum , quod in partu . Quod plenius docet Ober. 15. cap. 20. & notat 1. cap. 20. Denique illius loci , idem & in pecudibus , & c. sensus hic est , idem & in pecudibus servandum esse , & in foetu earum , concepto scilicet & edito apud bonæ fidei possessorem , quod & in partu , concepto similiter , & edito apud bonæ fidei possessorem . Servandum autem hoc esse in utroque , in partu , & in foetu , ut non sit furtivus illo casu , utque ufucapi possit : & partus quidem ufucapi potest , vel ab alio quocunque , vel ab ipso bonæ fidei possessore , quia partus statim ad eum non pertinet , cum non sit in fructu : foetus autem ab alio ufucapi potest , non etiam à bonæ fidei emptore , quia statim foetus ei pleno jure acquiritur , quando quidem numeratur in fructu . Bonæ fidei possessori non est necessaria fructuum ufucapio , maxime eorum , qui diligentia & opera ejus provenerunt , l. fructus , de usur. quales etiam sunt fructus pecorum : Neque enim , exempli gratia , oves , ut M. Tull. ait 2. de Nat. Deor. *illum ex se fructum edere* , sine

(†) Vide Merill. lib. 3. Variant. ex Cujac. cap. 27.

sine hominum cultu, & curatione possunt. Usucapio plenum jus tribuere dicitur in l. 17. in fi. de rei vind. Plenum autem jus factum, aut fructum statim bonæ fidei emptori ipsa perceptio tribuit. Ergo usucapi non debet, ut loquitur in hoc §. Nemo quod suum est, usucapit, l. in bello, §. si quis servum, de cap. & possim. Perceptio, inquam, ipsa fructuum, & factuum igitur, quoniam sunt in fructu, plenum jus bonæ fidei emptori tribuit statim, ideoque plenum jus plenumve dominium postea perficit, & consummat secuta consumptio, & abusus fructuum, aut factuum. Quomodo? nam de consumptis à bonæ fidei possessore fructibus nulla actio domino competit, de extantibus in rem actio competit. Itaque in restitutionem veniunt, quamvis facti sint bonæ fidei possessoris, l. certum, C. de rei vind. Denique perceptio fructuum inchoat acquisitionem fructuum: consumptio corroborat, atque confirmat, l. quæsitum, in fi. de acqu. rer. dom. §. si quis à non domino, Institut. de rer. divis. Unde & in hoc §. lana, convenienter superioribus Paulus ait, Lanam pecoris furtivi apud furem detonsam, quia furtiva est, usucapi non posse: Detonsam quoque apud bonæ fidei emptorem usucapi non posse, non quia sit furtiva, neque enim est furtiva, sed alia ratione, quia statim atque detonsa est, pleno jure sit bonæ fidei possess. Et perfecte quidem, vel, ut Doctores loquuntur, irrevocabiliter, si sit consumpta: ut si ex ea bonæ fidei emptor vestimentum fecerit: ergo usucapi non potest, si sit statim bonæ fidei emptoris. Ergo, inquit, usucapi non debet, quia dominium ex una tantum causa contingere potest, l. 3. §. ex plurimis, sup. tit. prox. Et subjicit hoc loco Paulus, eandem esse rationem factus, ut puta agnos editos apud bonæ fidei emptorem: ejus fieri si consumpti sint, inquit, ejus fieri, perfecte scilicet. Idemque dicendum de cæteris fructibus pecorum, veluti de lacte, aut pilis ovium, aut caprarum, aut vaccarum, d. l. in pecudum. Varro 2. de re rust. cap. ult. Ut fructum ovis e lana ad vestimentum, sic capra pilos ministrat ad usum nauticum, & ad bellica tormenta, & fabrilis vasa: imo & hodie ad vestimentum. Est & alia differentia inter fructus & partus. Partus ancillæ furtivæ concepti apud furem, vel furis heredem, & editi apud bonæ fidei emptorem, usucapi non possunt, quia furtivi sunt, d. l. qui vas, §. ancilla: Factus autem editi apud bonæ fidei emptorem, licet concepti fuerint apud furem, vel furis heredem, ut puta, si oves, quæ furtivæ erant, & gravidæ venierint, statim atque editi fuerint agni, bonæ fidei emptori adquiruntur, sicut lac ovium, aut caprarum, aut vaccarum, licet plenis uberibus venierint, statim sit bonæ fidei emptoris atque D multum fuerit, qua comparatione lactis cum factu utitur l. bonæ fid. §. ult. de acqu. rer. dom. Et licet ex hoc §. lana, lacti conjungere lanam, quæ detonsa apud bonæ fidei emptorem, ejus sit pleno jure, licet apud furem ovis jam coeperit esse lanata, & tonsuræ proxima. Omnia, quæ ad hanc quæstionem pertinent, ita possunt perspicue, & vere definirique atque concludi, idem juris esse in factu, & partu pecudis, vel ancillæ furtivæ, ut ab alio usucapi possit, si conceptus, & editus sit apud bonæ fidei emptorem, d. l. qui vas, §. ancilla, illo loco, idem & in pecudibus. Et rursus idem etiam esse juris in factu, vel partu pecudis, vel ancillæ furtivæ, ut usucapi non possit, si editus sit apud furem, vel furis heredem, l. 10. §. Scævola, inf. hoc tit. At idem juris non esse in factu, & partu, si conceptus sit apud furem, vel furis heredem, vel apud dominum, priusquam furtum fieret E pecudis, vel ancillæ, editus autem sit apud bonæ fidei emptorem. Idem, inquam, juris non esse in factu, & partu, quia partus usucapi non potest, si prægnans ancilla subrepta sit, vel si apud furem, vel furis heredem conceperit; factus autem ab ipso bonæ fidei emptore usucapi non potest, quia perceptione dominium adquisivit, ab alio tamen usucapi potest, quasi amoto furti vitio, factus dominio quæsitus bonæ fidei emptori, l. bonæ fid. §. ult. de acqu. rer. dom.

AD §. Si ex lana. Sequitur in hoc §. vestem factam ex lana furtiva, esse furtivam, nec à bonæ fidei possessore usucapi posse, quia substantia prævalet, quæ potissimum spectatur, substantia autem est furtiva. Substantia, id est,

A materia, ex qua vestis facta est. Quomodo Stoicos substantiam accipere Diogenes Laertius testis est in Zenone, pro materia, ut in l. 9. & l. 14. de cont. empt. substantia, id est, materia: non spectatur species lanea, sed lana, ex cujus materia species illa confecta est. Ergo & lanea species furtiva est, nec usucapi potest: Et hoc quidem ita procedit, si fur ipse vestimentum fecerit ex lana furtiva, quia ejus est vestimentum, cujus & lana fuit, auctore eodem Paulo in l. de eo, §. si quis ex urvis, ad exhib. Sed si is, qui lanam furtivam bona fide emit, ex ea vestimentum fecit, Paulus existimat eum esse vestimenti dominum, qui fecit, non eum, cujus lana fuerit, quia quod extat, non lana est, sed laneum corpus, lanea species, l. sed si ex meis, de adq. rer. dom. l. lana, de leg. 3. Vestis igitur, quam fecit bonæ fidei emptor ex lana furtiva, non est furtiva, & usucapi igitur ab alio potest, si alii vestis tradita sit à non domino, non etiam ab eo, qui bona fide eam vestem fecerit, qui cum vestis dominus effectus sit, eam usucapere intelligi non potest, d. l. in bello, §. si quis servum, & sup. in §. lana.

AD §. Si rem. Restat adhuc de rebus furtivis §. si rem, in quo proponitur unus casus, quò rei quodammodo furtivæ usucapio locum habere videtur. Aliquando suæ rei furtum fit. Suæ rei furtum facit debitor, qui rem suam creditori pignori dedit, per traditionem cessâ possessione creditori, si deinde eam rem creditori subripiat, & alii vendat, ac tradat; vel etiam si eam pignori non tradiderit, sed nuda conventionione pignori obligaverit, non dimissa possessione, quæ hypotheca dicitur proprie, ac deinde extero eam rem vendiderit, ac tradiderit. Idque ostenditur in l. in actione 19. §. ult. & l. si is, qui, de furt. Quo quidem nomine debitor creditori tenetur furti actione in duplum, in quo scilicet duplatur summa fortis debitæ, & usurarum ejus, l. creditori, eod. tit. Et priore quidem casu, cum res creditori pignori data est, id est, cum pignus re, sive traditione, contractum est, res subrepta à debitore usucapi potest, quasi non sit furtiva, aut esse desierit, quamvis verum sit, debitorem ejus furtum fecisse, eoque nomine teneri furti pœnali judicio, usucapi autem posse, quia subrepta est à domino, atque ita in potestatem domini pervenit. Eodemque modo, & furtum factum, & furtum purgatum videtur, aut furti vitium. Idque in hoc §. proponitur, & in l. si rem, inf. pro empt. Ubi tamen lex ait, hac de re dubitatum fuisse, nempe de usucapione pignoris traditi creditori, & postea à debitore subrepti, & venditi. Et ut opinor dubitatum fuit de usucapione ejus rei, procederet necne, inter Cassianos, & Proculianos, quoniam, quod proponitur in hoc §. si rem, est ex Cassio, cujus etiam sententia certior esse dicitur, quam scilicet adversariorum. Ergo & hic §. dubitatum fuisse significat de usucapione ejus rei. Denique Proculiani existimabant eam rem quasi furtivam usucapi non posse, nisi in potestatem creditoris rediisset, sicut posteriore casu, si rem suam nuda conventionione, nudo consensu, nudo pacto, pignori nexam debitor alii vendiderit, & tradiderit, constat inter omnes, non aliter eam usucapi posse, quam si in potestatem creditoris pervenerit, l. cum sit, C. pro empt. Omnes quidem & Cassiani, & Proculiani priore casu, id est, pignore re ipsa contracto, pignore tradito creditori, ac deinde subrepto à debitore, & vendito, usucapionem admittebant, si res rediisset in potestatem creditoris, ut l. ult. inf. hoc tit. At Cassiani hoc amplius etiam usucapionem admittebant, si res non rediisset in potestatem creditoris: Proculiani non aliter, quam si res rediisset in potestatem creditoris. Et Cassianorum sententiam hoc loco Paulus approbat, nec novum dici potest, ut res, de cujus furto agi potest pœnali judicio, usucapiatur, nec intelligatur esse furtiva, quia, ut idem Paulus ait in l. cum es, de furt. & si alius eam subripuisset, & in potestatem domini rediisset, usucapi posset. Ergo & si dominus ipse eam subripuerit, usucapi potest, quia per furtum in ejus potestatem, & possessionem rediit. Dices, quod unumquemque prima specie movere possit: imo non rediit, aut non videtur rediisse in potestatem domini, id est, debitoris, quia ei avelli potest actione hypothecaria, quæ possessionem avocat pignoris, vel etiam conditione triticaria,

caria, l. 2. de cond. trit. l. verum, de furt. Et ut dictum est sup. in §. tunc in potestatem, tunc videtur res rediisse in potestatem domini, quum possessionem ejus nactus est juste, justa ex causa, ut avelli non possit. Nam si possessio ei avelli potest, non videtur eam adeptus, l. non videtur, de adq. poss. Quod Accursius explicat male in l. 13. §. desinere, de verb. signif. Ad hanc objectionem dicam, in casu proposito iis actionibus debitorem non teneri, qui subripuit rem, quam creditori pignori dederat, quia subreptam rem statim proponitur alii vendidisse. Si igitur alii rem non vendiderit, sed retinuerit, quam subripuit creditori, sane tunc non videtur in ejus potestatem pervenisse, quia creditor eam ei avellere potest, d. §. tunc in pot. Et interim igitur, dum eam non avellit creditor, ea res ufucapi non potest, quod maxime notandum est.

Ad §. Si tu me. Dixit ante de rebus furtivis, quarum usucapionem inhibet lex Atinia, si in domini hereditate ejus potestatem nondum pervenerint, nondum redierint: hæ sunt res mobiles: nam rerum immobilium furtum non fit: res, inquam, mobiles furto subreptæ, aut vi abreptæ: nam & hæ furtivæ sunt, nec ufucapi possunt, antequam in domini potestatem redierint, l. ult. vi bon. rapt. Quamobrem & hoc libro egit Paulus de rebus mobilibus vi raptis, ut constet ex l. 3, eod. tit. & l. 2. de incend. ruin. naufrag. quas suo loco, & ordine interpretabimur. Nunc ab hoc §. si tu me vi, dicere instituit de rebus vi possessis, quarum etiam usucapionem inhibet lex Plautia & Julia, l. non solum, §. si dominus, inf. hoc tit. sub eadem conditione, si in domini, hereditate ejus potestatem nondum redierint. Hæ vero sunt res immobiles, res soli, quæ vi possessæ dicuntur. Si quis dejecto domino per vim apprehensam possessionem obtineat, l. 1. §. vi possess. de vi, & vi arm. Sed ut ostenditur in hoc §. si tu me vi, si quis possessione quidem fundi dominum vi dejecerit, verum ipse non apprehenderit possessionem, sed Titius forte ab eo non submissus, non suppositus in possessionem vacantem venerit, fundus non videtur vi possessus, & ufucapi potest: nam et si is, qui vi dominum destruxit, teneatur interdicto unde vi, non Titius, qui vim nullam fecit, l. 7. de vi, & vi armata, res tamen ideo vi possessa non videtur, sicut in specie §. si rem, qui præcedit, quamvis debitor, qui subripuit rem suam, quam creditori pignori dederat actione furti teneatur, non ideo tamen res furtiva esse intelligitur, quod evenit etiam in specie l. cum as, §. 1. de furt. & in specie §. 1. idem Labeo, sup. in hac lege, ut ibi exposui. At non tantum si dominum quis possessione fundi dejecerit, sed & si possessorem, qui rem alienam mala fide possidebat, vi quis dejecerit, & mox eam rem vendiderit bonæ fidei emptori, Paulus ait, rem vi possessam videri, nec à bonæ fidei emptore ufucapi posse, antequam redierit scilicet in potestatem domini. Et subjecit absque dubio, quod est ex hoc libro relatum in l. 8. de vi, & vi arm. Fulcinium Jurisconsultum dicere, vi possideri, quotiens dominus, vel non dominus, cum tamen possideret, vi dejectus est. Quod huic loco coaptandum est omnino. Addit Paulus in hoc loco, idem etiam esse dicendum, si eum, qui fundum bona fide possidebat, verbi gratia pro herede, cum falso putaret, se heredem esse, aliquis sciens fundum alienum, sive hereditarium esse, vi dejecerit, & fundum vendiderit bonæ fidei emptori: nam & hic fundus vi possessus videtur, & ufucapi potest, antequam venerit in potestatem domini, immo quod plus est, quodque additur in §. si dominus, si dominus ipse possessorem rei suæ malæ fidei, aut bonæ fidei vi dejecerit, res non videtur in potestatem domini pervenisse, quia avelli ei possessio potest interdicto unde vi, quod eam nactus sit malo more, malaque ratione: & non videtur quis possessionem nactus ejus rei, quam ita nactus est, ut retinere non possit, l. non videtur, sup. tit. prox. Neque vero dominus ob eam rem conventus interdicto unde vi, potest se tueri exceptione dominii, quia nec domino licet vi rem suam possessori auferre, domino non licet sibi jus dicere, l. si quis aliquem, ad l. Jul. de vi priv. l. si quis ad se fundum, C. ad l. Jul. de vi. Ergo etiam dominus ipse possessorem rei suæ vi dejecerit

& apprehenderit possessionem, res vi possessa videtur, nec dici potest eam rem pervenisse in domini potestatem, cum possessio ei avelli possit interdicto unde vi. Eodemque modo dicebam heri in §. si rem, si dominus rem suam, quam creditori pignori dedit, creditori subripiat, & retineat, non distrahat, rem in potestatem ejus rediisse non videri, quia possessio avelli ei potest actione hypothecaria, quæ possessionem avocat, l. si cum debitor, de eviction. vel conditione triticaria, l. 2. de condit. tritic. l. verum, de furt. l. si pignore, §. 1. de pignorat. act. & ideo ufucapi ea res non potest, quod est proprium, & conveniens exemplum ad §. tunc in potestatem, sup. Quod autem jam sæpe diximus, & hic §. ex contrario sensu demonstrat, idem juris esse in re furtiva, & re vi possessa, ut non aliter ufucapi possit, quam si in potestatem domini redierit, vel heredis ejus, eo modo, quo avelli ei non possit, vel etiam quod addere licet ex §. si pupillo, sup. in potestatem ejus, qui vicem domini sustinet, veluti tutoris, aut curatoris: id Accursius in l. certe, §. Julianus, de precar. & Bartolus cum hoc loco, tum multis aliis constanter, & alii complures interpretes non probant. Existimant enim in re quidem furtiva hoc exigi omnimodo, ut in potestatem domini redierit, quo possit ufucapi, non in potestatem ejus, cui subrepta est, non in potestatem non domini, si non domino subrepta sit, veluti creditori, aut commodatario, quod & verum est, §. quod autem, sup. nisi scilicet dominus ipse creditori rem pignoratam subripuerit, quo casu debet redire in potestatem creditoris, l. ult. hoc tit. l. cum sit, C. pro empt. nimirum quia debitor creditorem vice sua possessorem fecit dimissa possessione pignoris. In re autem vi possessa, idem illi sibi persuadent, id omnino non exigere, ut res vi possessa redierit in potestatem domini: satis enim esse, ut ufucapi possit si redierit in potestatem ejus, qui per vim possessione dejectus est, quamvis non dominus fuerit. Qua ratione vero, aut quo argumento? Ratione quidem nulla: nam utriusque rei furtivæ, & vi possessæ par est causa, & vitium idem utriusque usucapionis obstat: vitium ex re scilicet, non vitium ex persona, l. ubi, §. 1. hoc tit. §. aliquando, Instit. eod. qui nominatim exigit, ut res vi possessa redeat in potestatem domini, ut ufucapi possit. Argumento tamen suæ opinionis confirmandæ causa, utuntur satis valido, satis masculino, quod ducunt ex d. l. certe, §. Julianus, de precar. In cujus specie licet id ibi palam non exprimat, ponunt, non dominum fuisse vi dejectum de possessione fundi, & inde statuunt purgari pervasionis, sive deprædationis vitium, si fundus redierit in potestatem non domini, qui vi dejectus est, rediisse videri, si is, qui ab eo vi possidet, id est, qui vi eum dejecit, eundem fundum ab alio precario rogaverit, ut sibi possidere liceret, quia hoc pacto prædo desinit vi possidere, & incipit precario possidere, qui iustus est titulus ex voluntate ejus, quem vi dejecerat. Quod in eo §. Julianus, confirmatur hoc exemplo, quia & si prædo fundum, cujus possessionem vi occupavit, expulso non domino possessore: si, inquam, eum fundum ab eodem emerit, purgari invasionis vitium, id est, desinit vi possidere, & incipit pro emptore possidere. Addit, & hoc solum dubitationem facit, & dominium capere, id est, ufucapere incipit, incipit, inquit, pro emptore ufucapere, quia ait, ufucapere, sive quod idem est, dominium capere, ex eo colligunt recte, dominum non fuisse eum, qui dejectus est vi, quoniam si à domino emisset fundum, & pro tradito habuisset, dominium fundi adquisisset, & ideo pro emptore ufucapere non potuisset. Proinde hinc efficiunt, eum, qui vi dejectus est, non fuisse dominum, & si postea fundum, quo expulsus est, prædoni vendiderit, prædoni necessariam esse usucapionem pro emptore. Cæterum vitium ex re vi possessa, ex fundo vi possesso amoveri: quia ea res ad non dominum, qui possidebat, cum dejectus est, rediit, rediisse venditio arguit. Id vero longe abhorret à jure, ut purgetur vitium rei possessæ vi, re reversa in potestatem non domini, cum sive fuerit furtiva, sive vi possessa in d. §. aliquando, dicatur, eam rem non ante ufucapi posse, quam redierit in potestatem domini. Itaque verisimile esse dico in d. §. Julianus, sicut initio dixi, prædonem inci-

incipere precario possidere, qui precario rem rogavit ab eo, quem vi ab ea re deiecit: Ita & in extremo hujus §. dixisse Julianum, & scripsisse hoc modo: *Nam & si, prædo scilicet, ab eo emerit, quem vi deiecit, inciperet etiam pro emptore possidere, nec adiecitse usucapere, aut dominium capere: dixisse simpliciter ut supra, incipere simpliciter pro emptore possidere, &c. sicut sup. incipere precario possidere, & vi deiecitse possidere: & in summa incipere possidere pro suo, non pro alieno, non pro possessore, ut ait l. furt. in princip. hoc tit. Nec igitur scripsisse Julianum, prædonem, qui ab eo emerit, incipere etiam, ut vulgo scriptum est, pro emptore posse dominium capere, quæ loquutio dura & inelegans est, incipere posse usucapere, confecta ex tribus infinitivis. Itaque ita potius legamus ut dixi, inciperet etiam pro emptore possidere, non posse, sed possidere. Et convenienter speciem ponamus in domino, qui vi deiectus est, à quo, si prædo fundum emerit, cujus possessionem per vim apprehenderit, & pro tradito habuerit, desinit vi possidere, & incipit possidere pro emptore, & fundus quidem non ab ipso: fundus, inquam, non ab ipso, quia fundi dominus est, sed ab alio quandoque usucapi potest, quasi purgato invasionis vitio. Quod etiam ita proponitur in l. quamvis, de furtis, & significatur in §. tunc in potestatem. His addamus quod est in §. pen. hujus l.*

Ad §. penult. Non videri fundum vi possideri, si quis intraverit in fundi possessionem vacuum, id est, à nemine possessam, domino forte, ut exemplum apponatur, per alium vi expulso de possessione fundi, nec ab eo, qui expulit apprehensa possessione, ut in §. si tu me vi, sup. Quo casu neque is, qui vi expulit me, possidet, quia non apprehendit possessionem, neque is, qui vi expulsus est, quia deposuit animum possidendi, & nullus ergo possidet, denique possessio vacat. Si quis igitur nemine possidente fundum ingrediatur, vacuum possessionem intret, & deinde venientem dominum fundum prohibeat ingredi, non videtur vi possidere, qui dominum, non possidentem prohibet: si dominum possidentem, sive animo retinentem possessionem prohiberet, vi possideret, eoque genere dominus possessionem, quam animo retinebat amittere videretur, l. 1. §. eum, qui, & seq. inf. de vi, & vi arm. l. clam, in fin. sup. tit. prox. Quæ nihil officiant huic §. penult. quoniam in his legibus non vacabat possessio, at in §. pen. vacabat.

Ad §. Si viam. Sciendum est, servitutes usu non adquiri, in usu tamen amitti: *servitutes usu non adquiri*, id est non usucapi, quia res incorporales sunt, nempe jura prædiorum, & res incorporales, nec usucapionem, nec possessionem recipiunt, l. servus, §. 1. de acquir. rer. dom. Ac præterea, quod explicabitur fusius in §. ult. hujus l. lex Scribonia, cujus fit mentio in eo §. ult. omnino sustulit servitutem usucapionem, servitutes tamen, ut dixi, in usu amitti, id est, si is, cujus prædio debentur, eis biennio usus non sit. Jure veteri, ut Paulus docet l. sent. de servit. Jure autem novo, sive Justiniano, si decennio inter præsentem, vicennio inter absentes, usus servitute non sit, l. pen. C. de serv. & aqua. Ex quo jure novo & in hoc §. si viam, cum scripsisset Paulus *per biennium non utendo amitti viam*, Tribonianus reposuit, *per longum tempus*, id est, decennium, aut vicennium. Ea est plerumque definitio longi temporis. Et sententia hujus §. hæc est, viam servitute amitti non utendo. Si quis eum, qui viam per fundum alienum habuit, si dominus ipse fundi eum à via vi expulerit, atque ita fecerit per constitutum tempus, ne via uteretur. Igitur non utendo amitti viam, & si vi illata à domino hoc contingerit, ut is, cui debetur via, via usus non sit, quia ad hunc casum nihil pertinet l. Plautia, & Julia, sed pertinet tantum ad rem vi possessam, dejecto veteri possessore, non autem ad servitute, cujus usu per vim quis expulsus sit, quia *servitus*, inquit, *cum sit jus incorporale, non intelligitur possideri*. Quintil. 5. cap. 10. *ius quod sit incorporale, apprehendi manu non possit*. Et consequenter, ut Paulus ait, *mero jure*, id est, *non de facto, neminem de jure de via, neminem de re incorporea*. Atque etiam idem sentit Accursius in l. 3. §. unde, de vi, & vi arm.

eo nomine non competere interdicitum unde vi, quod quis servitute, aut via uti, vi prohibitus sit, & hæc sunt, quæ de rebus vi possessis habentur in hac l. quibus præcaldubio adjunxit etiam Paulus in l. pen. ad l. Jul. repetund. quæ est ex hoc libro.

Ad L. penult. Ad L. Jul. Repetund. *Quod contra legem repetundarum proconsuli, vel prætori donatum est, non poterit usucapi.*

Ad §. Eadem lex venditiones, locationes, ejus rei causa pluris minorisve factas irritas facit: *impeditque usucapionem, prius quam in potestatem ejus, a quo profecta res sit, heredisve ejus veniat.*

Res contra legem Juliam repetundarum pecuniarum donatas proconsuli, vel prætori, id est, proprætori, ut in l. 13. de jurisd. Proconsul, & prætor, id est, proprætor, quoniam lex Julia repetund. pertinet tantum ad magistratus provinciales, non ad magistratus urbanos: prætor est magistratus urbanus, proprætor provincialis. Itaque in hac l. pen. ille articulus pro repetendus est ex priori voce proconsuli, vel Prætori: rebus, inquam, vi possessis addendæ sunt res contra legem Juliam repetundarum donatæ magistratui provinciali, quia & hæc quasi vi possessæ non possunt usucapi, antequam redierint in potestatem ejus, à quo profectæ sint, vel heredis ejus. Sed neque res eidem venditæ, aut locatæ donationis seu beneficii causa, sive pluris, quod prima specie mirum est, sive minoris venditæ, aut locatæ sunt. Quid est etiam si pluris venditæ sint, aut locatæ? Ita est, quia & nonnunquam magni interest præsidis provincie, rem aliquam magno, & immenso pretio comparare, adeo ut magnum beneficium accipere videatur, si quis eam rem ei, vel pluris vendiderit. Legem autem Juliam repetundarum, ut ibidem ostenditur, & venditiones omnes, inquit, id est, venditiones omnium rerum, præter quam esculentorum, & poculentorum, quæ victus quotidiani sunt, & rerum paternarum, ut l. qui officii, de cont. empt. l. princeps, C. Theod. de iis, qui adm. prov. vel eff. publ. Cæterarum rerum, & venditiones, & locationes, præsidis provincie factas, ejus rei, inquit, causa, id est, donationis, aut beneficii loco, quæ causa semper in se præsumitur, irritas facit, & earum usucapionem inibet, quasi scilicet vi possessarum, aut ereptarum. M. Tull. accusat. in Verrem 4. sive libro de signis. *Quæ fuit, inquit, causa, cur tam diligenter nos, id est, magistratus provinciales, in provinciis ab emptio-nibus removeris? Hæc judices, inquit, quod putabant ereptionem, non venditionem esse, cum venditori suo arbitrato vendere non liceret.* Itaque recte rebus vi possessis, adjecit res magistratui provinciali donatas, vel aperta donatione, vel tacita sub venditionis specie, aut locationis. Nunc redeo ad §. ult. l. 4. de usurp. & usuc.

Regressus ad §. ult. legis 4. de usuc. &c. Hodie plenius tractabimus, an servitutes prædiorum, id est, an libertates servitutem, ut est hic scriptum, eorundem prædiorum usucapi possint. Servitutes aliæ sunt prædiorum rusticorum, aliæ urbanorum. Et servitutes rusticorum quidem usucapi non possunt, quia tametsi rebus corporalibus accedant, tamen res incorporales sunt, & res incorporales nec usucapionem recipiunt, nec possessionem, sine qua usucapio non contingit, §. si via, sup. Additur alia ratio in l. 14. de serv. quia servitutes prædiorum rusticorum, veluti via, iter, actus, aquæ ductus, vel aquæ haultus, ejus sunt naturæ, & conditionis, ut non habeant certam & continuam possessionem, id est, quasi possessionem, vel ut habeant intermissionem, l. 13. de usufr. leg. neque enim continuo ire, agere, ambulare, vel aquam ducere, vel haurire quisquam potest, sine intermissione, nisi forte aquæ rivus sit, per quem, sine opera ejus, cui aqua debetur, sua sponte aqua fluat perpetuo. Quo genere etiam usurpari & retineri aquam placet, quæ sua sponte fluit, etsi is, cui debetur aqua, eam non attingat, eaque non utatur, l. 1. §. quæ situm, de aq. quot. & est. l. 12. quem adm. servit. amitt. Et in usucapione continua possessio requiritur, non interrupta, non

non interpellata, l. 3. *boc tit.* Ex contrario igitur servitutes urbanorum prædiorum, veluti altius ædes sublatas habendi, & officendi luminibus vicini, vel tigni, aut stillicidii immittendi, aut mœniani projiciendi: hæc, inquam, servitutes urbanorum prædiorum, quia certam habent, & continuam possessionem, usucapi possunt, aut poterant olim. Verum & in his servitutibus urbanorum prædiorum idem observatur hodie, ut usucapi non possint, d. l. 14. quia & in his, etsi posterior ratio non valeat, quam efficere diximus, ut servitutes rusticorum prædiorum non usucapiantur, prior tamen ratio valet, quia & servitutes urbanorum prædiorum, cum sint jura incorporalia, possideri non intelliguntur. Et ut proponitur in hoc §. *ult.* qui proprie est de servitutibus urbanorum, non rusticorum prædiorum, earum quoque servitutum urbanarum usucapionem lex Scribonia sustulit, qui locus est singularis. Unde & in l. 20. *de servitut. urbanor. prædior.* servitutes urbanorum prædiorum possessione retineri dicuntur, id est, usurpari, non usucapi: quia usurpatio interruptit usucapionem libertatis earumdem servitutum. Denique post legem Scriboniam hoc jure utimur, ut nec servitutes urbanorum prædiorum per se usucapi possint, l. 10. §. 1. *inf. boc tit.* ut servitutes, inquit, urbanorum prædiorum per se nusquam possint usucapi, nusquam, id est, neque in Italia, neque in provinciis: cum ædibus tamen, aut ædificiis usucapi possint, quia & qui ædes possident, & servitutes, quas ædes debent vicinis ædibus, possidere intelliguntur, l. si ædes, §. *ult. de servit. urban. prædior.* Servitutes, inquam, impositas ædibus, quas possident, possidere, eademque usucapere, id est, earum libertatem usucapere intelliguntur, si modo, nec vi, nec clam, nec precario, id est, si non mala fide possident, l. si precario, comm. præd. exempli gratia, si cum vicino ædes meæ deberent servitutum altius non tollendi, & obstruendi luminibus vicini, ædes meas integro statuto tempore altius sublatas habuero, non vi, non clam, non precario, ita possidendo ædes meas, & possedisse videor servitutum eis impositam atque usucapisse ejus libertatem. Quæ est sententia hujus §. *ult.* & d. l. si ædes, §. *ult.* Constitui igitur servitus usucapione nulla potest, tolli usucapione potest: vel dicas hoc modo, usucapi servitus potest, non ut constituitur, sed ut perimatur, usucapio præstare potest libertatem servitutis, non servitutum. Ad hæc notandum est, libertatem tantum servitutum urbanarum usucapi posse, non etiam libertatem servitutum rusticarum. Ratio differentiarum hæc est, quia servitutes rusticæ, veluti via, iter, actus, cum ipso inusu solo amittantur, sine ullo ejus facto, qui eas debet, consequens est libertatem earum non usucapi, quia usucapio non juris est tantum, sed etiam facti. Et hoc est, quod Paulus ait Sentent. 1. tit. 25. *Viam, iter, album, aquæductum, qui biennio usus non est, amississe videtur.* Inusu solo, inquam, quia usucapi, inquit, non possunt, id est, quia earum servitutum libertas usucapi non potest, quæ solo inusu amittuntur, sine facto ejus, qui eas debet. At servitutes urbanorum prædiorum, non omnimodo amittuntur non utendo, quoniam non sine facto ejus, qui eas debet, id est, non sine usucapione libertatis, neque enim, ut hoc exemplis planum faciam, desino debere servitutum altius non tollendi, quam debeo tuis ædibus, ne luminibus officiam, si tu lumina, sive fenestras ædium tuarum obstruxeris, atque ita servitute tibi debita usus non fueris, nisi & ipse constituto tempore ædes meas altius sublatas habuero, id est, nisi libertatem ædium mearum usucepero, non desino item debere servitutum tigni immittendi, & recipiendi, si tu tignum ex ædibus tuis in meas non immiseris, vel si immisisti, diu exemptum inde habueris, nisi ego foramen, quo immitti tignum poterat, aut solebat, obturavero, & ita statuto tempore obturatum & conscriptum habuero. Quod ostenditur in l. 5. *de servit. urbanor. prædior.* l. si quis alia, §. *ult. quemadm. servit. amitt.* Præterea notandum est hoc jure, quamvis servitutes usucapi non possint, longo tamen tempore eas, longa consuetudine acquiri, absque ullo alio jure, sive titulo, si modo quis eis usus sit longo tempore, bona fide, non vi, non clam, non precario. Quod constat ex l. 1. §. *ult. de aqua, & aqua pluvia*, l. 5. §. *pen. de aqua quosid.* & est. l. si quis di-

turno, si servitus vind. l. 1. & 2. *C. de servit.* si, inquam, servitutibus longo tempore usus sit, non vi, non clam, non precario. Adde, & si servitutibus usus sit tanquam suo jure, id est, quasi jure debitis sibi servitutibus, quibus usus est, quod constat ex *lult. de itin. actuque priv.* Et in hanc rem satis erit exponere, quod est in d. l. si quis diuturno, qui nullo jure sibi quæsitam aquæductus servitutum habebat, eam diuturno usu, inquit, & longa quasi possessione, quia servitus proprie non possidetur, longa consuetudine quæsit, si vindicet eam servitutum, si agat confessoria actione, non directa, quia non jure directo aquæductum adquisivit: non possessione, sed quasi possessione, non usucapione, sed prolixitate temporis, ut loquitur l. 22. §. *sed enim, ad Trebellianum.* Et Isocrates in Archidamo, τῶν περὶ τῆς ἡρώς, præscriptione longi temporis, non ipso jure, sed tuitione prætoris, aut præsidis, *lult. de aqua, & aqua plur.* nec si agat utili actione, utili vindicatione aquæductus, necesse habebit, ut eadem lex ostendit, de titulo docere, quo aquæ servitus constituta est, veluti pro legato, pro emptore, vel pro donato, quia longa consuetudo diuturnusque usus pro titulo est. Est satis igitur, si doceat se per decem annos inter præsentem, aut viginti inter absentes sine intermissione & interpellatione aquam duxisse bona fide, id est, non vi, non clam, non precario. Sufficit ergo usus continuus decem, aut viginti annorum: ne dicas, non sufficere, sed vetustatem requiri, quæ exsuperet memoriam hominum, quod tentari potest ex l. 3. §. *ductus, de aqua quosid.* & est. quia ille locus, *immemoria*, sic loquamur secundum idioma Papiniani, *immemoria* non exigit in acquirendo aquæductu, sed *immemoria* aquæductum recte constitutum dicit. Ex quo non sequitur, non recte constitutum esse eum, quem longi temporis usus constituit, cum & longo tempore acquisitæ aquæ origo remota esse possit à memoria hominum. Proinde non *immemoria* tantum: sed & longo tempore, quantumvis licet memoria ejus exstet, servitus jure quæsitæ intelligitur. Summa hujus tractatus est: Usucapionem præstare libertatem servitutum, quæ non omnimodo preceunt non utendo, id est, servitutum urbanarum, non etiam servitutum, quæ omnino preceunt non utendo, id est, rusticarum: usucapionem vero non constituere servitutum. At longi temporis quasi possessionem servitutum constituere tuitione prætoris, vel præsidis, apud quem longi temporis usus pro iusto titulo est. Et hodie igitur usucapionem, quæ olim erat ex 12. tabul. anni tantum in rebus mobilibus, & biennii tantum in rebus immobilibus, vel incorporalibus, ut in servitutibus, quamquam ad extremum in eis admittitur usucapio non fuerit, hodie, inquam, usucapione legitima ex 12. tabul. quæ brevioris erat temporis, conversa mutataque in longi temporis possessionem etiam usucapione, scilicet hodierna, Justiniana, servitutes acquiri posse, *lult. in fin. C. de præsc. longi temp.* quæ usucapionis transformatio, ut loquitur idem Justinianus, etiam effecit, ut ex tribus, quæ initio hujus legis pollicetur Paulus, se ordine explicaturum, de personis, quæ possunt, vel non possunt usucapere: & de rebus, quæ usucapi, vel non usucapi possunt: & quanto tempore res usucapiantur, tertium articulum Justinianus, sive Tribonianus omiserit, quia non idem fuit Paulo, quod Justiniano usucapionis tempus. Paulo brevius ex 12. tabul. Justiniano prolixius, & quia usucapio, & longi temporis possessio, præscriptio Paulo fuere diversa. Justiniano sunt idem omnino. Et hæc de servitutibus, & libertate earum sufficiunt. Addam in extremo, rebus, quæ usucapi non possunt, adjunxisse etiam Paulum, quæ ædibus, vel ædificiis quibuscunque injuncta sunt, veluti marmora, columnas, tigna, ostia, tegulas, quia hæc res, nec singulæ possideri intelligantur, quantumvis diu hærent in eis, nec usucapi igitur possunt, si alienæ fuerint, & si officia ipsa plane tota fuerint aliena, ædificia possunt usucapi, sed non singulæ res, ex quibus constant, quia non singulæ possidentur, sed universitas tantum ædificii possidetur, *l. eum, qui ædes, inf. boc tit.* Et ob eam rem etiam hæc res, ex quibus ædificia constant, legari, vendi, aut emi non possunt ex SC. ne ædificia diruantur, & deformetur urbis aspectus; facta Adriani temporibus, Aviola, &

Panta consulibus. Et ex edicto etiam Vespasiani, *l.cætera*, A
de leg. 1. l. 2. C. de ædific. priv. Et hoc demum, cum scriberet
Paulus in hoc libro 54. adjecit proculdubio, quod extat ex
eodem libro in *l.Senatus* 52. de cont. empt.

Ad L.LII. de Contrah. empt. *Senatus censuit, ne quis domum
villamve dirueret, quo plus sibi acquireretur: neve quis ne-
gotiandi causa, eorum quid emeret, venderetve. Pœna in
eum, qui adversus Senatusconsultum fecisset, constituta est: ut
duplum ejus, quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: in
eum vero, qui vendidisset, ut irrita fieret venditio. Plane
si mihi pretium solveris, cum tu duplum ærario debeas, repe-
tes à me, quod à mea parte irrita facta est venditio. Nec so-
lum huic Senatusconsulto locus erit, si quis suam villam, vel
domum, sed & si alienam vendiderit.*

S Enatusconsulto vetitum esse promercii causa, id est, ne-
gotiationis ædificia sua, vel aliena, si quis forte aliena
possideat, demoliri, & marmora aliave corpora, ex quibus
ædificia constant, vendere per partes, vendere in partes,
quo plus acquiratur, inquit: quia plerumque (quod verum
est) ex venditione singularum rerum plus pecuniæ redige-
tur, quam ex venditione totius ædificii. Et eodem SC. do-
cet, pœnam esse constitutam tam in emptorem, quam in
venditorem, qui adversus Senatusconsultum fecisset. Pœ-
nam in duplum scilicet redigendam in fiscum, aut ærarium.
Quomodo in duplum videamus. Emptore scilicet quanti
emit materiam ædificii, & venditore similiter quanti ven-
diderit, & accepit, tantumdem inferente in ærarium, ut
l.ult. de dam. inf. Quo genere sit, ut uterque ærario confi-
giat duplum, vel etiam emptore inferente duplum inte-
grum, ut si emit 100. conferat ducenta, & à venditore re-
petente pretium, quod ei numeravit, aut si nondum pre-
tium ei numeravit, venditori denegata actione ex vendito.
Quæ est sententia *d. l. Senatus*. Proxima recitatione veniam
ad l. 2. pro empt.

Ad L.II. Pro empt. Pro emptore possidet, qui re vera emit: nec
sufficit, tantum in ea opinione esse eum, ut putet, se pro
emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. Si
tamen existimans me debere, tibi ignoranti tradam: usucapies.
Quare ergo, & si putem me vendidisse, & tradam, non capies
usu scilicet, quia in cæteris contractibus sufficit traditionis
tempus. Sic denique si sciens stipuler rem alienam, usuca-
pian: si, cum traditur mihi, existimem illius esse. At in
emptione & illud tempus inspicitur, quo contrahitur. Igitur
& bona fide emisse debet, & possessionem bona fide adeptus
esse.

Ad §. Separata est causa possessionis, & usucapionis: nam ve-
re dicitur quis emisse, sed mala fide. Quemadmodum, qui
sciens alienam rem emit pro emptore possidet, licet usu non
capiat.

Ad §. Si sub conditione emptio facta sit: pendente conditione,
emptor usu non capit. Idemque est, & si putet conditionem ex-
istisse, quæ nondum extiit: similis est enim ei, qui putat se
emisse. Contra si extiit, & ignoret: potest dici secundum Sa-
binum, qui prius substantiam intuetur, quam opinionem, usuca-
pere eum. Est tamen nonnulla diversitas: quod ibi, cum rem
putat alienam, quæ sit venditoris, affectionem emptoris ha-
beat: at cum nondum putat condemnationem extiisse, quasi
nondum putat sibi emisse: quod apertius queri potest, si cum
defunctus emisset, heredi ejus traditur, qui nesciat defunctum
emisse, sed ex alia causa sibi tradi: an usucapio cesset.

Ad §. Sabinus: si sic emptio sit, ut nisi pecunia intra diem cer-
tum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi per-
soluta pecunia. Sed videamus, utrum conditio sit hoc, an con-
ventio: si conventio est magis resolvetur, quam implebitur.

Ad §. Si in diem additio facta sit (id est, nisi si quis meliorem
conditionem attulerit) perfectam esse emptionem, & fructus
emptoris effici, & usucapionem procedere, Julianus putabat.
Alii & hanc sub conditione esse contractum, ille non contra-
hi, sed resolvi dicebat, quæ sententia vera est.

Ad §. Sed & illa emptio pura est, ubi convenit: ut si displicet.
Tom. II. Post.

rit intra diem certum, inempta sit.

Ad §. Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro
eo traditus est. Priscus ait, usu me eum non capturum: quia
id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest. Sed
si fundus emptus sit, & ampliores fines possessi sint: totum lon-
go tempore capi: quoniam universitas ejus possideatur: non
singulæ partes.

Ad §. Ejus bona emisisti, apud quem mancipia erant deposita,
Trebatius ait usu te non capturum: quia emptio non sunt.

Ad §. Tutor ex pupilli actione rem, quam ejus putabat esse,
emit. Servius ait, posse eum usucapere. In cuius opinionem de-
cursum est: eo quod deterior causa pupilli non sit, si propius
habeat emptorem. Et si minoris emerit, tutelæ iudicio tenebi-
tur, ac si alii minoris addidisset. Idque & à Divo Trajano
constitutum dicitur.

B. Ad §. Procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu
domini facit, emerit, plerique putant, utilitatis causa pro em-
ptore usucapturum. Id in potest dici, & si negotia domini ge-
rens ignorantis, emerit propter eandem utilitatem.

Ad §. Si servus tuus peculiari nomine emat rem, quam scit
alienam: licet tu ignores alienam esse, tamen usu non capies.

Ad §. Celsus scribit, si servus meus peculiari nomine adipisca-
tur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere, quod
si non peculiari nomine, non nisi scientem me, & si vitiose
cæperit possidere, man vitiosam esse possessionem.

Ad §. Pomponius quoque in his, quæ nomine domini possi-
deantur, domini prius, quam servi voluntatem spectandam
ait. Quod si peculiari, tunc mentem servi querendam. Et si
servus mala fide possideat, eamque dominus nactus sit, ut suo
nomine possideat, aemptio puta peculio, dicendum est, ut ea-
dem causa sit possessionis: & ideo usucapio ei non magis pro-
cedat.

Ad §. Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego, ubi
primum cognovi, sciam alienam: processuram usucapionem,
Celsus ait. Initium enim possessionis sine vitio fuisse. Sed si
ego ipso tempore, quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego
alienam rem esse sciam: usu me non capturum.

Ad §. Et si, quod bona fide servus meus emerit, in pactionem
libertatis mihi dederit: non ideo me magis usucapturum, du-
rare enim primam causam possessionis idem Celsus ait.

Ad §. Si à pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem pube-
rem esse putem: dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in
re, quam in existimatione. Quod si scias pupillum esse, putes
tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate admini-
strare, non capies usu: quia juris error nulli prodest.

D. Ad §. Si à furioso, quem putem sanæ mentis, emero: constitit
usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio:
& ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publi-
ciana competit, nec accessio possessionis.

Ad §. Si eam rem, quam pro emptore usucapiebas, scienti mi-
hi alienam esse vendideris, non capiam usu.

Ad §. Etiam heredi ultionem defuncti possessio proderit, quam-
vis medius heres possessionem eju nactus non sit.

Ad §. Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis
heres scit alienam esse. Hoc & in bonorum possessione, & in
fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur hereditas,
cæterisque pratoriiis successoribus observatum est.

Ad §. Emptori tempus venditoris ad usucapionem procedit.

Ad §. Si rem alienam emero, & cum usucaperem, eandem rem
dominus à me petierit: non interpellari usucapionem meam
litis contestatione. Sed si litis estimationem sufferre malue-
rim: ait Julianus, causam possessionis mutari ei, qui litis
estimationem sustulerit. Idemque esset, si dominus ei, qui
rem emisset à non domino, donasset. Eaque sententia ve-
ra est.

M Ajo rem partem libri 54. exposui ex iis legibus, quæ
magna negotia faciunt: superest tantum lex secun-
da pro emptore, in qua ostenditur, quod & *l. pen. sup. tit.*
prox. quam distet titulus, sive causa possessionis, & usuc-
apionis pro emptore à cæteris possessionum causis, quæ
originem ducunt ex stipulatione, vel ex testamento,
vel ex aliis contractibus, aut quasi contractibus emptio-
ni venditioni dissimilibus. In cæteris causis bona fides,

Aaa

quod

quod ad usucapionem attinet, exigitur initio solutionis tantum, vel quod idem est, initio traditionis, initio possessionis, initio usucapionis: nec exigitur etiam initio contractus, veluti initio stipulationis, aut initio testamenti, l. 44. §. *si possessioni, sup. tit. prox.* In causa autem emptio- nis venditionis non satis est, si bona fides interveniat traditionis tempore, sed & bonam fidem intervenire oportet contractus tempore: Unde si stipulanti tibi rem alienam, scienti rem alienam esse, promittam eam rem me daturum: non ideo minus eam rem à me tibi solutam usucapies pro soluto, licet, ut dixi, eam stipulatus fueris sciens alienam esse, si modo solutionis tempore putaveris eam rem meam esse, puta meam rem emisse à domino, quia solutionis duntaxat tempus, non stipulationis inspicitur: possessionis tempus, non contractus tempus. Denique tempus, à quo incipit usucapio, quæ certe non incipit ante possessionem, ante usum rei. At si de me sciens rem alienam emeris, eam non usucapies pro emptore, etiam si traditionis tempore putaveris, eam rem meam esse. Quia in hoc negotio non tantum traditionis, sed etiam emptio- nis tempus inspicitur, an emptor scilicet bona fide emerit, & bona fide rem sibi traditam à venditore acceperit, l. 7. §. *ult. de Publ. in rem act.* Hinc vero fit, ut ex causa aliorum contractuum, si quid solvatur bona fide accipienti, id est, existimanti id sibi deberi ex ea causa, ex qua solvitur, ut id pro soluto usucapi possit, etiam si revera non debeatur. Ex causa autem emptio- nis pro soluto, vel pro emptore, vel pro suo, ut usucapi non possit, quod traditur bona fide accipienti, id est, existimanti rem sibi deberi ex causa venditionis, nisi revera emerit, quod ex ea causa accepit, & possidet, §. *cum Stichum, & §. seq. inf. in h. l.* excepto uno casu, qui existat in l. 11. *inf. h. l.* & à me plenius ad Africanum expositus est: nam illa l. 11. est Africanus. Cur vero res non possunt usucapi pro emptore, etiam si ex causa emptio- nis venditionis tradita sit bona fide accipienti, si revera empta non sit: Nempe quia, ut dictum est, cum in eo contractu exigamus, ut bona fide emerit, non possum videri emisse bona fide, nisi re vera emerit. Ergo omnimodo exigitur, ut emerit, hoc non est satis: Et ut emerit bona fide: Ac præterea, ut traditum ex causa venditionis bona fide acceperit. At videamus, cur etiam tempus emptio- nis exigimus, ut bonam fidem habeat, non etiam stipulationis tempus, vel alterius contractus, qui & aliuscunque contractus sit, stipulationis nomine comprehenditur, quod soleat stipulatio subjici omnibus contractibus. Stipulatio est *παράθεσις*, ut dicere soleo, omnium contractuum. Cur ergo emptio- nis tempus exigimus, ut bonam fidem habeat, nedum traditionis, nec etiam exigimus, ut & alterius contractus tempus bonam fidem habeat: Cur contenti sumus bona fide, quæ interveniat solutionis tempore? Vera est ratio, non ea, quam adfert Accursus, sed ea, quam affert, & demonstrat satis evidentem Jurisc. in l. 15. §. *ult. sup. tit. prox.* quam nescio quo ore, quæ fronte rejicit Accursus. Quia improbum est, & furto proximum rem emere, aut vendere, quam scimus alienam esse, l. 1. *C. de com. rer. alien. l. 34. §. item si emptor, de cont. empt.* Concessum est tamen stipulari, & promittere rem, quam scimus, vel promissoris non esse, vel nostram non esse, quæ sunt verba d. l. 15. §. *ult.* quia scilicet in stipulatione id agimus, ut eam rem promissor redimat à domino, & mox transferat in stipulationem. In emptio- nis autem id non agimus, ut venditor rem à domino redimat, sed eam ab eo quali suam emimus, ut & ipse eam vendit quali suam, & eo animo, ut à se mox traditione facta, dominium transeat in emptorem: alioquin non est emptio venditio, l. 1. §. *ult. de cont. empt.* Neque tamen tempore emptio- nis sufficit habere bonam fidem, ut Proculiani sensisse videntur: sed etiam ex Sabinianorum sententia traditionis initium exigimus, ut habeat bonam fidem, l. 10. *in prin. l. 43. sup. tit. prox.* Initium traditionis, & usucapionis, l. 4. §. *de illo, in fi. sup. tit. prox.* Alioquin vitiosa possessio esset, id est, mala fidei: ergo inutilis ad usucapionem, quia ex possessione mala fidei usucapio sequi non potest. Et ut ostenditur in §. 1. *h. l.* aliud est emere, aut pro emptore possidere, aliud usucapere

pro emptore, quia pro emptore possidet etiam, qui mala fide emit. Et enim revera emit, qui mala fide emit, sciens alienam rem esse, non tamen usucapit pro emptore, §. *si eam rem, inf. in h. l.* Denique non quodcumque qualitercumque possideo pro emptore, vel quolibet alio titulo, id etiam eodem titulo usucapere possum. Usucapio jus est bonæ fidei possessoris, non malæ fidei possessoris jus, l. *in bello, §. si quis servum, de cap. & postlim.* His consequens est, quod habetur in §. *si sub conditione.*

AD §. *Si sub conditione.* Si emptio, & traditio conditionalis fuerit, antequam conditio extiterit, non sequi non procedere usucapionem pro emptore, quia non est vera emptio, l. *necessario, §. 1. de per. & commod. rei vend. l. 4. de in diem addit.* Idemque esse si emptor conditionem venditionis extitisse putet, quæ non extiterit, quia similis est ei, qui putat se emisse, nec vere emit. Et ut ait initio hujus legis, ex quo hæc pendet, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se emisse, sed debet etiam reapse subesse causa emptio- nis. Non satis est, ut putet quis se emisse: inde quaeritur, re empta sub conditione, & tradita pendente conditione, an si postea conditio extiterit, & emptor ignoret eam extitisse, atque ita perfectam emptio- nem esse, an procedat usucapio pro emptore ignorantem perfectam emptio- nem esse. Et Sabinus ait, usucapionem pro emptore, etiam ignorantem conditionem extitisse, procedere inspecta scilicet re ipsa, & veritate potius, quam opinione emptoris: licet si à domino emerit, & acceperit, se emisse putans à non domino, putans rem alienam esse, proculdubio dominium rei acquirit, quia plus potest quod est in re, quam quod est in opinione, l. *pen. §. qui ignoraverit, de jur. & fa. ignor.* Quod & hic videtur Paulus adiecisse, quoniam subjicit non per omnia hunc casum superiori esse similem, quia ibi cum putat rem esse alienam, quæ est venditoris, cum putat se emere à non domino, qui emit à domino, adfectionem emptoris habet: omnino enim vult emere. Hic autem cum sub conditione facta emptio- nis putat conditionem nondum extitisse, quæ extitit, nondum adfectionem emptoris habet, quia non putat emptio- nem esse perfectam. In utroque tamen casu hæc diversitas nihil efficit: nempe in utroque casu plus valet substantia, *res est*, quam existimatio emptoris. Et addit tertium casum, in quo etiam plus valet substantia, id est, quod in re est, quam existimatio, si quod defunctus emit, nondum accepit, heredi ejus tradatur à venditore, existimanti ex stipulationis, non ex causa venditionis, non ex emptio- nis causa deberi, & tradi. Nam & hic substantia potius, quam existimatio heredis inspecta pro emptore usucapio sequitur. Et multo magis, si res defuncto emptori tradita fuerit, quam heres putet eum ex alia causa possidere, ut l. *nunquam 2. §. ult. sup. tit. prox.* Et hæc mens hoc loco, quamvis eam aperte non aperiat, Pauli fuisse videtur: hinc vero rapta occasione, quaeritur in §. *Sabinus.*

AD §. *Sabinus.* De re empta l. commissoriam, id est, ea l. ut si intra certum diem pretium non solvatur venditori, res sit inempta, res committatur venditori, ita ut eam auferre, vel abducere possit: quam rem, antequam pretium solvatur, Sabinus negat pro emptore usucapi posse, jam traditam scilicet emptori, quia existimat Sabinus conditionalem esse emptio- nem, ut jam definiti: quod sub conditione venit, pendente conditione pro emptore usucapi non posse. At Paulus putat, quamvis id scribat dissidenter, dum ait: *Sed videtur utrum conditio sit hæc, an conventio: si conventio est, magis resolvitur, quam implebitur:* Paulus, inquam, putat, puram, & perfectam esse emptio- nem, quæ sit sub lege commissoriam, sed resolvi eam sub conditione, videlicet si pretium non solvatur intra constitutum diem, & ideo interim fructus perceptos adquiri, ut l. 5. *de leg. comm.* Verum pretio non soluto ad diem sub conditione resolvi, & interpellari, nec impleri jus usucapionis, & fructus refundendos esse venditori ab emptore, ut l. 1. *de leg. com.* denique mox statuit Paulus in §. *seq. de re emptori addita in diem, id est, ea l. ut si quis pretio adjecerit intra certum diem, res sit in-*

inempta, res à priore emptore abeat, quia & emptionem hac factam, verum est conditionalem non esse, sed puram, & sub conditione resolvi pretii adjectione facta ab alio, & ideo interim ufucapionem pro emptore currere, & fructus similiter, atque accessiones omnes acquiri emptori, ut l. 2. de in diem addit. Ex qua tamen liquet, hoc Ulpianum non admisisse indistincte. Attigit Paulus hoc loco frequentiores leges, & conventiones, quæ apponi in venditionibus solent, veluti legem commissoriam, & additionem in diem: nam & iis addit tertiam, si res veneat ea l. ut si emptori displicuerit intra certum tempus, res sit inempta, utque eam venditori redhibere possit. In qua & idem multo magis admittendum est, ut statim procedat ufucapio pro emptore, quia ea lege factam emptionem constat inter omnes puram esse, atque perfectam: sed resolvi sub conditione, si intra diem conditum displicuerit, l. 3. de cont. empt. l. pen. C. de edil. ed. Sequitur §. cum Stichum.

AD §. Cum Stichum. Cujus etiam definitio pendet ex propositione, quam Paulus posuit initio hujus legis. Pro emptore possidere, & ufucapere eum, qui revera emit: non etiam eum, qui non emit, licet ex causa emptionis rem traditam acceperit. Ex ea enim propositione efficitur, quod ostenditur in §. cum Stichum, eum, qui emit Stichum, si per errorem Damam sibi traditum acceperit, exempli causa, Damam non ufucapere pro emptore, quia Damam revera non emit, sed Stichum. Et quod eleganter subjicit, aliam esse rationem fundi empti venditi, qui si finibus amplior tradatur, quam sit, pro emptore totus ufucapi potest: quia non partes fundi singulæ possidentur, sed universitas fundi: *universitas*, Basil. *δλῶς*, sive totus fundus. Cui sententiæ nihil obstat l. 4. b. t. quæ ait: Emptorem fundi, qui scit certam fundi partem esse alienam, eam partem non ufucapere, cæteras ufucapere, quas putat esse venditoris: eum vero, qui incertam partem fundi scit esse alienam, nihil ufucapere. Cur non ait, eum universitatem ufucapere, & cum universitate partem alienam, sive certam, sive incertam? Nihil est facilius. Ibi emptor scivit partem alienam esse: hic ignoravit, emit universitatem fundi, quem totum, ut tradebatur, existimabat esse venditoris, & ideo ei tanquam bonæ fidei possessori totius fundi, ut finibus demonstratus est, totus fundus ufucapi potest.

AD §. Ejus bona. Pendet etiam ex eodem principio, quod est in hoc §. Emisti hereditatem, aut bona ejus, apud quem servi quidam depositi erant: hos servos non ufucapies pro emptore, vel pro suo, quia eos non emisti, neque enim hi fuerunt in bonis, sed ex bonis, secundum distinctionem l. 2. §. in hac, vi bon. rapt. non fuerunt in bonis venditoris, sed in bonis alterius, & periculo venditoris, ut l. 18. in princ. de dam. inf. & l. hæc non tantum, de pet. hered.

AD §. Tutor. & §. seq. Sciendum est, tutorem rem pupilli, quæ scilicet emi vendi potest, à seipso emere non posse, neque enim posse, & emptoris, & venditoris partibus fungi, l. si in emptione 34. §. ult. de contrab. empt. l. 5. §. item ipse tutor, de auct. tut. Contutore auctore, curatore distrahente, ab eo rem pupilli emere posse, d. §. item ipse tut. Itemque palam, & bona fide rem pupilli emere posse, l. 5. C. de cont. empt. veluti ex auctione publica rerum pupillarium, auctione hausta, ut in hoc §. proponitur: etiam si ipse tutor auctorem proponat, vel faciat: nemo prohibetur ex auctione, quam facit nomine alieno, sibi emere: nam & eodem modo Comes rerum privatarum Principis, & Palatinus, & patronus fisci, non possunt emere rem fiscalem, nisi ex auctione publica, quam, vel ipsi faciunt, l. ult. C. de res. vend. l. ult. quæ est Græca à nobis restituta, C. de fide, & jure basta ff. lib. 10. Aliter vero si tutor rem pupilli emerit, & pro tradita habuerit, non potest eam ufucapere pro emptore, ut in hoc §. traditur: quia initium possessionis vitiosum est. Sed si ex auctione rem pupilli emerit, eam ufucapere potest pro emptore, quod necessario accipiendum est de re aliena à pupillo bona fide possessa, & ut illa verba indicant: Rem, quam pupilli putabat esse. Rem enim pupilli propriam si tutor ex auctione

emittit, statim dominium ejus acquirit, nec ufucapioni locus fuerit: nemo ufucapit rem suam. Ratio autem cur tutor ex auctione rem pupilli emere possit, hæc redditur in hoc §. Quia deterior pupilli conditio non sit. Imo melior sit, si propius habeat emptorem, nec sit ei necesse diutius expectare, aut longius querere emptorem rei pupillaris. Melior sit conditio pupilli, si domi paratum habeat rei suæ emptorem: si tutor, qui auctorem facit rerum pupillarium, ipsemet paratus sit eas res, vel quasdam ex iis emere suo pretio. Verum hoc exigimus, ut bona fide emat, d. §. item ipse tut. & d. l. 5. C. de cont. empt. Nam si ex auctione dolo malo tutor minoris emerit rem pupilli, eo nomine perinde tenetur iudicio tutelæ, atque si rem pupilli alii dolo malo minoris addidisset, ex constitutione Trajani: addicere est verbum proprium auctionum publicarum, ei enim, qui pluris licitus est, res addicuntur, id est, penes eum collocatur, ut in §. sequenti dicitur. Idem ostenditur tervari in procuratore, qui ex mandato domini auctorem facit rerum ad eum pertinentium: nam & hic ex eadem auctione sibi rem emere potest, & ufucapere, quam ejus esse putabat, cum esset aliena. Ufucapere pro emptore, quod, ut ait, *militatis ratio exposcit*, nempe (quam non explicat) quia eo modo, ut dictum est §. sup. riori, melior sit, non deterior domini conditio, si propius habeat emptorem: si ipsemet procurator pluribus licentibus liceatur & ipse, & tandem emat sibi. Quæ ratio etiam efficit, ut procurator voluntarius, id est, qui sine mandato absentis, & ignorantis negotia gerit, ex auctione rerum ejus, quam facit in rem, & utilitatem ejus, cum forte expedit res ejus quasdam distrahi potius, quam servari, quia tempore, & mora perituræ, deterioris futuræ erant, si sibi aliquid ex ea auctione emerit, id ufucapere possit pro emptore. Si inquit, *negotia domini gerens ignorantis*. Recte, *ignorantis*: nam huic loco est applicandum quod ex hoc libro relatum est in *Ignorantis* 49. de procur. *Ignorantis domini per procuratorem conditionem deteriorum fieri non debere*. Et hoc casu scilicet ut dixi in §. tutor, non tervari deteriorum domini conditionem, si proximum, non longe petitum emptorem habeat, id est, si ipsemet, qui accedit ad negotia ejus, emat publice proposita auctione, & ipso pluris licente rem, vel res venum expositas. Denique hic locus est de procuratore, qui ignorantis negotia dum gerit, auctonatur quædam ejus bona, quæ vendi maxime expedit. Superior locus est de eo, qui mandantis, & scientis res haustæ subjicit, quod olim male acceperam. Et ex his omnibus locis, quod elicitur, valde notandum est, eum, qui alieno nomine facit auctorem, ex ea sibi emere posse. Confundi autem cum his locis non debet *lex atquin* 19. §. cum me, de neg. gest. quam adducit Acc. quia non loquitur de negotiorum gestore, sive procuratore voluntario, qui ex auctione, quam facit nomine alieno, sibi emat rem, quam ejus putabat esse, quam hic locus ostendit eum posse ufucapere pro emptore: sed loquitur §. cum me, de negotiorum gestore, qui rem domini ignorans bona fide emat à non domino, quam etiam pro emptore ufucapere potest, nec eam domino restituere tenetur auctione negot. gest. nisi ante impletam ufucapionem, antequam impleta sit ufucapio, cognoverit rem domini esse. Quæ est sententia §. cum me.

AD §. Si servus tuus, & quatuor sequentes. Ex hoc §. & aliquot sequentibus, §. Celsus, §. Pomponius, §. si servus meus, & §. & si quod, usque ad §. si à pupillo, intelligimus in emptionibus à servo tactis, cujus mens, cujus voluntas, fides, scientia spectanda sit. Quæ questio etiam locum habet in patre, & filiosam, & quæcunque de ea dicentur de domino, & servo, eadem obtinent in patre, & filio. Explicatum autem hæc questio perquam difficilem habet, nisi quæ ad eam pertinent, ordine certo distinguantur. Illud autem in primis constituendum est, quod & proponitur in §. Celsus, multum interesse, servus peculiari nomine rem alienam emerit, an non peculiari nomine, sive nomine domini. Nam si peculiari nomine, si ex peculii causa emerit, dominus etiam ignorans eam rem emptam esse, eam rem pro emptore ufucapit. Quod jure singulari receptum est in rebus peculiaribus, ut ignorantibus domino

mino procedat usucapio; *l. peregre, §. quaesitum, sup. de acquir. poss. l. 47. sup. tit. prox.* Si enim nomine domini rem servus emerit, non ante, aut non aliter usucapio domino procedit, quam cognoverit, & sciverit rem emptam esse, *l. iusto, §. ult. sup. tit. prox.* Denique scienti tantum rem à suis possideri, usucapio procedit, non ignoranti, nisi possideat ex causa peculiari. Est & alia differentia, quia in his, quæ servus possidet peculiari nomine, sive, quod idem est, suo nomine, servi potius, quam domini mens spectanda est, quia in peculio sustinet vicem domini. In his autem, quæ servus nomine domini emerit, domini potius, quam servi mens intuenda est, ut ait *§. Pomponius*. Quod ita declarat, si servus peculiari nomine emit, aut emit, & accepit bona fide, ignorans rem alienam esse, aut mala fide, sciens rem alienam esse. Si bona fide quidem dominus non usucapit, si eo tempore, quo servus bona fide emit, sciverit rem esse alienam, quia scientia domini vitiosum initium possessionis facit. Sed si tunc ignoraverit, propter bonam fidem servi usucapiet, licet postea resciverit rem esse alienam, quia bona fides servi, cum emptio facta est peculiari nomine, potius inspicitur: bona fides, quæ fuit in servo initio adeptæ possessionis. Et hoc proponitur in *§. si servus bona fide*. Sin autem servus mala fide emerit peculiari nomine, sciens rem alienam esse, dominus rem emptam non usucapit, licet ignoraverit alienam esse, quia intuenda potius est mala fides, quæ fuit in servo initio adeptæ possessionis: Et hæc est sententia *§. si servus tuus*. Vitiosa servi possessio domino nocet quominus usucapere possit rem à servo peculiari nomine emptam mala fide. Nam & quod servus vitiose possidet, id est, mala fide ex causa peculiari, dominus quantumvis licet ignorans, vitiose possidere intelligitur: summum vitium possessionis est mala fides, vitium ex persona. Et hoc quidem vitium possessionis, quam servus mala fide nactus est peculiari nomine non purgatur, non amovetur, licet postea rem dominus suo nomine possidere incipiat, veluti adempto peculio, & sibi suo nomine possessio, quod ostenditur in *§. Pomponius*, vel etiam re emptà à servo domino tradita, pro sua libertate, pro suo capite, sive ob pactionem suæ libertatis. Quod exemplum proponitur in *§. & si quod non bona fide*. Nam & si postea dominus, qui ignorat rem alienam esse, eam rem suo nomine possidere cœperit, durat prima possessionis causa, quæ vitiosa fuit, quia eam servus nactus est mala fide. Prima possessio, id est, initium possessionis semper spectandum est, vitio careat, nec ne. Et de re quidem emptà peculiari nomine, quæ dixi. De re autem emptà nomine domini, quæ dicam. Si servus nomine domini rem emerit bona fide, dominus eam rem non usucapiet, si tunc sciverit rem alienam esse, quam servum emere sciebat, vel etiam si postea ubi primum scivit rem emptam à servo, ex quo demum tempore usucapio procederet ignoranti rem alienam esse, postea resciverit rem alienam esse, quia, ut dictum est ante, in iis, quæ possidentur nomine domini, domini potius, quam servi scientia spectatur, *§. Pomponius*. Quod si servus mala fide emerit, dominus etiam non usucapiet, ubi cognoverit rem emptam, licet ignoraverit alienam esse. Verum enim est indistincte, quod ex Celso ait *§. Celsus*, si servus vitiose cœperit possidere, domini vitiosam possessionem esse. Et in summa, quod de patre dicitur in *l. heres, §. ult. sup. tit. prox.* non tantum propter scientiam filii scientis alienam rem esse, quam non peculiari nomine emit, patrem non usucapturum, sed etiam propter scientiam suam, id est, si sciat pater rem alienam esse, quam filius non peculiari nomine emit, patrem non usucapturum. Idem de domino dici potest, dominum non usucapturum quod servus non peculiari nomine emit, propter suam scientiam, vel propter servi scientiam. Et hinc apparet discrimen possessionis, quam servus, vel filius adipiscitur peculiari nomine, & possessionis, quam adipiscitur non peculiari nomine. Nam ut sup. ostendi, possessione peculiari nomine quaesita, domino quidem scientia servi nocet, ne usucapiat, sed non etiam scientia sua, si rem, quam servus peculiari nomine emit, postea dominus resciverit esse alienam: si modo eam rem servus ignorans bona fide emerit. Et ita

A sunt distinguendi §§. qui sunt in hac lege, hac de re. Itaque explicanda est hæc omnis quaestio.

A *D. §. Si à pupillo, & §. Si à furioso*. Hic §. conjunctusque ei *§. si à furioso*, accipiendus est de re aliena à pupillo, vel à furioso bona fide possessa, ut coarguunt, & convincunt ea omnino, quæ in extremo traduntur de actione Publiciana, quæ pertinet tantum ad res alienas bona fide possessas, & quæ de actione ex testamento, quæ competit evictionis nomine emptori re evicta à domino, cum scilicet rem ejus, qui evicit, emit à domino, atque etiam ea quidem coarguunt, quæ notat in fine hujus quaestiones de accessione possessionis, id est, ad usucapionem perficiendam de conjungendo tempore, quo venditor rei alienæ possedit, cum tempore, quo possedit bonæ fidei emptor. Constat autem rem alienam à pupillo bona fide possessam posse usucapi ex *§. tutor, sup. in h. l.* Utrique sine dubio si res mobilis fuerit: nam & res mobilis pupilli propria usucapi potest secundum distinctionem Irnerii, non immobilis, quam probavimus supra in *l. 4. §. si pupilli, tit. prox.* Sed & prædium rusticum, vel suburbanum à pupillo bona fide possessum, quæ res est immobilis, si venierit bonæ fidei emptori, pro emptore usucapi potest, quia etsi venditio, & traditio non valeat, etiam si fiat tutore auctore absque decreto prætoris, *l. magis, §. 1. de reb. eor. qui sub tut. sunt*, & multo minus si fiat sine tutoris auctoritate, quia nec possessionem quidem pupillus civilem, aut naturalem sine tutoris auctoritate alienare, vel amittere potest, *l. pupillus, de acquir. rer. dom. l. possessionem, de acquir. poss.* tamen ejus rei usucapio procedit bonæ fidei emptori, si justus sit error facti, quo ductus ad emptionem accessit, ut in hac specie, quæ proponitur in hoc *§. si à pupillo*. A pupillo rem emi, & mihi traditam accepi sine tutoris auctoritate, cum existimarem eum esse puberem, forte ipso fingente se puberem esse, aut speciem, & conspectum habente puberis, omniumque opinione existimato pubere, quæ justissima est erroris causa: putavi igitur me jure rem emere. Nam pubes rei suæ, si curatorem non habeat, curatorem non datur invito, administrationem, & alienationem habet, *l. 3. C. de in integ. restit.* Ac ne decreto quidem prætoris opus fuit in alienatione prædii urbani, sed prædii rustici tantum, vel suburbanii ante Constantinum. *l. ante legem 22. C. de admin. tut.* Denique putavi me jure rem emere, quia venditorem existimavi esse puberem, atque adeo jus alienandæ rei habere. At revera nulla emptio, nulla traditio, nulla translatio possessionis, in quo laborat valde Accursius: nec ideo tamen nulla ejus rei usucapio est, quia eam rem emi justo errore ductus, & utilitatis ratio exigit, ut nulli justus error damnum adferat. Justus itaque error facit, ut emptio, & traditio nulla erranti, & possessionis, & usucapionis occasionem præbeat, propter illam utilitatem, quæ ut ait Horatius:

Justi prope mater, & æqui.

Idemque dicam de pubere minore 25. annis, *l. 7. §. si à minore, de Pub. in rem act.* Qui & si rem alienam, quam possidet bona fide, cum haberet curatorem, sine curatoris auctoritate vendiderit, & tradiderit, licet venditio non valeat, *d. l. 3. C. de in integ. restit.* tamen si eam bonæ fidei emptori vendiderit ignoranti eum minorem esse, & tradiderit, ab emptore usucapi, & ante impletam usucapionem, si forte ejus rei possessionem amiserit, vindicari potest actione Publiciana, quæ de his rebus tantum competit, quæ usucapi possunt, *d. §. si à minore*. Nec igitur semper, ubi nulla alienatio est, nulla emptio, venditio, nulla traditio, & nulla quoque usucapio est. Nam & si à furioso, ut Paulus subjicit, quem certum est rerum suarum administrationem & alienationem non habere, rem alienam, quam furiosus bona fide nactus fuerat ante furorem, ego bona fide emero, & accepero, cum existimarem eum compotem suæ mentis esse, eo quod forte in conspectu inumbratæ quietis esset constitutus, atque ita sanus videretur, ut *l. quod meo, §. furioso, sup. tit. prox.* quamvis nulla sit emptio mero jure, mera subtilitate, ut Paulus ait, constat tamen inter omnes juris

juris auctores, rem ab eo emptam me usucapere posse, ut A
 l. 13. §. 1. sup. tit. prox. Utilitatis ratio, inquam, ne cuiquam
 justus error noceat, facit, ne sit ei fraudi obscura, & innum-
 brata quies venditoris. Quem enim non decipiat falsa fan-
 nitatis species: plerisque languet mens, nec languere tamen
 videtur, ut in hoc propolito, furor est languor animi, ut
 l. justo, §. pen. sup. t. prox. Et hæc vero utilitatis ratio, gerendo-
 rumque negotiorum promiscuus usus efficit etiam, quod
 ante dictum est, ut qui à pupillo rem emit sine tutoris
 auctoritate, quem puberem esse putat, quamvis nulla sit
 emptio, tamen quia jure existimat se emere, ductus iusta
 erroris causa, & reapse emit: ut pro emptore usucapere
 possit, utroque casu, in pupillo scilicet, & furioso, inspecta
 existimatione potius, & opinione emptoris, qui putat se
 contrahere cum pubere, & sano, quam substantia veritatis,
 ut hic inquit: *Plus sit in existimatione, quam in re.* Sic enim B
 retinenda sunt verba, quæ manifesto trajecta erant in
 hunc modum, *ut hic plus sit in re, quam in existimatione.*
 Quinimo hic, id est, in hac specie, *Plus est in existimatione,*
quam in re: si existimationem emptoris spectes, jure emit:
 si rem, non jure: & tamen procedit usucapio pro emptore,
 quia plus valet quod est in opinione, quam quod est in re.
 Unde & utroque casu emptori amissa possessione, non-
 dum usucapione impleta, actio Publiciana competit, ut
 nominatim de eo, qui à furioso emit, cum ignoraret eum
 furere, proditum est in l. 7. §. Marcell. de Pub. in rem act.
 eum usucapere posse, & consequenter habere Publiciana-
 ram, & per hanc eandem quoque consequentiam empto-
 ri re evicta, de evictione actionem nasci: ac si jure valeret
 emptio, quæ summo jure nulla est, quod evenit etiam in
 specie l. minor, §. pater, de evict. Et similiter actionem pos-
 sessionis ex persona pupilli vel furiosi locum habere. Ve-
 rum hæc omnia negantur, quamvis sint verissima in fine
 hujus §. his verbis: *Et ideo neque de evictione actio nascitur*
mibi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis: sed ut
 jam pridem ostendi, si ut oportet hæc legantur uno ductu,
 & connectantur cum superioribus hoc modo, *quamvis*
nulla esset emptio, & ideo neque mibi de evictione actio na-
scitur, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis. Hæc,
 inquam, si ita ductim legantur, sensus erit idoneus & con-
 gruentissimus, nempe hic, quamvis mero, & stricto jure
 nulla sit emptio, nec ideo de evictione actio nascatur
 emptori, nec competat Publiciana, nec accessio pos-
 sessionis, stricto jure scilicet, tamen utilitatis causa, quod
 à priori sententia repetendum est, constitit, emptorem usu-
 capere posse, & de evictione ei actionem nasci, & Publici-
 anam competere, & accessionem possessionis, ex per-
 sona furiosi. Atque ita nihil repugnat §. Marcellus, qui
 utilitatis rationem spectat, non summum jus, qui id, quod
 constabat receptumque erat, spectat, non jus scriptum.
 Non est omittendum, quod proponitur in hoc §. si à pu-
 pillo, eum, qui à pupillo emit sine tutoris auctoritate,
 sciens, eum esse pupillum, non usucapere, imo nec longo
 tempore rem acquirere, l. ult. C. pro empt. l. 3. C. de auct.
 præst. Scientem igitur non usucapere, etiam si, ut ait, erra-
 verit in jure, existimans pupillis licere res suas sine tutoris
 auctoritate administrare, quia facti quidem error ad usu-
 capionem prodest, verum juris error nulli ad usucapio-
 nem prodest, l. 31. in prin. l. 34. §. 1. sup. tit. prox. l. 4. de
 jur. & fact. ignor. Et ita hæc quæstio est explicanda. Quæ
 sequuntur in hac l. usque ad §. ultim. in quo consistemus, E
 sunt de accessione possessionis, id est, de jungendis
 temporibus inter emptorem, & venditorem, temporibus,
 quibus possedit emptor, possidetque venditor, & ex con-
 junctione temporum perficienda usucapio, quæ tempora
 etiam conjungi constat ex §. emptori in hac l. qui præponi
 debuit §. eam rem. (†) Emptori tempus venditoris, id est,
 tempus, quo venditor possedit rem venditam, ad usuca-
 pionem procedere. Quod probat etiam l. 14. sup. tit. prox.
 & l. Pomponius, §. postea, de acquir. posses. & l. duob. inf. de
 div. temp. Id vero ita procedit, si & venditor, & emptor
 bona fide nacti sint possessionem, utraque possessio con-

jungitur, & explet perficitque emptionem: nam ut ait in
 hoc §. si eam rem. *Si rem, quam pro emptore usucapiebas,*
scienti mibi alienam esse vendideris, eam non usucapiam.
 Possessio iusta venditoris, vitiosa possessioni emptoris non
 accedit, nec contra vitiosa possessio venditoris accedit iustæ
 possessioni emptoris, sed usucapio demum incipit à pos-
 sessione emptoris, quæ bonæ fidei est. Et in hac re differen-
 tia est inter heredem, & emptorem, id est, inter succes-
 sorem rei, & successorem juris universi: nam iusta, id est,
 bonæ fidei possessio defuncti, accedit vitiosæ possessioni
 heredis non proximi tantum, sed etiam ulterioris, etiam si
 proximus heres medio tempore non possederit, dummodo
 nec alius extraneus interim possessionem nactus fuerit,
 eique heredi possessio defuncti prodest ad usucapionem:
 quamvis ipse heres sciat rem alienam esse, de cujus usu-
 capione agitur: & contra quoque vitiosa possessio def-
 uncti, heredi etiam ignorantia nocet. Quod obtinere etiam
 ait Paulus in §. si defunctus, in bonorum possessore: nam
 & hic loco heredis est, & successoris juris universi: Et in
 fideicommissario Trebelliano, qui & ipse effectu quo-
 dammodo heres est, l. 5. §. ult. quod cum eo, qui in aliena, &c.
 Et in cæteris, inquit, prætorius successoribus, quod nec iure
 explicare. Cedo exemplum, veluti in bonorum emptore,
 qui & prætorius successor à Theophilo dicitur in tit. de
 succ. sub. quæ fieb. Et in eo, cui libertatum conservandarum
 causa defuncti bona addicta sunt, qui & bonæ fidei pos-
 sessori comparatur. Ergo successor prætorius est, sicut bo-
 norum possessor, l. 4. §. is autem, & §. ult. de fideic. libert.
 Et in eo, qui omisa causa testamenti, in quo heres scriptus
 est, ab intestato possidet hereditatem, qui jure prætorio ex
 testamento videtur esse heres, l. duo heredes, si quis omis. caus.
 testam. Et in herede scripto sub conditione jurisjurandi, cui
 eam conditionem prætor remittit, nam & hic prætorius
 est potius, quam legitimus successor, l. 1. §. ad eos, ad l. Falc.
 Hi vero sunt cæteri prætorii successores, & ii quidem om-
 nes vice defuncti funguntur, id est, eadem persona cum
 defuncto esse intelliguntur, l. 22. sup. tit. prox. l. ult. C. de
 impub. & al. subst. Defuncto autem si viveret, cæpta usu-
 capione bona fide, mala fides superveniens non noceret,
 & adepta possessione mala fide, etiam bona fides superv-
 niens ei non prodesset ad usucapionem. Ergo nec heredi,
 vel cuicumque successori universi juris, qui idem homo esse
 fingitur, mala fides usucapioni obstat, si defunctus bona
 fide possedit, nec heredis etiam bona fides ad usucapio-
 nem ei prodest, si defunctus mala fide possederit. Heres
 est successor universi juris, id est, commodi & incom-
 modi: actionis passivæ & activæ: bonæ fidei & malæ fidei
 defuncti.

A D §. ultim. In hoc §. ostenditur, jure cæptam usucapio-
 nem litis contestatione non interrumpi, ut puta si rem
 alienam à non domino bona fide emero, quæ nec turtiva sit,
 nec vi possessa, & cum eam usucaperem, dominus eandem
 rem à me petierit, edita & in judicium deducta actione in
 rem, usucapionem meam litis contestatione non interrumpi.
 Quinimo, post litem contestatam suspensa cognitione usuca-
 pionem ad effectum, & produci, & adimpleri. Usurpatione
 quidem usucapio interrumpitur, puta si possessio ejus
 abierit à me, & ad dominum, vel ad extraneum pervenerit,
 cum nondum implevissem usucapionem, quoniam
 usucapio desiderat continuam possessionem nec interval-
 latam. Itaque abruptio possessionis, & abruptio usucapio-
 nis est, sive, ut loquuntur, abruptio temporis, *τομὴ καὶ ἀνακοπή*
τῆς χρόνου. At litis contestatione, manente possessione apud
 me, usucapio non interrumpitur. Quod etiam ostenditur
 in l. si post acceptam, de rei vind. & l. 2. inf. pro donato, &
 l. Jul. §. quantum, ad exhib. Nam & si post litem contesta-
 tam incipiam malæ fidei possessor esse, quia cognosco rem
 alienam esse, aut non deesse hominem, qui ejus rei domi-
 num se esse adserat, l. sed & si lege, §. si ante, de petit. hered.
 tamen sufficit initium possessionis, & usucapionis iustum,
 & sine vitio fuisse, nec mala fides superveniens interrumpere
 usucapionem legitimam potest, ex 12. tab. ac ne Justi-
 nianeam quidem, quæ prolixius tempus habet, quam le-
 giti-

(†) Vide Merrill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 45.

gitima, quæ tamen hodie successit in locum legitimæ. Si A mala fides, vel scientia rei alienæ interveniens non interrumpit usucapionem: ergo nec litis contestatio, quæ hanc scientiam parit. Et hoc confirmatur etiam *l. bonæ fide. de acquir. rer. dom. & l. 4. §. de illo, in fine, tit. prox. sup. & constitutione Justiniani de usuc. transf.* Verum si dominus, qui cum rem ejus usucaperem, mecum egit actione in rem, me condemnavit, etiamsi usucapionem lite pendente compleverim, proculdubio rem, qua de agitur, quamque medio tempore usucapi, actori, qui causam tenuit restituere cogor, ne mora iudicii actori quicquam noceat, *dict. l. si post acceptum*, cujus sententiam Theophilus exposuit in *tit. de divis. stipulat. l. si, §. sed si queratur, si serv. vind.* Atque ita post litem contestatam secuta condemnatione possessoris, usucapio in præteritum æstimationur, non in futurum. Quod obtinet etiam in præscriptione longi temporis, triginta, aut B quadraginta annorum, quibus actiones personales, aut reales excluduntur: quæ tamen præscriptio hoc amplius habet, ut & ab initio interrumpatur litis contestatione, vel qua alia interpellatione, & controversia mota, etiamsi ea lis, vel controversia omiſsa, nec peracta, nec condemnatio sequuta fuerit, *l. 1. C. de præscr. long. temp.* Quod usucapio non habet, quæ ipso jure currit, si jure cœperit, nec nisi usurpatione, sive intermissione possessionis interpellatur, intermissione bonæ fidei non interpellatur. At quid fiet si rem alienam bona fide emerit, & possederit, nec dum usucapionem implevero, & dominus à me eandem rem petat, & malucro domino litis, sive rei æstimationem præstare, quam interim pendente lite jus usucapionis exequi, id est, usucapionem implere. An hac via uti possim, ut rei dominium obtineam omiſsa usucapione: Quod non videtur. Quia nemo potest sibi C ipsi mutare causam possessionis, quæ est certissima juris regula, *l. 3. §. illud, l. qui bona, §. ult. de acquir. possess. l. 5. C. eod. tit. l. non solum, §. quod vulgo, sup. tit. prox. l. 2. §. 1. tit. seq. l. 1. §. ult. pro donato.* Et litis æstimationem sufferendo, litis æstimationem præstando petitori, proculdubio mutatur causa possessionis, quia nunc possidere incipio, tanquam dominio rei mihi quæsitò, non jure civili per usucapionem, sed jure gentium per traditionem à domino factam, quasi ex emptionis causa, nam ut subjicitur in *l. 3. quæ sequitur, litis æstimatio similis est emptioni.* Qui rei, quæ à se petitur, domino æstimationem præstat, atque ita iudicio liberatur, eam rem à domino emere videtur. Hoc enim est quod dicitur, litis, sive rei æstimationem similem esse emptioni, ut *l. 1. hoc tit. l. si propter, rer. amot. adde & traditioni, & emptioni, l. 5. §. 1. commod.* Et mutatur quidem causa possessionis, si reus sufferat, & inferat litis æstimationem, sed non ipse sibi solus eam mutat, quia nec potest sibi quicquam solus quam volet efficere possessionis causam, sed domini voluntate possessionis causa mutatur: consensu domini, novo jure possidere incipit, qui accepta æstimatione efficit, ut deinceps eam rem, qua de lis erat, possideat pro emptore, ut *l. 4. §. tunc in potestate, sup. tit. prox.* Quod evenit etiam, ut proponitur in hoc §. si rem, quam quis bona fide emerit à non domino, dominus ei donaverit: quod enim possidebat pro emptore, & usucapiebat, nunc incipit facto, & voluntate domini, non facto suo, & jure suo possidere pro donato, ut nec usucapere id possit, vel debeat, quia dominus factus est: nemo rem suam usucapit.

Ad L. I. Pro donato. Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est, nec sufficit opinari, sed & donatum esse oportet.

Ad §. Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat: filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit.

Ad §. Si inter virum, & uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit, & divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit. Quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare. Alias ait, post divortium ita usucapituram, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. Possidere autem uxorem rem à viro donatam, Julianus putat.

IN principio ait, Pro donato is usucapit, cui donationis causa res donata est, nec sufficit, &c. An hæc est mens Pauli, idem servari in donatione, quod in emptione videamus: puta ut sicut, quod revera emptum non est, nisi iustus error interveniat, semper enim iustus error excipitur, qui pro tit. est, etiam si absit titulus, quod cumulatissime docuit §. si à pupillo, ut, inquam, sicut quod revera emptum non est, nisi iustus error interveniat, pro emptore usucapi non potest, ut & pluribus verbis, & exemplis est demonstratum in *l. 2. in principio, & l. cum Stichum, pro empt.* ita quod donatum revera non est, si donationis causa nulla subsit, pro donato usucapi non possit: An hic est sensus horum verborum? minime. Nam id tantum in emptionis titulo observatur, ut verum titulum emptionis procedere oporteat, non in cæteris titulis, sive causis possessionum. Verum Pauli mens est: pro donato usucapi rem alienam, quæ tanquam debita ex donationis causa tradita est à non domino bona fide accipienti, licet re vera nulla donatio, nullave stipulatio donationis causa interposita intercesserit: non etiam rem, quam quis falso opinatur sibi donatam esse, si tradita ei etiam ex causa donationis non sit, hoc est uno verbo: *Errorem falsæ causæ non parere usucapionem*, nisi etiam ex ea causa traditio secuta fuerit, quæ errorem illum continuaverit, corroboraveritve, *l. 3. & 4. §. ult. pro suo, l. Proculus, de jure dot.* His consequens est, quod sequitur in §. 1. hujus legis.

AD §. Si pater. Si pater filiofam. rem donaverit, & mox vita decesserit, ea donatio neque valet ab initio, neque morte patris confirmatur, hoc jure scil. quod obtinuit ante Justinianum, id est, ante *l. donationes 25. C. de donat. inter vir. & ux.* Donatio igitur nulla est. Et ideo pro donato usucapio non procedit, quia filius errat in causa possessionis, donationem subesse existimans, quæ nulla subest, quæve pro infecta est, & nulla quoque à patre possessio civilis, licet rem donatam filiofam. tradiderit, in filium translata fuisse intelligitur, sive quia usucapio non procedit, sine possessione scilicet civili, quæ animo domini possidetur, sed naturalis tantum translata intelligitur, *l. 2. §. ult. sup. tit. prox.* Additur simile exemplum in *l. si inter, de donat. inter vir. & ux.* quæ ab initio non valet, sed morte quidem donatoris confirmatur, ex oratione Severi, de qua in *l. hic status, de don. u. int. vir. & uxor.* At divortio etiam non confirmatur: facta post divortium donatio valet, facta constante matrimonio non valet, nec divortio confirmatur. Unde si vir uxori donaverit rem, etiamsi postea divortium intercesserit, cessat usucapio pro donato, quia nulla donatio fuit. Et ipsa sibi mulier mutare causam possessionis non potest, & justam efficere eam, quæ vitiosa est per se sola, sed mutabitur tamen causa possessionis, si post divortium dominus ratam donationem habuerit. At tunc mulier incipiet civiliter possidere pro donato. Ante ratihibitionem possidere quidem pro donato uxorem Julianus ait, ut hic refertur. Possidere scilicet naturaliter, ut *l. 1. §. de jicitur, de vi, & vi arm. l. 1. §. si vir, de acquir. poss.* Sed non etiam usucapere, quia possessio naturalis sola non parit usucapionem: rem usucapere, inquam, propriam mariti, quam maritus ei donavit. Sed si forte maritus ei donaverit imprudens rem alienam, verum est hanc rem usucapi posse, *l. 3. b. s. l. sed & si constante, de donat. inter vir. & uxor.*

Ad L. II. Pro derelicto. Pro derelicto rem à domino habitam, si sciamus, possumus acquirere.

Ad §. Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit. Julianus desinere quidem omissensis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit. Et recte.

AD Titulo pro donato, transeamus ad tit. pro derelicto, qui & titulo pro donato re ipsa, non serie tantum titulorum, proximus est, quia, qui rem derelinquit, eam genere quodam primo occupanti donat, *l. quod servus, de stipulat. serv.* Porro rem alienam à bonæ fide. possessore habitam pro derelicto is, qui eam occupavit, titulo pro derelicto

relicto ufucapere potest: derelictam autem à domino non ufucapit, sed ejus statim jure gentium, si eam occupavit, dominus efficitur: dominus autem rei dominio cadit statim, atque eam dereliquit, ex sententia Sabini, quæ obtinuit: vel, ut ait Paulus in hac l.2. ex Juliano, qui & Sabinianus fuit. Quæ sententia etiam confirmatur l. falsus 34. §. qui alienum, de furtis. Ergo dominus statim atque rem suam pro derelicto habuit, ejus rei dominium amittit, etiam si nondum quisquam eam rem occupaverit: interim igitur dominium vacat, ita est, donec aliquis ejus rei possessionem apprehenderit, l. quemadmodum. §. 1. de nox. act.

Ad L.II. Pro legato. Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset: pro legato non ufucapiam. Ad L.IV. eod. Pro legato potest ufucapi, si res aliena legata sit, aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur. In horum enim persona subest justa causa, quæ sufficit ad ufucapionem. Idem potest dici, & si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit.

Titulo pro donato proximus etiam est titulus pro legato. Nam & legatum definitur esse donatio testam. relicta. At ut Paulus ait in l.2. pro legato, ufucapio pro legato non procedit, si falso existimem, mihi legatam rem, quam possideo, quæ legata non est, nisi scilicet (semper enim justum errorem excipere oportet) ab herede æque errante ex causa legati, mihi tradita fuerit, quæ traditio mihi justam præbet causam, quamvis falso existimanti eam rem mihi legatam esse. Ac proinde & hic error facit, ut & eam rem pro legato, quæ mihi non est legata, ufucapere possim: sola mea existimatio hoc non facit, sed traditio heredis, quæ me in hunc errorem, in hanc opinionem induxit, in l.1. §. ult. pro suo. Namque alias traditione non sequuta, error falsæ causæ ufucapionem non parit, l. Celf. sup. de ufucapionem. §. error, Insti. eod. tit. l.1. sup. pro donat.

Ad L.IV. eod. cujus verba sup. sunt adscripta.

In l.4. habemus, pro legato ufucapere eum, cui res aliena legata est, quam testatoris esse putat, vel etiam eum, cui res testatoris propria legata est, si eam ignoret sibi codicillis ademptam, quod, & si quæ adempta est, nec legata videatur, l. si ita sit scriptum, de leg. 1. tamen justus error, quem traditio heredis induxit, qui mihi eam rem legati nomine tradidit, facit, ut quæ non est legata pro legata habeatur, l. ult. hoc tit. Item si Titio res legata sit, & duo sint Titii amici, & familiares testatoris, quorum uni eam rem heres tradat, de quo testator non cogitabat, & existimanti de se testatorem cogitasse, non de altero Titio, de quo tamen cogitaverat, dico etiam eam rem pro legato ufucapi, & proculdubio, ne cum Accursio laboremus hac in re, hæc omnia de legato accipienda sunt per vindicationem derelicto, cujus dominium ipso jure ex 12. tab. in legatarium transit, non factio heredis, non traditio heredis, l. à Titio, de furt. videlicet si de eo cogitaverit testator. Sin minus, ufucapio ei necessaria est, justam erroris causam habenti. Ad hanc vero possessionis causam, id est, pro legato, arbitror accommodandam esse l.4. de auro, & arg. leg. quæ est ex eod. lib.

Ad L.IV. de Auro. & arg. leg. Cum quidam libertum suum in Asiam misisset ad purpuras emendas, & testamento uxori suæ lanam purpuream legasset: pertinere ad eam, si quam purpuram vivo eo libertus emisisset, Servius respondit.

Quidam cum in Asiam misisset ad Tyrias purpuras emendas, moriens prius, quam rediisset libertus, uxori lanam purpuream legavit, an etiam uxori deberetur lana purpurea, quam libertus in Asia emit, quæ nondum pervenerat ad testatorem: & quidem si eam jam emerit vivo testatore legato cedit: cæterum emptæ post mortem testatoris legato non cedit: ergo nec pro legato ufucapi potest, quia legata non est, nec legatam esse ulla subest justa

A causa, quæ persuadeat. Et verba legati, lego uxori omnem lanam purpuream, referuntur ad tempus mortis, nempe quæ est in bonis meis mortis meæ tempore, l.2. eod. tit. dixit, lanam uxori purpuream omnem lego, non adjecit meam: nam si adjecisset, meam, verba legati tantum referrentur ad tempus testamenti, nec cederet legato lana à liberto emptæ post testamentum vivo testatore, l.8. eod. tit. vivo adhuc testatore.

Ad L.II. Pro dote. Si æstimata res ante nuptias tradita sit: nec pro emptore, nec pro suo ante nuptias ufucapietur.

Postremo addamus his etiam de tit. pro dote, quod est ex eodem libro Pauli in l.2. pro dote. Mulier ante nuptias rem æstimatam sponso dedit dotis nomine: hæc æstimatio venditio est: atquin hæc æstimatio conditionalis est, atque etiam datio. Inest enim ei hæc conditio tacita, si nuptiæ sequantur. Ergo & venditio, cui similis illa æstimatio est, ut dixi, conditionalis est. Ex quo sequitur, ante impletam conditionem, id est, ante nuptias, nec pro emptore eam rem ufucapi posse, nec pro suo, inquit, qui scilicet tit. concurrat cum omnibus aliis tit. cohæretve omnibus aliis tit. l.1. sup. pro suo, l.3. §. ex plurimis, de acquir. possess. Ergo ante nuptias ea res nec pro emptore, nec pro suo ufucapi potest, quia emptio non est perfecta, cujus conditio nondum existit, l.2. §. sub conditione, sup. pro empt. l. plerumque, §. si ante, de jur. dot.

Ad L.II. de Reb. auct. jud. poss. Ubi domicilium habet.

Restant ex hoc lib. tres leges, una est lex 2. de reb. auct. jud. poss. altera lex 3. vi bon. rapt. postrema lex 4. de incend. ruin. naufr. & lex quidem 2. de reb. auct. jud. poss. non video quid faciat ad hunc librum, qui totus fuit de possessionibus, ufucapionibus, & usurpationibus, nisi dicam, Paulum, quum genera possessionum enumeraret, & inter ea ex sententia Q. Mutii possessionem poneret bonorum debitoris ex edicto creditoribus permissam rei servandæ causa, ut habuimus ex hoc libro in l.3. §. ult. sup. de acquir. possess. quam quidem possessionem bonorum debitore non satisfaciente, vel latitante fraudationis causa, solet sequi venditio eorumdem bonorum, & hoc obiter adnotasse, eam venditionem bonorum ibi esse faciendam, ubi debitor domicilium habet, quia & ibi cum eo agi, & ibi absens defendi debet, l.1. h. t. l.5. §. ult. jud. sol. Ibi, inquit, rem esse defendendam, ut recte defendatur, ubi agi potest, quod est, ubi is, unde petitur, domicilium habet. Et hoc plane his verbis significatur, venditionem bonorum esse faciendam, auctore judice congruo, & competenti, l. pen. C. h. t. ut possessionem quoque bonorum certum est dari debere à judice competenti, l. pen. C. eod. tit. Competens autem judex est is, ad quem ejus loci jurisdictio pertinet, in quo debitor domicilium habet: ibi ergo debitor conveniri debet, & ubi absens defendi debet: & ibi similiter, id est, in foro competentis bona ejus venire debent, vel ut subjicitur in l.3. ubi contraxerit. Et adde, vel si absens sit heres debitoris, ubi defunctus domicilium habuit ex l. heres, in princ. de jud. quia & his omnibus locis debitor conveniri potest: forum illud quicumque competens est, quod eo loci est, ubi domicilium habet, vel defunctus habuit, cui heres existit, vel ubi contraxit: nam ratione contractus, vel ratione delicti fortimur forum, quod alias, si ibi non contraxissemus, esset nobis incompetens. Præterea, cum hoc libro tractaret Paulus de bonis vi raptis, quæ quia sunt furtiva, certum est, ufucapi non posse, etiam si ad bonæ fidei possessorem pervenerint, l. ult. vi bon. rapt. Id scripsit Paulus quod existat in l.3. vi bon. rapt.

Ad L. III. de Vi bon. rapt. Si servus rapuerit, & cum libero agatur, etiam si cum domino experiundi potestas fuit, non recte cum manumisso post annum agatur: quia cum quocumque experiundi potestas fuerit, excluditur actor: & si cum domino intra annum actum sit, deinde cum manu.

manumisso agatur, rei judicatæ exceptionem nocere Labeo ait. A

DE actione vi bon. rapt. quæ intra annum utilem, quo primum ea de re experiundi potestas fuerit, competit in quadruplum, post annum in simplum, l.2. §. in hac act. h. t. l. ult. C. eod. Et si quid servus rapuerit, similiter in dominum competit intra annum utilem in quadruplum, cum noxæ deditio, id est, sub hac lege, ut quadruplum inferre non cogatur, si paratus sit servum noxæ deditio, l. pen. C. eod. it. Sed (quam in rem est singularis l.3.) si is, cujus bona rapta sunt à servo alieno, intra annum agere potuerit cum domino in quadruplum noxali iudicio, nec egerit, atque ita annus præterierit, post annum cum eodem servo manumisso si agat, quasi scilicet noxa caput sequatur, secundum regulam juris, si, inquam, cum manumisso agat in quadruplum post annum, qui intra annum non egit cum domino in quadruplum, cum agere poterat, cum experiundi potestas erat: excluditur præscriptione temporis, quia & hoc est singulare, cum quocunque experiundi potestas fuerit actione vi bonor. rapt. intra annum utilem, hæc actio anno utili perimitur. Satis est si vel cum aliquo fuerit potestas, facultas hoc iudicio experiundi, ut excludatur actor, ne experiatur eodem iudicio cum alio quoquam, vel si agat, ut excludatur præscriptione anni. At in simplum actio proculdubio anno non perimitur, id est, rei vi ereptæ integra persequutio est, atque perpetua. Quod si intra annum is, cujus bona servus alienus rapuit, egerit cum domino, & litis æstimationem sustulerit, id est, quadruplum, ac deinde agat cum manumisso, excluditur exceptione rei judicatæ, etiam si in simplum tantum cum manumisso agat, ut hic Græci addunt recte. Quia in quadruplo, quod abstulit, inquit simplum, hæc enim actio mixta est, tam poenæ, quam rei persequendæ gratia comparata, & exceptio rei judicatæ locum habet, quia etsi priore iudicio actum sit cum domino, nunc non agatur cum eodem domino, sed cum manumisso, tamen agitur eadem de re servi nomine: noxalis actio in dominum intenditur servi nomine, & manumissus quoque suo nomine convenitur, atque ita quodammodo cum eodem homine iterum agi videtur eadem de re. Et merito obstat exceptio rei judicatæ, ne actum agatur, ne iterum agatur. Itaque recte ait, ei, qui egit cum domino, quique dominum exegit, agenti postea cum servo, obstat exceptionem rei judicatæ. Sed quid si dominum non exegerit? Quid si dominus absolutus fuerit noxali iudicio? an cum manumisso agi poterit actione vi bon. rapt. Quod Accursus non admittit rectissime, ne scilicet de ejusdem hominis admissio queratur, l.6. §. ult. naut. caup. stab. Et indistincte etiam hæc lex ait: Iterum agenti cum manumisso obstat exceptionem rei judicatæ si ante egerit cum domino noxali actione: si egerit, inquit, sive vicerit sive non vicerit, posset quis tentare in hac specie non esse necessariam exceptionem rei judicatæ, quia electo domino, in quem agatur noxali iudicio, manumissus ipso jure liberatur: ergo non est ei necessaria exceptio rei judicatæ. Et hoc est proditum in l.43. inf. de furt. si furti noxali actione cum domino actum sit, manumissum ipso jure liberari, quasi pactione decisum sit cum manumisso, ne cum eo ageretur electo manumisso, quæ pactio ex 12. tabul. actionem tollit ipso jure. Sed observandum est, hoc tantum in ea lege esse proditum de actione furti, quæ ipso jure ex 12. tabul. decisione, transactione, pactione nuda tollitur, quia pactio est legitima, l. jurisgenium, §. si paciscar, l. si tibi §. 1. de pact. l. si pro fure, de condit. furt. l. 13. C. de furt. Idem etiam non est cautum lege de actione vi bonorum raptorum, ut pacto ipso jure perimatur, quod tacitum non minus momenti habet, quam expressum, in actione scilicet furti, quæ est civilis actio, id est, ex 12. tab. ex quibus etiam pacto perimitur, sed non etiam actio vi bonorum raptorum, quæ est prætorica, non civilis.

Ad L. IV. de Inc. ruin. naufr. Pedius, posse etiam dici ex naufragio rapere, qui dum naufragium fiat, in illa trepidatione rapiat.

Ad §. Divus Antoninus de his, qui prædam ex naufragio diripissent ita rescripsit: quod de naufragiis navis, & ratis

scripsisti mihi: eo pertinet, ut explores, qua poena efficiendos eos putem, qui diripuisse aliqua ex illo probantur, & facile (ut opinor) constitui potest. Nam plurimum interest, peritura collegerim, an quæ servari possint, flagitiose invaserint. Ideoque si gravior præda vi adpetita videbitur: liberos quidem fustibus casos in triennium relegabis: aut si sordidiores erunt, in opus publicum ejusdem temporis dabis: servos flagellis casos in metallum damnabis. Si non magnæ pecuniæ fuerint liberos, fustibus, servos flagellis casos, dimittere poteris. Et omnino, ut in cæteris, ita in hujusmodi causis, ex personarum conditione, & rerum qualitate, & diligenter sunt æstimandæ, ne quid, aut durius, aut remissius constituatur, quam causa postulabit. Ad §. Hæ actiones heredibus dantur. In heredes eatenus dandæ sunt, quatenus ad eos pervenit.

Nunc transeamus ad l.4. de inc. ruin. naufr. quæ est ultima. Et de iis, quæ ex naufragio navis, aut ratis (quod trahitur etiam, ut hic titulus significat, ad villam, & domum) ex naufragio, inquam, ratis, aut villæ, aut domus diripiuntur. Ac primum docet ex naufragio rapere eum videri, qui eo tempore, quo naufragium fit, in ipso tumultu, in ipsa trepidatione naufragii rapit aliquid, non qui paulo post naufragium. Hic tenetur furti, aut vi bonorum raptorum, qui paulo post naufragium quid rapuit, non ex edicto hoc de incendio, ruina, naufragio, ut l. seq. & l.3. in princ. h. t. Cum eo autem, qui ex naufragio quid rapuit, vel etiam ex incendio, aut ex ruina, dupliciter agi potest, criminaliter, & civiliter. Et ex rescripto divi Pii, quod proponitur in hac l.4. criminali iudicio ita coercetur is, qui ex naufragio quid rapuit, ut si liber fuerit, qui graviores prædam, id est, qui magnæ pecuniæ, magni pretii prædam rapuerit, vi appetierit, fustibus casus in triennium relegatur: sordidior autem æque in opus publicum trium annorum detur: neutra poena irrogat capitis deminutionem. Ideoque Paulus in l.4. Sent. rectissime, in insulam relegatos, & opus publicum ad tempus damnatos retinere civitatem, si civitatem, ergo & libertatem: quia servus non potest esse civis: At in hoc rescripto hæc verba: Liberos quidem fustibus casos in triennium relegabis: hæc verba, inquam, fustibus casos in hoc loco, omnino mihi videntur esse trajecta, quia ii tantum liberi homines, qui sordidiores, humiliores, tenuiores sunt, fustibus subjiciuntur, non etiam honestiores, l. capitalium 28. §. non omnes, de poenis. Unde ita legendum videtur, liberos quidem in triennium relegabis, aut si sordidiores erunt, fustibus casos in opus publicum ejusdem temporis dabis. Cum enim sordidiores opponat liberis, ergo liberos ante intellexit ingenuos, & honestiores. Denique confert ingenuos liberos, & honestiores cum liberis, & humilioribus: hos fustibus casos operi publico in triennium mancipari, illos æque in triennium relegari, sed fustibus non casos, quia honestiores fustibus non subjiciuntur. Poena hæc est viliorum liberorum hominum. Sequitur in hoc rescripto, servos, qui quid ex naufragio diripuisse dicuntur, flagellis casos in metallum damnari. Qua poena nulla est gravior: certe adeo est gravis, ut qui eam subeunt, dicantur esse servi non ficti, non cujusdam hominis, non unius cujusdam hominis certi, sed servi poenæ, servi supplicii. Hinc vero apparet differentia inter fustes, & flagella: Fustes sunt verbera liberorum, & humiliorum quidem duntaxat, non honestiorum: flagella, taurea, quæ & taureas dixerunt, lora, flagra, verbera sunt servilia, in l. servorum 10. de poenis. Unde & in l. 12. de jur. fisci, quod alias docui, verbera servilia recte Accursius interpretatur, flagella. Nam & ita Justinus lib. 1. Cum per lasciviam, inquit, contumaces flagellis cecidisset indignantibus parentibus ingenuos homines, servilibus verberibus affectos. Liberos homines flagellis adficere, flagellis cedere gravissima injuria est, l. 10. §. pen. de in jus voc. mitiores sane sunt fustes, quam flagella. Unde & fustium admonitio dicitur: flagellorum autem castigatio, l. 7. de poen. Levior est admonitio, quam castigatio. Tertullian. in Apolog. cap. 41. ut, Omnes seculi plagæ nobis, si forte, in admonitionem, vobis in castigationem à Deo obveniant. Ac præterea ictus fustium solus nullo modo irrogat infamiam, l. ictus, de iis, qui not. infam. l. neminem, C. eod. it. Ictus flagellorum quo-

quodammodo irrogat infamiam. Nam inhonestum esse dicitur in ordinem decurionum eum allegare, qui quandoque flagellis cæsus fuit, *Leos, de decur.* Hanc differentiam etiam comprobatur, quod subjicit D.Pius, si parvæ pecuniæ præda sit, quæ direpta sit ex naufragio, liberos fustibus, scilicet si humiliores fuerint: servos flagellis cæsos absolvi, & dimitti. Qualitas rei, quæ ablata est, quantitasve auget, aut minuit crimen, & pœnam. Et similiter conditio personæ, quæ crimen admittit, auget, aut minuit pœnam. Et ut eleganter scriptum est in extremo hujus rescripti: *Omnino, ut in cæteris, ita in hujusmodi causis, id est, in criminum executione, ex personarum conditione, & rerum qualitate pœnæ diligenter æstimandæ sunt, ne quid aut durius, aut remissius constituantur, quam causa postulat.* Denique in pœnis hæc mediocritas probatur, *μητε σφοδρότερον, μητε παραχρηστικότερον.* Ad hæc observandum est in hoc rescripto, ab iis, qui naufragia eripiunt, quæ servari poterant, separari eos, qui peritura naufragia colligunt: neque enim naufragii collectio vetita est, quæ fit bona fide, etiam si fiat à non domino, cupienti rem alteri non perire, alteri rem servare. Et tamen si inspiciatur *l. 7. h. t.* caveri in ea videtur, ne quis extraneus colligat naufragia, ut hæc res soli domino relinquatur, qui naufragium facit, sed loquitur de extraneo, qui intervenit irrogatus colligendis naufragiis, qui temere emisit se, dum dominus naufragia sua colligit, cuius officium est suspectum. Itaque non vult quenquam irrogatum intervenire colligendis naufragiis, quæ scilicet domini ipsi colligunt. Cæterum absentibus, aut non curantibus dominis, quin possit quisque amicus eis peritura colligere, non est dubium. Quod est in extremo hujus legis non est de criminali iudicio, de quo est rescriptum illud D.Pii elegantissimum, sed est de actione civili ex hoc edicto, quæ intra annum utilem in raptorem datur in quadruplum, post annum in simplex, sicut actio vi bonorum raptorum, quæ ut illa etiam actio vi bonorum raptorum heredibus, quidem datur ejus, cuius bona direpta sunt, non datur tamen in heredes raptoris, quia pœnalis est actio, nisi quatenus ad eos pervenerit, id est, quatenus ex scelere defuncti locupletiores facti fuerint, ne scelere alieno ditentur, quo nihil est apertius. Proxima recitatione veniam ad lib. 55.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.VI. de Injur. Quod Senatusconsultum necessarium est, cum nomen adjectum non est ejus, in quem factum est, tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit Senatus publica questione rem vindicari. Ceterum si nomen adjectum sit, & jure communi injuriarum agi poterit. Nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio præjudicatur: quia ad privatam causam pertinet. Plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatam, similiter ex diverso.

EA, quæ habemus primum ex Libro LV. pertinent ad actiones vi bonorum raptorum, de qua Paulus libro superiore scripsit, rapta occasione ab eo, quod furtivæ res, aut vi ereptæ ufucapi non possunt antequam redierint in potestatem domini, vel ejus heredis. Ab actione, inquam, vi bonorum raptorum nescio qua ratione Paulus transitum fecit ad actionem injuriarum, de qua est hic liber, nisi forte, cum quatuor tantum sint privata delicta, & quæ oriuntur ex eis quatuor actiones privati iudicii, actio furtiva, actio vi bonorum raptorum, actio legis Aquiliæ, & actio injuriarum, & jam dixerit satis de actione *l. Aquil. lib. 22.* & de actione furti *lib. 39.* hoc loco dicendum existimavit, post actionem vi bonorum raptorum, de qua, ut dixi, egit superiore libro, de actione injuriarum, quod forte & hoc ordine in edicto perpetuo hæc

Tom. II. Post.

A quatuor actiones propositæ essent diversis locis, non serie continua. Ex hoc autem libro 1. dabimus *l. 6. de injur.* quæ est de Senatusconsulto, quo constituitur iudicium publicum, publicæ accusatio, actio in eum, qui *ἐπιγράμματα*, ut est in *l. quæ præcedit*, quo nomine significantur non tantum *ἐμμέτρος*, sed etiam *καταλογαδὴν* scripta, *prosa*, aut *versu scripta*, ut loquuntur Apulejus, & Ausonius, qui, inquam, *ἐπιγράμματα*, vel qui quid aliud sine scriptura, veluti imaginem in notam aliquorum produxit, vel emendam, aut vendendam curavit. Et hoc quidem Senatusconsultum, ut ostendit Paulus in hac lege, maxime necessarium est, si is, qui quid fecit, quod pertineat ad injuriam alterius, nomen ejus non adjecerit, in cuius infamiam id fecerit. Quia enim certa non est persona, quam injuria adficere voluit, nec ulli privata injuriarum actio dari potest, *l. 15. §. cui non sine causa.* Itaque necesse est, hanc rem publica questione vindicari, quod & senatus introduxit, quia difficile est probare, cui facere voluerit injuriam, qui id fecit: difficultas probationis facit, ut cesset privatum iudicium injuriarum, & locus sit duntaxat publico ex Senatusconsulto. At si nomen adjecerit, non tantum est locus publico iudicio ex Scto, vel ex *l. Cornel. de injuriis*, quæ & de injuriis omnibus, ut opinor, publicum iudicium introduxit, *l. hos accusare, §. ult. de accusat. l. 2. §. deinde Cornel. de orig. juris*: non tantum, inquam, locus est publico iudicio, quod scilicet patet omnibus, sed etiam jure communi, cuius nomen expressum est, agere licet civili, & privato iudicio injuriarum ex edicto prætoris, quo si experiri malit, non est ideo prohibendus, quod publico iudicio præjudicium fiat, quod prius agatur privato, quam publico, quod est majoris momenti, quia suam causam agit, non publicam. Eodemque modo dicam de cæde, & veneno non tantum publico iudicio ex *l. Cornelia de sicar. & venef. agi posse*, aut si quis cœtum, aut concursum fecerit, quo minus reus in jus produceretur, vel si quis de servo alieno questionem habuerit injussu domini, dicam similiter non tantum iudicio publico agi posse ex *l. Jul. de vi privata*, sed etiam privato iudicio injuriarum. Priore casu non tantum publico iudicio ex lege *Cornel. de sic.* sed etiam privato injuriarum, ut *l. seg. §. 1.* Et posteriore casu non tantum publico iudicio ex lege *Julia de vi*, sed & privato injuriarum, ut ostenditur in *l. 4. ad leg. Jul. de vi priv.* Quæ cum sit ex hoc libro 55. huic legi 6. applicanda est, ita ut mox demonstrabitur.

D Ad L.IV. Ad l. Jul. de vi priv. *Legis Juliae de vi privata crimen committitur, cum cœtum aliquis & concursum fecisse dicitur, quo minus quis in jus produceretur.*
Ad §. Et si quis questionem de alterius servo habuisset. *Et ideo moderatius edicto prætoris de injuriis utendum esse.*

SI quis, inquit *l. 4. ad l. Jul. de vi priv.* cœtum, aut concursum fecerit, ne quis in jus produceretur: vel si nolente domino, de alieno servo questionem habuerit, tenetur publico iudicio, ex lege *Julia de vi privata*: sed & tenetur privato iudicio injuriarum: nec si malit agere privato iudicio, prohibendus est, quod fiat publico iudicio præjudicium. Verum quod in illa leg. 4. additur, *moderatius tamen edicto prætoris de injuriis utendum esse*, id est, moderatius civili, & privata actione injuriarum agendum esse, ne fiat præjudicium publico iudicio ex *l. Julia*. Sic enim ille locus explicandus est, quem non intellexit glossa. Quod item additur in *l. 7. §. 1. de injur.* eodem sensu: *Rectius facturum prætorem, si de cæde, & veneno prius non dederit civilem, & privatam actionem injuriarum.* Nam & ita hic locus explicandus, aliter quam glossa, ne præjudicium fiat publico iudicio ex *l. Cornel. de sicar.* vel etiam si reo dederit exceptionem, *extra quam in reum capitis præjudicium fiat*, ut est apud M. Tull. Ciceronem secundo de invent. *Agit, inquit, is, cujus manus præcisa est, injuriarum, privato iudicio scilicet. Postulat is, quo cum agitur, à prætore, exceptionem, extra quam in reum capitis præjudicium fiat. Non oportere in iudicio recuperatorio, id est, in iudicio privato, ejus malefici, de quo inter ficiarios queritur, præjudicium fieri.* Possit,

Bb b

qui-

quidem prætor prius dare civilem actionem injuriarum, quam publicum iudicium, sed rectius fecerit, si prætulit publicum iudicium: moderatius, inquit, utendum est edicto de injuriis, ne præiudicium fiat iudicio publico, iudicio capitis, quia, ut subjicit in *h.l.* si prius dederit prætor, ut potest, si velit privatam actionem injuriarum, eaque prius actum fuerit, postea publico iudicio agi non potest: privata actio consumit publicum iudicium: Cur ita? quia quod in iudicio publico ex *SC.* vel ex *l.Corn.* vel ex *l. Jul.* venit, id vero est vindicta tantum admissi sceleris, quam vigor publicæ disciplinæ desiderat. Idem venit in privatum iudicium injuriarum. Actio injuriarum vindictam persequitur, non pecuniam. Actio injuriarum dolorem mitigat immuniti honoris, nec rem familiarem, aut pecuniariam persequitur, *l.2. §. emancipatus, de collat. bonor. & in d.l.7. §.1. de injur.* Eadem ratione ex contrario, ut & hic ostenditur, si prius actum publico iudicio de injuriis, postea non potest agi privato, ne bis eadem res in iudicium deducatur: utrumque iudicium idem persequitur, nempe vindictam. At ubi actio civilis non persequitur vindictam, sed pecuniam, id est, quod actoris interest, ut & ejus, quod interest, duplum, vel quadruplum, vel triplum, id est, pœnam ultra id, quod interest, cujusmodi est actio legis Aquiliæ, & actio furti, & actio vi bonorum raptorum, si ea actum sit prius, non est denegandum publicum iudicium, & criminale, quod longe aliam rem persequitur, nempe vindictam, & ultionem publicam. Illæ actiones civiles persequuntur quod privatim interest. Iudicium publicum, quod publice interest. Itaque alio aliud non consumitur, atque ita ex diverso, etiam si prius actum sit publico iudicio, non est denegandum privatum, quia alia de re est, *l. unica, C. quando civil. act. crim. præjud. & l.3. in princ. sup. de lib. hom. exhib.* Nihil tamen & in his refert utro agatur prius: quia de re si quid amplius aves addiscere, repetas quæ habuimus in *l. 37. in l.4. de publ. judic.* Nunc transeamus ad *l.8. de injur.*

Ad *L. VIII. de Injur. Vulneris magnitudo atrocitatem facit, & nonnunquam locus vulneris, veluti oculo percusso.*

QUæ hoc tantum docet, atrociorē injuriam, id est, contumeliosiorē, & majorem injuriam æstimari, non tantum ex persona, quæ injuriam fecit, vel passa est, vel ex loco, in quo facta est injuria, vel ex re ipsa, sed etiam ex magnitudine vulneris, & ex loco vulneris nonnunquam, *veluti oculo percusso*, inquit, quod est in homine *ὡς ὀφθαλμὸν ἀποκόρον*, ut ait Plato.

Ad *L. X. eod. Adtentari pudicitiam dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat.*

HÆc lex ait: *Adtentari pudicitiam*, quo nomine agi potest actione injuriarum, si quis id egerit sermone suo, blanditiive suis, *l. item apud, §. aliud est, h. t.* ut mulier ex pudica impudica fieret, etiam si id frustra tentaverit: Si verbis turpibus usus fuerit coram muliere, non ideo videtur tentare ejus pudicitiam, sed tamen tenetur etiam eadem actione injuriarum, ut est eleganter scriptum in *d. Litem apud, §. qui turpibus*. Et ad id proprie facit lex illa regia: *Ne quis præsentē fœmina obscœna verba faciat*. Restat tantum ex hoc libro lex *18. eodem*.

Ad *L. XVIII. eod. Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum æquum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse, & oportere, & expedire.*

Ad *§. Si servus servo fecerit injuriam, perinde agendum quasi si domino fecisset.*

Ad *§. Si nupta filiam injuriam acceperit, & vir, & pater injuriarum agent: Pompon. recte putat, tanti patri condemnandum esse reum, quanti condemnaretur, si ea vidua esset: viro tantum, quanti condemnaretur, si ea in nullius potestate esset: quod sua cujusque injuria propriam æstimationem haberet. Et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam injuriarum agere posse, quod & vir in suo nomine agat.*

Ad *§. Si injuria mihi fiat ab eo, cui sum ignotus: aut si quis putet, me Lucium Tit. esse, quum sum Gajus Sejus, prævalet quod principale est, injuriam eum mihi facere velle: Nam certus ego sum, licet ille putet me alium esse, quam sum. Et ideo injuriarum habeo.*

Ad *§. At cum aliquis filium suam patrem suam putat, potest videri injuriam patri facere, non magis quam viro, si mulierem viduam esse credat. Quia neque in personam eorum confertur injuria, nec transferri per personæ putationem ex persona filiorum ad eos potest: cum affectus injuriam facientis in hunc, tanquam in patrem suam, consistat.*

Ad *§. Quod si scisset filium suam esse: tamen si nescisset, cujus filius esset, dicerem (inquit) patrem suo nomine injuriarum agere posse: nec minus virum, si ille nuptam esse sciret. Nam qui hæc non ignorat, cuicumque patri, cuicumque marito, per filium, per uxorem vult facere injuriam.*

HUjus legis principium docet, non teneri injuriarum eum, qui nocentem infamat, qui latine loquitur, qui latronem latronem vocat, quia, inquit, peccata nocentium nota esse, & oportet, & expedire. Verum ait in principio, eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum, & æquum ob eam rem condemnari: iudicio injuriarum scilicet, respiciens ad formulam actionis injuriarum, in quantum ob eam rem reum condemnari iudici visum æquum fuerit, *l. 17. §. servus, h. t.* in quantum æquum bonum iudici videtur, *l. qui servum, de oblig. & act.* Quia ex re etiam actio injuriarum dicitur esse ex æquo, & bono, *l. non solum, §. 1. h. t.*

Ad *§. Si servus*. Sequitur in hac *lin §. 1.* Si servus servo injuriam fecerit, domino suo nomine competere in dominum ejus noxalem actionem: injuriarum videlicet, si in contumeliam alterius domini fecerit (sic hic locus intelligendus est) quinimo et si non fecerit in injuriam domini; injuria servo facta, vel ab alio servo, vel à libero homine, à prætore inulta relinquenda non est, *l. item apud, §. si quis sic fecit, h. t.* quod congruit cum *l. Athenienium*, quæ ulciscabatur etiam injuriam factam servis. Ejusque legis meminit Demosth. *ἔν Μυδρῆς*: & Xenophon *ἐν πολιτεῖα Atheniensium*, Athenæus *lib. 6.* Et legimus etiam apud Vellejum Paterculum *lib. 2. In urbe Roma petulantis convitii iudicium redditum histrionis ex soleto*. Et tamen in *l. 41. C. Th. de episc. & cler.* habemus fordidiore, vilioresque personas, & iudicio publico damnatas infamatasque, injuriarum actionem non habere, *patere omnium injuriis, & contumeliis*. Et in *Novell. Valent. de Manichæis: Manichæos ob nefanda eorum crimina, nefandasque opiniones injuriarum actionem non habere.*

Ad *§. Si nupta*. Sequitur in *§. si nupta*, quod etiam comprobatur *l. 1. §. ult. h. t.* interdum ex una injuria tribus oriri actionem injuriarum, nec unius actionem per aliam consumi, sed suam cujusque injuriam, suam cuique injuriam propriam actionem, & propriam æstimationem habere, ut si uxori tuæ filiam injuria facta sit, & ipsi competit actio injuriarum, quo tamen ipsa non agit temere, nisi forte absente patre, sed pater agit, in cujus potestate est, filia nomine, idemque patri suo nomine competit actio injuriarum, perinde atque si filia nupta non esset. Tribus denique ex uno facto, triumve nomine competit actio injuriarum. Et his consequenter, si uxor tua mater facta fuerit, id est, si fuerit emancipata, & ipsi & tibi competit actio injuriarum, nec alia aliam consumit. Quæ est sententia *§. si nupta*. Cui adjecerat proculdubio Paulus, & adjiciendum etiam id à nobis est ex *l. 2. h. t.* quæ falso adscripta est *lib. 50.* Est igitur reddenda *§ 5.* E contrario, si viro facta sit injuria, uxori non competere actionem injuriarum, hac reddita ratione, quia defendi uxores à viris, non viros ab uxoris, æquum est. Ubi dum ait, *æquum est*, etiam respicit ad formulam actionis injuriarum, non pugnare uxores pro viris, sed viros pro liberis & pro uxoris. *ἀπὸ τῆς κείνου δὲ ἀπὸ τῆς γυναικῶν*, ut Homer. loquitur *Iliad. 9.* accipiens *ἀπὸ*, ut Latini pro *ὀπίω*. Postremo in *l. 18.* ait, si quis mihi fecerit injuriam, cui eram ignotus prorsus, vel si cum putaret me *L. Tit. esse*, cum essem *Cajus Sejus*,

Sejus, mihi fecerit injuriam, eum mihi teneri actione injuriarum: quamvis alium me esse putaverit, qu'il m'ait pris par esbante, quia inquit, praevalet quod principale est, praevalet, quod in re potius est, quam quod in existimatione est, quod in re est, principale est. Injuriam eum mihi velle facere. Nam certus ego sum injuriae, certus mei quoque, licet ipse me alium esse putet, quam sim. Et ideo injuriarum habeo actionem. Ab hoc casu diversus est casus l. 4. h. 1. quae est ex eod. lib. & conjungenda est cum hoc §. si injuria, emendata in inscriptione, quoniam & illa lex 4. falso adscribitur l. 50. reddenda l. 55.

Ad L. IV. eod. falso adscriptam lib. 50. Si cum servo meo pugnium ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim: injuriarum non teneor.

Casus hic est, si cum servo meo pugnium, vel colaphum ducere, servum scilicet meum ductum tangere vellem, te stantem in proximo percussero, me tibi non teneri actione injuriarum. Cedo rationem differentiae inter hunc, & illum casum: Quoniam, inquit l. 4. in proximo te stantem invitus percussus, casu quodam fallente me manu mea, vel servo meo evitante ictum, eludente. Atqui in hac specie, Cajum Sejum elegi, quem percuterem, eique injuriam facere volui, licet alium esse putaverim, praevalet quod in re est potius, quam quod in existimatione mentis meae. Ab hoc casu etiam separandus est is, qui sequitur in §. ult. h. l. 18.

Ad §. ult. l. 18. modo expositae. Si quis filiofamilias injuriam fecerit, quem patremfamilias putabat: nam hoc casu patri non competit actio injuriarum, quia non in injuriam patris id fecit, sicuti si nuptae injuriam fecerit, quam viduam esse putabat, nec enim marito competit actio injuriarum. Et magna est differentia inter hunc casum, & superiorem. In superiori specie corpus ejus, quem putabat esse alium injuriam accepit revera. In hac specie corpus patris, vel mariti non accepit injuriam, & error, qui fuit in qualitate personae, quam percussit, hoc exigit, ut à filio, quem solum cogitavit, injuria non transferatur in patrem, vel etiam à muliere, quam solum injuria adficere volui, injuria non transferatur ad maritum, de quo nihil cogitavit, quia viduam eam esse arbitratur. At si sciverit filiamfamilias esse, ignoraverit autem cujus: vel si sciverit nuptam esse, nesciverit cui nupta esset, tunc proculdubio patri, vel marito actio injuriarum competit, quoniam cuicumque patri per filium voluit facere injuriam. Cuiusmodi etiam marito voluit per uxorem facere injuriam.



JACOBI CUJACIJ J. C.
In Lib. LVI. PAULI AD EDICTUM.
RECITATIONES SOLEMNES.

DE DI Librum LV. jam dabo LVI. ut lib. 5. Sententiarum Paulus post titulum de injuriis dedit titulum de effectu sententiarum, & finibus litium, in quo tractat etiam de confessis. Itaque cum scripsisset superiore lib. de injuriis, hoc lib. de re judicata, & effectu sententiarum scribit, & de confessis, de quibus illud in primis, quod est in l. 1. de confessis.

Ad L. I. de Confessis. Confessus pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur.
Ad L. CXLII. de Reg. juris. Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare.

Confessum pro judicato haberi: confessum pro judicato esse, quia quodammodo sua sententia damnatur, & damnatur utique post confessionem, ut l. 3. & l. 5. & l. ult. hoc tit. l. 5. de custod. reor. sed, ut ait, sua quodammodo sententia, hoc est, confessione, Quintilianus de Tom. II. Post.

clam. 314. Confessio est, inquit, contra se pronuntiatio. Et confessum quidem pro judicato esse, non qui incertam puta rem, aut pecuniam incertam, sed qui certum confiteretur, l. 3. l. 6. hoc tit. l. 6. de jure fisci. Nam & sententiam esse oportet certam, id est, certae rei, vel summæ, §. curare, Instit. de action. Rursus confessum pro judicato esse, non eum, qui confitetur extra jus, aut judicium, sed eum, qui confitetur in judicio, vel in jure, id est, apud prætorem, apud scellam, sive tribunal prætoris, et in Græci in tribunali, sic Græci in jure interpretantur. Itaque confessus non est pro judicato, nisi confessus sit in jure. Quod multæ leges comprobant, l. pen. tit. seq. & l. post rem, tit. super. & l. quidam, de donat. & l. 1. §. proinde, si quid in fraud. patr. l. 4. ad l. Jul. majest. l. 1. C. de confess. l. 4. C. de rep. vel acqu. hered. & Novell. 90. περὶ μαρτυριῶν, quæ est de testibus, in illo loco, et διασπρησὶν κατὰ εἶδος, in judicio confiteri, & in judicio competenti scilicet. Nam quæ sit in judicio incompetenti, nihil nocet, sicut nec sententia, quæ datur à giudice incompetenti quicquam nocet. Atque ita recte Alexander 3. defin. cap. 4. ext. de judic. Et secundum hæc omnia in illo cap. 12. tab. notissimo: Æris confessi, rebusque jure judicatis, quo plane confessus comparatur judicato: forte rectius legitur: Æris confessi in jure, rebusque judicatis, ut paulo post in eodem cap. ait qui pseudo eo in jure vindicit. Omnino enim necesse est, ut confessio fiat in jure, alioquin confessus pro judicato non est, nam qui extra jus confessus est, suam confessionem infirmare, & retractare potest: qui in jure, non item, d. l. quidam, de donation. Cum hac l. 1. conjungenda est l. 142. de regul. juris, quæ est ex eodem libro, & definit, an is, qui tacet confiteri videatur. Paulus 5. Sententiar. tit. 5. Confiteri, inquit, quis in judicio non tantum sua voce, sed & literis, & quocumque modo potest. Ait, quocumque modo, ut & 2. Sentent. tit. 1. Debitum quocumque modo confessus. An ergo si tacuerit in jure, vel in judicio confessus videtur: an silentium pro confessione dicitur? Pro consensu quidem sæpissime, litem queritur, §. ult. loc. l. 2. ad municip. l. 7. de sponsal. l. 2. §. voluntate, sol. mat. Unde illud M. Tul. in partitionibus, ut opinor: Taciturnitatem consensum imitari. Et Actius in Neoptol. Ubi nihil contra rationem æqui habuit, assensit, inquit, silens. At taciturnitas pro confessione non habetur, sed neque pro negatione. Et hoc est, quod ait l. 142. qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare, exempli gratia: Conventus actione legis Aquil. quod hominem occiderit, si taceat, non tenetur actione confessoria legis Aquil. non ob id solum, quod tacuit, si deficient probationes, tenetur actione confessoria legis Aquil. quæ datur in simplum, l. inde Nerat. §. ult. l. proinde, §. 1. ad l. Aquil. non tenetur etiam actione legis Aquil. in duplum, quæ contra negantem datur in duplum, l. contra negantem, C. de l. Aquil. quia nec confiteri, nec negare videtur. Atque ita hæc regula aptanda est ad tit. de confessis, non etiam temere porrigenda ad alios tit. aliasve causas. Etenim in confessione in jure, per quam dominium rerum acquiritur, is, qui tacet, neganti comparatur, ut ex secundo Instit. Cui Boetius refert in Topic. Cicer. Verba Cui hæc sunt: Postquam is, cui res in jure ceditur, vindicaverit, prætor interrogat eum, qui cedit an contra vindicet, quo negante, vel tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit. Item in interrogationibus, quæ fiunt in jure, imminente prætore instruendæ litis causa, ad quas qui interrogatur, omnimodo respondere tenetur, si taceat pro negante habetur, ut puta, si heres scriptus ex parte interrogetur, an heres sit, & quota ex parte, ut sciat pro qua parte in eum agi oporteat, & taceat, negasse videtur, & convictus quasi mendax, inlittuta actione in solidum convenitur, perinde ac si esset heres ex absente, l. de ætate, §. qui tacuit, de interrog. in jure fac. l. non solum, in princ. de procurat. Item cognati, vel adfines interrogati, an pupillum defendant, aut defendere velint, si taceant, negare videntur se defendere, l. 5. §. si autem negent, quibus ex caus. in possess. cat. Aliud est confessio, aliud responsio. In jure respondemus inviti; aut nisi respondeamus, contumaces, vel superbi sumus, & plectimur. Respondemus inviti: confitemur in jure ultro, sponte nostra. Et tacit.

citurnitas pro confessione hujusmodi non habetur. Denique taciturnitas non habetur pro confessione spontanea, & omnino non habetur pro confessione, nisi contra adversarii interrogationem fiat. Rectissime enim Donatus in Eunuchis: *Taciturnitatem confessionis genus esse, praesertim, inquit, contra adversarii interrogationem.* Quod confirmat Aconius Pedianus 2. contra Verrem. *Cum in jus ventum erant, dicebat accusator apud praetorem reo, ajo te Siculos spoliasse: Si tacuisset, lis ei aestimabatur, ut victo, & confesso. Et ita haec expedienda sunt.*

Ad L.V. de Cess. bonor. *Quem poenitet bonis cessisse, potest defendendo se consequi ne bona ejus veneant.*

Ad L. pen. eod. *Qui cedit bonis antequam debitum agnoscat, condemnatur, vel in jus confiteatur, audiri non debet.*

Vult haec l. debitorem, qui creditoribus bonis suis cessit, quod fit verbo tenus, sine bonorum traditione, ut indicat *lex 3. ejusdem tituli & lex 6. C. qui bon. ced. poss.* consequi posse integris omnibus, id est, nondum bonis ei ablatis, nondum possessis, aut venditis bonis, ut creditores sua bona non vendant: si se defendat, inquit, id est, si creditoribus satisfaciatur: maxima pars defensionis est satisfactio. Denique debitorem re integra cessionem revocare posse. Quod etiam ostendit *lex 3. ejusdem tituli, & lex 2. C. qui bon. ced. poss.* Quod verbo tenus dixit se bonis cedere, id contrario verbo poenitentia actus re integra mutare potest. Lex pen. quae est Ulpiani, docet judicatis, vel confessis in jure debitoribus subveniri actione, subveniri beneficio legis Juliae, id est, beneficio cessionis bonorum, quod lex Julia introduxit, videlicet si creditoribus cedant omnibus suis bonis, ut creditores ea publice suo nomine vendant, & pretia inter se partiantur, pro rata pecuniarum, debitarum, quo genere debitores evitant carcerem, & infamiam, quam subirent, si eorum nomine bona proscriberentur, & distraherentur, *l. 1. & ult. C. qui bon. ced. poss.* Et ita, qui bonis cedunt apud Plautum, dicuntur rem apud praetorem solvere. *Ille, inquit, in jus me vocat pessime, metui ne mihi hodie apud praetorem solveret,* id est, ne cederet bonis. Et alio loco: *sequere ad praetorem: nam inde rem solvo omnibus, quibus debeo.* Cessio bonorum olim fiebat tantum apud praetorem ex leg. Julia solemniter, ut subjicit *l. 6. C. qui bon. ced. poss.* Hodie fit cessio bonorum etiam extra jus nuda voluntate, nuda professione, *l. ultima, hoc titul.* Duo vero in hac l. pen. notantur genera agnoscendi debiti. Unum si debitor in jure confiteatur, se debere tot nummos: alterum si judicetur, si condemnatur, atque ita condemnatus cogatur debitum agnoscere, vel debiti instrumentum, quasi verum, *l. qui agnitis, de except. qui a recognoscenda cedulle, pour reconnoistre sa cedulle.* Confessus agnoscit debitum sua sponte: condemnatus agnoscit debitum non tam sua sponte, quam coactus, & nisi, vel hoc vel illo modo agnovit debitum, non potest cedere bonis. Denique cessio bonorum permittitur tantum confessis in jure, aut judicatis, quae est sententia hujus legis penult. *Qui cedit, inquit, bonis, antequam debitum agnoscat, condemnatur, vel in jus confiteatur.* Ubi male Accursius tertium etiam genus extra jus agnoscendi debiti notari putat, neque enim in *l. penult.* est legendum, ut vulgo, *antequam debitum agnoscat vel condemnatur,* sed detrahendus est ille articulus *vel,* qui tamen & retineri possit. Et illa igitur verba, *antequam debitum agnoscat,* interpretationem recipiunt ex sequentibus, *condemnetur, vel in jus confiteatur,* quae interpretatio facillime etiam admitti potest, si legatur, *vel condemnatur,* ut sit sensus, debitum agnoscere, si vel condemnatur, vel in jure confiteatur. Restant adhuc ex hoc libro *l. 54. de solut. & l. 47. de verb. signif.*

Ad L. LIV. de Solut. *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam: magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem.*

Ad L. XLVII. de Verb. sign. *Liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis.*

AMbae pertinent ad edictum praetoris, quo pecuniam judicati confessive solvere coguntur, *l. 4. §. ait praetor, de re judi. l. 1. C. de confessis.* Paulus 2. Sentent. *Si, qui, inquit, debitum quocunque modo confessus docetur, ex ea re creditori actio non datur, actio propria scilicet, sed ad solutionem compellitur.* Verba edicti haec sunt in *d. §. ait praetor, Condemnatus ut pecuniam solvat.* Ait, *condemnatus.* Sed idem est in confesso, quia & confessus in jure pro condemnato est, ut supradictae leges probant. *Condemnatus, inquit, ut pecuniam solvat, ut in l. Servilia, quod judicatum erit, id vii solvatur.* In hoc autem edicto solvere, non tantum est pecuniam numerare, sed alio quocunque modo se liberare, & satisfacere ei, qui causam obtinuit, veluti pacto, vel exceptione, vel ipso jure, novatione, acceptilatione, noxae deditio, si fuerit actio noxalis, *d. l. 4. §. si ex conventionem, §. penult. & ult. & l. 6. §. 1. de re judic. & l. 17. de donat.* Solutionis enim verbum, inquit, Paulus in *l. 54. de solut.* magis ad obligationis substantiam refertur, quam ad nummorum solutionem, id est, obligationem solvi: nomen solvi praetor exigit potius, quam nummos dari, quamvis dicat, *ut pecuniam solvat,* quia & qui alio modo satisfacit, pecuniam solvere videtur. Denique solutionis verbum in hoc edicto eandem vim habet, quam liberationis, id est, aequae patet latissime atque liberationis verbum. Et sic legendum videtur in *l. 47. de verb. signif.* in qua idem Paulus, ut vulgo legitur *Liberationis, inquit, verbum eandem vim habet, quam solutionis.* Subiecta materia suadet, ut existimemus trajecta esse verba, & legendum *solutionis verbum,* quod est in edicto scilicet, *eandem vim habet, quam liberationis:* quamquam & vulgaris scriptura defendi possit hoc modo, si dicamus, hanc fuisse mentem Pauli, utroque verbo nos promiscue uti, solutionis verbum eandem vim habere, quam liberationis, & ex diverso liberationis verbum, eandem quoque vim habere, quam solutionis. Denique quod ad hoc edictum attinet, solutio accipitur pro liberatione, causa pro effectu quocunque, ut possessio sapissime pro usucapione.



JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. LVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LII. de Procurator. *Esse consularis sit.*

HIC Liber est de bonis debitoris judicati, aut confessi, qui quod judicatum est, quodque confessus est, non solvit, auctoritate judicis possidendis, judicati sive crediti servandi causa, quod fit ex edicto praetoris variis ex causis, vel quia debitor fraudationis causa latitat, nec defenditur, vel quia iudicio abest, posteaquam cavuit iudicio sisti, & similiter absens non defenditur, vel qui cum pupillus esset contraxit, & ex eo contractu convenitur nec defenditur, *l. 2. 3. 5. & 7. quib. ex causis in poss. eat.* Ad quas causas pertinet *l. 52. de proc.* Et quae etiam huic libro reddenda est *l. 54. male adscripta libro 50. & l. pen. eod. tit.* Quoniam in eis legibus definitur, quae quisque absens, vel latitans, vel pupillus ratione recte defendatur, neque enim qualiscunque defensio sufficit, ne absentis, vel latitantis debitoris bona possideantur & veneant, sed recte defendi eum oportet, & boni viri arbitrato, ut ait *d. l. pen.* Omnis enim, qui defenditur, boni viri arbitrato defendendus est, quod & praetoris edicto expressum, *l. servum, §. ait praetor, hoc tit. l. 7. §. 1. quib. ex causis in poss. eat.* Quid autem hoc est, boni viri arbitrato? puta iudicio pro absente, vel latitante, vel pupillo suscepto, & peracto bona fide, & quod caput est, praestita satisfatione judicatum solvi, & iudicato soluto, reque defensa, ut dixi, bona fide sine dolo malo, *l. recte, de judic. l. generaliter, de administr. tut. l. 5. §. nunc videamus, iudicat. solvi.* Ac sine satisfatione quidem *judicatum solvi,* nemo alienae rei, sive litis idoneus defensor esse intelligitur, ne locupletissimus qui-

quidem, aut consularis, id est, qui consul fuit, ut ait Paulus A in l. 52. b. t. licet consularis sane magna sit dignitas, l. 3. §. ult. de recept. qui arbitr. l. 11. de dolo. Sed hæc dignitas pro satisfatione non est. In re sua esset pro satisfatione, in rei alienæ defensione non supplet vicem satisfationis. Ideoque nec consularis idoneus est defensor sine satisfatione iudicatum solvi: nec fœmina quoque, ut ait Paulus in l. 54. propter Senatusconsultum Vellejanum, quo infirmantur intercessiones mulierum. Et defensor (quo verbo usus est M. Tullius) alienæ rei plane intercedit pro alio. Nec item miles est idoneus defensor propter sacramentum militiæ, & disciplinam militarem, cui adstrictus est: neque item is, ut ait Paulus, qui Reipublicæ causa abfuturus est, propter munus publicum, quod ei injunctum est, quodve in eo est, ut jam obire debeat. Eademque ratione, nec is, qui magistratum initurus est. Et recte igitur in l. 52. consularis, B nam consul designatus, vel qui jam consul renunciatus est, nec cum satisfatione rei alienæ defensor esse potest. Non est etiam defensor idoneus, qui perpetuo morbo tenetur, quia nec suis rebus superesse potest, l. 5. de postul. Et generaliter, qui invitatus in jus vocari, iudiciumve pati non potest, quales multi enumerantur in l. 2. 3. & 4. de in jus vocando, idoneus defensor non est. In extremo autem hujus legis 54. ostenditur, tutores ibi esse defendendos, ubi tutelam administraverunt, videlicet, etiamsi ibi domicilium non habeant, id est, sedem facultatum, fortunarumque suarum, quia scilicet, & ibi conveniri possunt actione tutelæ, ubi tutelam administraverunt, imo, & si ibidem non defendantur, bona eorum possideri possunt, l. heres, §. 1. de judic. Tutelæ administratio quasi contractus est, & quilibet ibi conveniri potest, & defendi debet, ubi C contraxit contractum, aut delictum, neque ei quicquam prodest præscriptio fori, l. 3. de reb. auct. jud. poss. Et his de rebus scribentem Paulum, puto & id scripsisse, quod est in l. 17. de novi oper. nunt. quæ est ex hoc libro; per procuratorem quidem, vel defensorem, qui & ipse procurator sæpissime dicitur, nobis non semper adquiri actionem, quia libera persona est. Per eos, qui sunt in nostra potestate adquirimus actionem, per liberos homines à nobis bona fide possessos, tanquam servos, veluti per procuratores, per defensores, non semper nobis adquiruntur actiones, sed retinentur tamen per eos actiones, quæ nobis competunt semper, & pristinum jus, quod nobis quæsitum est, per eos nobis conservatur, ut puta quod l. 17. probat, si procurator, vel defensor meus, vicinum meum prohibeat opus novum facientem, & vicinus contra prohibitionem faciat, D non tam facti procuratoris mei, aut defensoris, quam facti vicini: denique utriusque concurrente facti, nobis utile est interdictum, quod vi, aut clam, ut restituat quod fecit contra prohibitionem. Prohibitio procuratoris demonstrat illum vim facere, & jus pristinum, quod ipse habuit prohibendi operis novi, mihi conservat, paratque in non obtemperantem prohibitioni interdictum, quod vi, aut clam factum est, ut l. 72. de procur. l. 3. in princ. quod vi, aut clam. Est & alia causa, ex qua bona debitoris à creditoribus possidenda sunt, si debitor defuncto nullus heres existat, expressa in edicto his verbis, cui heres non existat, ut constat ex oratione pro Quintio, ubi heredis appellatio porrigitur etiam ad bonorum possessores, l. 1. in fin. de muner. & bon. Et ad hanc causam possessionis bonorum, sunt quæ pertinent ex hoc libro multæ leges, ac primum.

Ad L. LXX. de Acquir. hered. In plurium heredum gradibus hoc servandum est, ut si testamentum proferatur, prius à scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet, etiamsi idem sit, ad quem utroque modo pertineat: nam hoc gradatim consequitur, ut prius ex testamento delatam, deinde legitimam repudiet. Idem juris est in bonorum possessione; ut prius scriptus repellat bonorum possessionem, deinde is, qui ab intestato petere potest.

Ad §. Si vero ei, ad quem legitima hereditas potest pertinere, conditio data sit; nihil constituere potest de legitima, antequam dies conditionis transeat. Et ideo dicendum est: & in eo casu, si respondit, neutram hereditatem ad se velle pertinere.

re: bona defuncti à creditoribus possidenda sunt.

Ad L. LVII. de Her. inst. Si is, qui solvendo non est, servum cum libertate heredem instituerit, & liberum substituerit: ante incipiendum erit à substituto. Lex enim Ælia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est, conservat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse potest.

Lex 70. de acquir. heredis. docet, quum quæritur, an aliquis defuncto heres existat, esse incipiendum ab heredibus testamento scriptis, quoniam eorum causa prior est; & ab institutis primum, deinde si instituti renunciaverint, transeundum esse ad substitutos, quod proponitur initio legis 70. Cui mox, ut arbitrator, neque fallor, adjecit Paulus quod ex ipso libro existat in l. 57. de hered. institue. Aliquando etiamsi in testamentis sint instituti, & substituti, incipiendum esse à substitutis, non ab institutis, à secundo heredum gradu, non à primo, d. l. 57. nempe in hoc casu: Debitor, qui solvendo non erat, in fraudem creditorum servum suum cum libertate heredem instituit, eique liberum hominem substituit vulgari modo, nullus est primus gradus, quia & nulla ipso jure libertas, id est, ex leg. Ælia Sentia, quæ datur in fraudem creditorum, ipso jure, id est, ex l. Ælia Sentia, & sine libertate heres esse non potest: servus domini heres esse nequit. Denique nulla libertas, nulla institutio est, quia non aliter lex Ælia Sentia servo proprio cum libertate heredi instituto in fraudem creditorum conservat libertatem, si uni tantum servo detur simul cum hereditate, quam si nemo alius ex eo testamento heres esse possit. At substitutus heres esse potest ex eo testamento: ergo testamentum incipit à gradu substitutionis, à secundo gradu, quasi ipso jure nullo primo gradu, quod etiam fit, & evenit in specie l. 75. de hered. instit. Et in specie l. 7. de inj. rupt. & irr. test. Et hoc igitur casu, qui proponitur in d. l. 57. à substituto incipiendum, & quærendum est, nunquid ex substitutione heres esse velit: & si velit, bona à creditoribus non possideantur: si nolit, possideantur. Post heredes autem testamento scriptos primo, vel secundo gradu, ut in d. l. 70. Paulus docere pergit, transitio fit ad heredes legitimos, ad quos ab intestato hereditas redit, & ab eis quæritur, nunquid ab intestato heredes esse velint? Et hic ordo hæcve gradatio servatur, etiam si idem sit homo, cui utroque modo deferatur defuncti hereditas, ut puta si is, quem testator heredem scripsit, etiamsi intestatus decesserit, ei ab intestato heres futurus erat, veluti proximus agnatus. Nam hoc, ut ait, gradatim consequitur, ut prius ex testamento delatam, deinde legitimam hereditatem repudiet. Causa testamenti præcedit causam intestati, atque ita, si utramque hereditatem repudiet testamentariam, & legitimam, tum bona à creditoribus possidenda, & distrahenda sunt. Idemque ordo servatur in bonorum possessione; nempe, ut prius repudietur bonorum possessio secundum tabulas, deinde bonorum possessio unde legitimi. Sequitur in d. l. 70. in plurium. Si vero ei, ad quem legitima hereditas potest pertinere, conditio data sit. Ubi ponenda est species in hunc modum: Quidam testamento Caii, ex asse heres institutus est sub conditione, si post mortem meam, dicente Cajo, navis ex Asia venerit in diebus centum proximis; vel si Titio centum dederit in diebus triginta proximis à morte mea, ut l. 4. de reb. auct. jud. poss. quæ est etiam ex eodem libro, Conditio, inquit, data est heredi instituto. Recte. Nam & si proprie conditio non detur, sed adscribatur, l. 3. §. conditio, de adim. leg. tamen sæpe dari, & accipi dicitur: dari in l. 11. de leg. 2. l. 5. de cond. inst. l. quod vulgo, de manum. test. l. Stichus, de usufr. leg. l. inter illam, de verbor. signif. accipi in l. quum pupillus, §. 1. de cond. & demonst. Hæc autem in testamento Caii conditio heredi instituto data, vel adscripta, ad quem etiam ab intestato legitima ejusdem hereditas pertinebat, nihil potest decernere, vel constituere de legitima hereditate ad eundem, vel repudianda, antequam dies conditionis adscriptæ institutioni exierit, intra quem scilicet conditio impleta non fuerit. Et ideo, si interim intra diem constitutum in jure, interrogatus responderit, se neutram hereditatem, ad se pertinere.

tinere velle, neque ex testamento, etiamsi conditio intra diem institutioni apposita impleteretur, neque ab intestato intra diem conditione non impleta, & finito die. Quo genere utriusque hereditas repudiatur, testamentaria, & legitima. Et congruo loco, id est, in iure, in tribunali competenti, repudiatio hereditatis debet fieri. In iure, l. 3. §. 4. *de repud. her.* Itaque quia utramque hereditatem repudiavit, quasi nullo herede existente debitori, à creditoribus hereditariis bona defuncti possideri, & venundari possunt. Quod confirmat etiam l. 1. *de cur. bon. dand.* quæ est ex hoc lib.

Ad L. 1. *de Cur. bon. dand.* Si quis sub conditione heres institutus est, cogendus est conditioni parere, si potest: aut si responderit se non aditurum, etiamsi conditio extiterit, vendenda erunt bona defuncti.

Ad §. Quod si nihil facere potest, curator bonis constituendus erit, aut bona vendenda.

Ad §. Sed si grave æs alienum sit, quod ex pœna crescat: per curatorem solvendum æs alienum: scilicet cum venter in possessione sit: aut pupillus heres tutorem non habeat.

Sententia ejus legis est. Si quis sub conditione heres institutus sit, urgentibus creditoribus hereditariis, cogendus est parere conditioni: si potest, inquit, id est, si conditio sit in ejus potestate, veluti, heres esto, si servum tuum manumiseris, heres esto, si Titio quinque dederis: maxime si is heres sit in bonis, aut responderit in iure, se non aditurum, etiam si conditio extiterit. Atque ita si ante conditionis eventum, vel defectum repudiaverit hereditatem: bona defuncti debitoris creditoris quasi jam nullo herede existente possidere, & venundare possunt. Valet igitur repudiatio facta ante conditionem, quod tamen negat l. 13. *de acquir. hered.* Et sane simpliciter facta repudiatio ante conditionem non valet: frustra enim repudiatur, quod nondum delatum est, l. 1. §. *decretalis, de success. edic.* Sed si ante conditionem repudiatio fiat in iure sub commemoratione conditionis, ut ponitur in hac l. 1. & similiter ponendum est in l. 70. *de acquir. hered.* urgentibus creditoribus, ne longior eis mora fiat, omnimodo valet. Et hoc si conditio fuerit in potestate heredis, ut dixi, quam vocamus conditionem potestativam. Quod si conditio non fuerit in heredis, cui adscripta est, potestate, si fuerit in casum collata, si fuerit casualis conditio, veluti, si navis ex Asia venerit, atque ita non possit parere conditioni, neque etiam respondere, hereditatem ad se pertinere nolle, si nihil facere possit, inquit, id est, si neque possit implere conditionem, quod non sit in ejus potestate, neque etiam possit respondere, hereditatem ad se pertinere nolle, ut puta si servus proprius testatoris sub conditione heres institutus fuerit, ut ponitur in d. l. 4. *sup. de reb. auct. jud. poss.* quæ est ex eodem libro, qui quidem servus necessarius heres est, id est, si velit, si nolit, omnino post mortem domini protinus necessarius heres existit, & frustra igitur responderit, hereditatem ad se pertinere nolle, qui necessarius est: hoc vero casu, aut similiter à creditoribus bona possidenda, & vendenda sunt, conditione scilicet defecta, vel non existente intra tempus à prætoribus definitum, ut d. l. 4. aut curator bonis custodiendis, & administrandis, & actionibus suscipiendis à prætoribus, vel à præside ex consensu majoris partis creditorum constituendus est: in actionibus, inquam, suscipiendis, vel instituendis à prætoribus, vel præside, ex consensu majoris partis creditorum constituendus est, qui & æs alienum, quod hereditati grave est, veluti quod sub pœna debetur, vel sub pignoribus pretiosis, quod ex pœna crescit, exsolvat interim, ut l. 23. §. *ult. de hered. inst.* Quod fit etiam, cum tantum non debitori nullus heres existat, sed & ventre in possessionem missa, & curatore bonis, & ventri dato: nam & huic æque permittitur, ut interim æs, quod sub pœna debetur, exsolvat, l. *curat. de vent. in poss. miss.* & mittitur causa cognita: idem etiam permittitur, ut in hac l. 1. ostenditur, curatori pupillo dato tutorem non habenti, si cum eo pupillo contractum sit, d. l. 23. §. *ult.* nam, vel hujus pupilli bona possidentur, non etiam venduntur, quoad puberit, vel curator eis datur,

l. 7. §. *plane interdum, quib. ex caus. in poss. eat. l. inter bonor. de administ. tutor.*

Ad L. IV. *de Reb. auct. jud. poss.* Si servus sub conditione heres institutus sit, aut dubium sit, an is heres liberque futurus sit; non est iniquum postulantibus creditoribus ita decerni: ut si ante certum tempus is heres non extiterit, perinde omnia observentur, ac si is heres ita institutus non esset. Quod plerumque accideret, si sub conditione danda alicui pecunia heres institutus sit, nec dies adpositus sit. Sed hoc quantum ad bona, ita observandum. Cæterum libertas ei quandoque competet, & à prætoribus conservanda est, etiamsi certum sit, neque heredem, neque bonorum possessorem futurum.

Ad §. Si quis tamen, heredem se spondendo, vel actiones patiendo, defunctum defendat: bona defuncti venire non poterunt.

Reliqua, quæ sunt ex libro 57. hodie absolvam. Ac primum interpretabor legem 4. *de reb. auct. jud. possid. seu vend.* Si servus à domino cum libertate heres institutus sit sub conditione, qui dicitur statuliber, & dubia est ejus ex testamento libertas, ut ait l. 1. *de leg. 2.* dubia est, inquam, ejus libertas, ex testamento, propter incertum conditionis, quia fortasse non existet, l. *statuliber, de quaest.* Iterum dico, dubia est ejus ex testamento libertas, maxime si heres institutus sit sub conditione alicui danda pecuniæ, puta hoc modo, heres esto, si Titio decem dederis, die scilicet non adscripta, qua 10. daret. Et ille diem ex die trahat, non dando pecuniam, conditionem trahat, quod potest, cum non sit ei dies adscripta, qua daret. Quo exemplo Paulus utitur hoc loco. Unde & initio hujus legis, quod ita vulgo editum est; Si servus sub conditione heres institutus sit, aut dubium sit, an is heres liberque futurus sit, legendum adfirmo, si servus sub conditione heres institutus sit, ita ut dubium sit, an is heres liberque futurus sit, iteratis duabus postremis literis verbi sit. Cujusmodi errores sunt in ff. Flor. quamplurimi, & in aliis etiam auctoribus: hoc perspicue rectum est, quia, & ut jam occupavi dicere ex l. 1. *de leg. 2.* statuliberi, id est, heredis & liberi scripti sub conditione dubia est libertas, propter ambiguum conditionis. Hoc vero casu, dum in dubio est libertas servi à domino heredis instituti, postulantibus creditoribus defuncti domini, ita decernit prætor causa cognita, ut si is intra certum tempus heres non extiterit, impleta conditione scilicet, id est, data Titio pecunia, quam dare jussus est: perinde omnia observentur, atque si ita heres institutus non esset, id est, ut bona defuncti nomine à creditoribus possideantur rei servandæ causa, & si res exegerit, distrahantur, aut curator bonis datur, qui exerceat, excipiatque omnes actiones, & bona distrahat, quæ servari non possunt, vel ut bona distrahat æris alieni dissolvendi causa, quod grave imminet, puta, quod debetur sub pœna, vel sub pignoribus pretiosis, vel quod debetur fisco gravissimo exactori. Et hoc ostenditur in l. 23. §. 1. & §. *seq. de hered. inst.* & l. 1. *de cur. bon. dand.* modo exposita, & l. 8. *sup. tit. prox.* Ad quam legem 8. ex hoc ipso Pauli libro additur initio legis 9. vel unum ex creditoribus bonis debitoris curatorem dari posse, ut l. 7. §. *Labeo, eod. tit. posse, & non creditorem bonis curatorem dari, ut l. 2. §. quæritur, in fi. de curat. bon. dand.* Plerumque dari unum ex creditoribus ex consensu cæterorum. Cæterum in specie proposita servo libertas quandoque impleta conditione à prætoribus conservatur, etiam si neque heres defuncto, neque bonorum possessor extiterit. Bona possidentur, & distrahantur re exigente, aut eis curator datur. Libertas integra manet servo, etiamsi heres non extiterit, & distracta bona fuerint, si quando impleverit conditionem adscriptam libertati, & institutioni, idque exemplo Senatusconsulti facti temporibus Adriani, cujus mentio fit in l. 5. *de fideicom. libert.* quæ lex, cum sit ex hoc libro, & quodammodo huic loco cohæreat, hic obiter nobis explicanda est.

Ad L. V. *de Fideicommiss. libertat. In fideicommissariis liber-*

libertatibus si absente herede prætor pronuntiasset libertatem deberi: est & liber, & defuncti libertus, si & servus ejus fuit, aut heredis, si servus heredis sit: Imo & si sine successore heredes decesserit: conservandam esse libertatem, senatus Hadriani temporibus censuit.

SI heres rogatus sit, servum defuncti, vel servum suum manumittere, & frustrandæ, & detrectandæ libertatis, non ex justa causa ablit, vel latitet, prætor pronuntiat servo libertatem deberi, quo facto liber fit, & libertus Orcinus, si defuncti servus fuerit, ex Senatusconsulto Rubriano, quod factum est Trajani temporibus, l. 26. §. *subventum, hoc tit. de fid. lib. l. 3. §. plane, de leg. iur.* vel fit libertus heredis, si heredis servus fuerit ex Senatusconsulto Junciano, & si ab herede re ipsa manumissus non fuerit, qui interim aberat non ex justa causa, l. 28. §. *si quis servum, de fid. libert.* Quin etiam, & si heres, à quo fideicommissaria libertas relicta est, vita decesserit, nullo successore relicto, tranlit illa l. 5. ab herede absente ad heredem plane absentem, id est, mortuum, nullo relicto successore: quo etiam casu ex alio Senatusconsulto, quod factum esse ait Adriani temporibus, servo conservatur libertas, & secundum distinctionem superiorem, vel Orcinus fit libertus testatoris defuncti, vel heredis defuncti. Et hæc est sententia d. l. 5.

Iterum ad L. IV. De reb. auct. jud. poss. cujus verba supra sunt adscripta.

Nunc redeamus ad l. 4. de reb. auct. jud. poss. quæ nec dum absoluta est. In extremo ait, *si heres institutus respondeat, se heredem esse velle*, ut puta extraneus heres institutus, si adeat hereditatem, si dicat in jure, *cum me Titius heredem instituerit, eam hereditatem adeo, cernoque*, ut in regulis Ulpiani, & in l. eum, qui, §. ult. de acqu. hered. vel si defuncto debitori defensor aliquis existat, qui actiones hereditarias suscipiat, qui utique si fuerit scriptus, hoc ipso gerere se pro herede videtur, tunc bona defuncti, in quæ interim missi sunt creditores, à creditoribus venire non possunt, quia cessat causa edicti de possidendis, & vendendis bonis. Defuncto enim heres, vel defensor extitit. Finis igitur hujus legis 4. est de extraneo herede, cui etiam sub conditione heredi instituto postulantibus creditoribus defuncti prætor certum diem præfinire solet, intra quem deliberet, ut vel adeat, vel omittat hereditatem, d. l. 23. §. 1. & §. seq. de hered. instit. In ejus autem est arbitrio, quem diem præfiniat, dummodo ut ex hoc libro Paulus scripsit, non minus, quam 100. dies præfiniat ad deliberandum, & consulendum de adeunda, & non adeunda hereditate, l. 2. de jure delib. quæ est ex hoc libro.

Ad L. II. de Jure deliber. Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi.

ET hoc etiam tempus 100. dierum est solemne tempus cretionis, & agnoscentiæ bonorum possessionis. Quod si duo sint heredes, & eis à prætore tempora præstituta sint ad deliberandum; intra quæ unus respondeat, se non aditurum hereditatem, alter deliberet adhuc, & cunctetur, Paulus hoc ipso libro, & in l. 9. quib. ex caus. in poss. eat. tit. prox. sup. de cujus initio jam dixi supra, cum dixi unum ex creditoribus bonis curatorem dari posse, ait, quotiens unus ex heredibus cunctatur, alter decrevit & constituit, se heredem esse nolle, inter moras creditores in possessionem bonorum mitti *custodiæ causa*, non venditionis causa, *donec appareat is, qui deliberat, utrum agnoscat partem suam, an non agnoscat.* Ait, *custodiæ causa, non venditionis causa*, ut l. penult. §. creditores, uti possid. Est etiam in eodem titulo quibus ex causis in possess. eat. l. 6. ex hoc Pauli libro, quæ primum docet.

Ad L. VI. Quibus ex causis in possess. eatur. In possessionem mitti solet creditor, etsi sub conditione ei pecunia promissa sit.

Ad §. Cum dicitur; & ejus, cujus bona possessa sunt à creditoribus, veneant, præterquam pupilli, & ejus, qui reipublicæ causa sine dolo malo absuit, intelligimus, ejus, qui dolo malo abjurerit posse venire.

Ad §. Si ab hostibus quis captus sit, creditores ejus in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur.

Etiam creditores conditionales debitore absente, aut latitante, aut indefenso, & defuncto sine successore, mitti solere in possessionem bonorum custodiæ causa, recte solere; hunc esse morem judiciorum. Nam jure creditores conditionales non mittuntur in possessionem, & impune etiam prohibentur possessionem ingredi, d. l. pen. eod. tit. nec missionis ullus est effectus, antequam conditio extiterit, quia bona vendi non possunt, l. 7. §. si in diem, eod. tit. Denique si initium spectemus, creditores conditionales mittuntur in possessionem: si exitum rei, non mittuntur, quia ejus vendere bona non possunt, quia nec pecunia eis, nec cautio ulla debetur, antequam conditio extiterit. Et ita initium legis est conciliandum cum l. pen. Post hæc d. l. 6. §. 1. Paulus docet, bona ejus, qui dolo malo abfuerit reipubl. causa, forte sub specie liberæ legationis, possideri à creditoribus, & venire posse. Bona autem ejus, qui reipublicæ causa, sine dolo malo abfuerit, quæ verba etiam sunt in edicto, *ex quibus causis major.* ex hoc edicto, de quo agimus possideri non posse, aut si possidentur, certè venire non posse, antequam redierit, l. 4. C. de rest. mil. curatorem interim bonis dari posse. Vetus est edictum Servilii consulis apud Titum Livium lib. 2. *Ne quis militis, donec esset in castris, bona possideret, aut venderet.* Idemque servatur in pupilli bonis indefensi, id est, qui ex suo contractu non defenditur. Possideri enim possunt, & curator bonis dari, distrahi autem non possunt ante pubertatem, l. 3. §. & 10. hoc tit. l. 33. in princ. tit. seq. l. 1. inf. de curat. bon. d. 2. Idem servatur in bonis capti ab hostibus: nam & hujus si non defendatur adversus creditores, bona possideri possunt, aut interim bonis curator dari unus ex creditoribus; venire autem non possunt, l. ult. tit. seq. l. 1. §. ult. de mun. & honor. l. ab hostibus, §. 1. ex quib. caus. major. l. 7. inf. de tut. & rat. distrab. l. 3. C. de possim. & rever. ab hostibus.

Ad L. XXXV. de Usur. Lite contestata usuræ currunt.

Restat adhuc ex hoc libro l. 35. de usur. & l. 18. de novation. quarum conjunctio constituit unam differentiam inter novationem voluntariam, quæ fit per stipulationem, & novationem necessariam, quæ fit ex necessitate, inquit l. ult. de separat, nimirum judicio accepto, quod ut ait l. si inter, §. Stichum, de verb. oblig. invitator debitor accipit lite contestata. Atque ita lite contestata novatio fit obligationis, quia statim contrahitur cum adversario, cum quo lis contestatur, & sequuta condemnatione actio pristina convertitur in judicati actionem, l. si fundus, §. si pluris, de pignor. l. pen. §. ult. C. de usur. rei jud. Jam intelligitis quæ sit novatio necessaria, & quæ voluntaria. Non accipe differentiam, quam conjunctio duarum illarum legum demonstrat aperte. Facta novatione voluntaria per stipulationem, usuræ debiti currere desinunt, quæ accedebant priori obligationi, d. l. 18. & 17. eod. tit. At facta novatione necessaria, id est, *lite contestata, usuræ* prioris obligationis, pendente judicio currere non desinunt, d. l. 35. & l. 1. C. de judic. sed post tempora legitima judicati faciendi usuræ rei judicatæ ex posteriori obligatione, id est, ex causa judicati currere incipiunt, d. l. pen. C. de usur. rei judic. Sunt & multæ aliæ differentiæ inter hæc duo genera novationum, quæ notantur in l. 29. de novat.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XX. de Judic. *Omne obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicunque aliquis obligetur, & contrahi videatur: quamvis non ex crediti causa debeat.*

UT superior, ita hic etiam liber fuit de possidendis, aut vendendis debitorum bonis latitantium, vel absentium, & indefensorum, vel defunctorum sine successore. Et quod ait l. 1. 2. & 3. de reb. auct. judic. possid. bona ibi venire oportere, ubi debitor domicilium habet, aut ubi contra fit, id l. 20. de judic. quæ prima se offert ex hoc libro, docet accipiendum esse latissime, scilicet pro omni debitore ex quacunque causa, ex contractu quocunque, ex delicto, vel quasi ex delicto, non pro eo tantum, qui ex mutui, sive crediti causa debet. Sicut vice flexa creditor dicitur non is tantum, qui pecuniam credidit, sed omnis, cui ex alia quacunque causa debetur, l. 1. de verb. sign. Specialiter, & stricte creditor est, qui mutuam pecuniam dedit, ut cum dicitur, invito creditori aliud pro alio solvi non posse, l. 2. §. muui, de reb. cred. Specialiter item debitor est, qui mutuam pecuniam accepit, ut cum dicitur incendium ære alieno non liberare debitorem, l. incendium, C. si cert. pet. nec enim hoc dicitur de quocunque debitore, sed de debitore tantam mutuam pecuniam. At in edicto de bonis debitorum à creditoribus possidendis, & venundandis, debitorum, & creditorum appellatio latissime manat, & complectitur omnes eos, qui debent, quibusve debetur, & si non sit mutua pecunia, sed contractus, ut ait l. 10. in fi. de verb. sign. sed contractus scilicet, ex quo utroque nascatur obligatio. Ex mutuo obligatio nascitur ex uno tantum latere .i. ex parte accipientis, non ex parte dantis. Imo & contractus nomen est generaliter accipiendum, ut comprehendat quacunque quis contraxerit obligationem, ex contractu, vel ex delicto, vel quasi ex contractu, vel quasi ex delicto. Ex pacto non contrahitur obligatio. Ubi igitur quisque contraxit quacunque obligationem, quacunque ex causa, ubi negotium aliquod gessit, ubi deliquit, ibi contraxisse videtur: & ibi conveniri, ibi defendi: ibi bona ejus possideri, & distrahi possunt. Quæ est sententia d. l. 20. Theod. Imperator in Nov. 2. de amota mil. fori præsc. Leges, ait, specialiter fori præscriptionibus, & contractus & negotia gesta, & delicta subtrahere, nec pati aliquem, qui quid in qualibet provincia criminosè commiserit, vel qui alicubi contraxit, vel qui in quodam loco negotia gesserit aliena, iis, se posse præscriptionibus defendere. Denique domum revocare non posse. Il ne peut demander son renouoy. Quod confirmat l. 2. §. omnes, & l. 19. §. 1. & seq. de judic. & l. 4. §. ult. de edend. & l. 54. in fi. de procur. quam exposuimus superiore libro, & l. 7. §. pen. de accus. l. 1. C. ubi de crimin. agi op. Symmachus 1. epist. Facinus ubi admissum est, ibi debere expiari. Sequitur ex hoc ipso libro l. 9. de jure delib.

Ad L. IX. de Jure delib. *Filius, dum deliberat, alimenta habere debet ex hereditate.*

QUæ docet, filium, cui postulantibus creditoribus defuncti patris, à prætore præstitutum est tempus, intra quod deliberaret de amplectenda, vel omittenda hereditate paterna, interim alendum esse ex hereditate, quia scilicet pene ad bona propria venit. Aliud ergo in extraneo juris est, etiam si pupillus sit, quod male glossa negavit. Ergo quod dicitur in l. 33. in princ. de rebus auct. jud. possid. si pupillus ex contractu suo, non ex paterno scilicet, ait, ex

A contractu suo, πὸς διατρολῶν contractus paterni, si, inquam, pupillus ex contractu suo conveniatur nec defendatur, etiam si creditores bona ejus possidere cœperint, deminutionem ex ejus bonis, quæ scilicet à patre obvenerint, esse faciendam vescendi pupilli causa, quoad pubuerit, dilata scilicet, ut heri exposui, venditione bonorum in tempus pubertatis: id, inquam, de pupillo herede patris accipiendum est, non de impubere extraneo: nam & hoc pupilli nomen innuit: dicitur enim pupillus, non quilibet impubes, sed impubes patre orbatus, aut familia patris. Et huic sententiæ l. 33. omnino simile est, quod ex sententiis Pauli extat in l. ult. de reb. auct. jud. poss. sed depravatum. Vox enim minoribus in ea importuna est, & ut opinor, depravata ex voce bonorum. Proinde restituendam esse sententiam Pauli in hunc modum: *Pupillus si non defendatur in possessione bonorum creditoribus constitutis ex iis, bonis scilicet, ei usque ad pubertatem alimenta præstanda sunt.* Et de pupillo etiam l. 4. quib. ex causis in poss. eat.

Ad L. IV. Quib. ex caus. in poss. eat. *Sed & is, qui miscuit se, contrahere videtur.*

QUæ docet, pupillum, qui miscuit se bonis paternis, contraxisse videri cum creditoribus paternis, & quasi ex suo contractu conveniri: & si non defendatur, bona ejus possideri posse, non etiam distrahi ante pubertatem. Rectissime: Nam & hic extraneus, qui adiit hereditatem, cum creditoribus hereditariis contraxisse videtur, l. 8. de acquir. hered. quive petiit bonorum possessionem secundum tabulas, l. pen. in fi. de separat. Aditio, propter hereditatem, agnitio bonorum possessionis, immixtio, quasi contractus est, quia æri alieno obligat. Ergo hac in causa, ut scilicet bona possideri, & ubi id res exigit, & personæ conditio patitur, venundari possunt, aditio, vel immixtio pro contractu habetur, secundum generalem definitionem, l. 20. de judic. ad quem etiam hæc addenda sunt. Transeo ad l. 6. de rebus auct. judic. possid. quæ etiam de pupillo est ex hoc libro.

Ad L. VI. de reb. auct. jud. poss. *Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, prætor bona defuncti venire permittit; ut quod superaverit pupillo restituatur.*

Ad §. Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est: utique si bona fide gessit.

Ad §. Quod ergo, si quibusdam creditoribus solvis, deinde bona venierint? Si queratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum, Julianus ait: Ne alterius, aut negligentia, aut cupiditas, huic, qui diligens fuit, nocent. Quod si utroque instante, tibi gratificatus, tutor solvit: æquum esse, aut prius eandem portionem mihi queri, aut communicandum quod accepisti. Et hoc Julianus ait. Apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. Quid ergo, si aliunde pupillus solverit? reddi ei debet necne? & utrum à creditore, an ex hereditate? Scævola noster ait, si aliquid sit in bonis: deducendum ex hereditate solidum, exemplo ejus, qui gessit negotia. Sed si nihil sit in bonis: non esse iniquam, aversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti solvi.

SI pupillo non expediat immiscere se bonis parentis, in cujus potestate fuerit, atque adeo, cui suus heres existit, si ei non expediat retinere hereditatem parentis, quæ ei quasi suo heredi ipso jure defertur, propter onera hereditaria, onera æris alieni scilicet à defuncto parente contracti, hoc casu, ex prætoris edicto, ut proponitur initio hujus legis 6. defuncti bona à creditoribus hereditariis non tantum possideri, sed etiam vendi possunt, ea tamen lege, & conditione, ut impletis, & absolutis creditoribus, si quid super sit ex bonis defuncti, id pupillo servetur, & restituatur, ut fit in specie l. si pupillus, ad Trebell. Si pupillus immiscuisset se bonis ante pubertatem, non permetteret prætor venditionem bonorum, sed ubi se non miscuit bonis, eam permittit statim. Recte autem ait, *hereditatem retinere, aut non retinere suum heredem*, ut prætor in edicto, l. 7. de jur. delib. qui sui heredes non adire hereditatem, sed retine-

vinere dicuntur, *l. si patronus, §. ult. de bonis libert.* quia vivo A parente quodammodo eorum bonorum domini sunt, *l. in suis, de liber. & postum.* Sequitur §. 1.

AD §. Si pupillus. Si pupillus, cum patri heres extitisset, postea abstinerit se bonis paternis, heres extitit ipso jure invitus, & ignorans, sed si postquam heres extitit patri, abstinerit se beneficio prætoris bonis paternis, & bona paterna à creditoribus possideantur, non posse creditores, nec si bona venundederint, aut emptores bonorum, non posse infirmare, quæ pupillus recte, & bona fide gessit, antequam se abstineret. Itaque si tutore auctore rem mobilem vendiderit, ratam habendam esse venditionem, *l. quotiens, de acquir. hered.* Et consequenter si ex fideicommissio, servum hereditarium manumiserit tutore auctore, ut *l. ex causa, de fid. libert.* vel si quibusdam creditoribus hereditariis solverit, id ratum habendum esse, cæteris creditoribus denegata soluti repetitione. Julianus (ut hic refertur, & ex hoc loco adjiciendum est in *d. l. quotiens*, quæ Juliani est) Julianus, inquam, id non temere, sed ex causa statuendum esse ait, ne scilicet cæteris creditoribus recte soluti repetitio detur, hac ratione, ne alterius creditoris negligentia in non exigendo debito, aut cupiditas repetentis ea, quæ alii recte soluta sunt, ei, cui recte sunt soluta, id est, ei, qui diligens fuit, qui sibi vigilavit, ut suum maturius reciperet, *noceat: qui locus, diligentia duo extrema facit, negligentiam, & cupiditatem.* Hoc, inquam, casu à creditore, qui suum maturius recepit, cæteri, quod recepit, repetere non possunt; solutio ei à pupillo recte facta rata habenda est. At si cum duo essent creditores paterni, uterque fuerit diligens in appellando pupillo, uterque pupillum appellaverit, & insteterit, ut sibi debitum solveretur, & tutor forte cum pupillus solidum singulisolvere non posset, uni gratificatus solidum solverit ex bonis paternis, alterum ex residuis bonis paternis, solidum solvi non possit, & res ita gesta sit, itaque processerit, antequam tutor pupillum abstineret, idem Julianus ait, priusquam bona veniant, aut alteri creditori tantum dandum esse, quantum tutor dedit ei, cui gratificatus est, aut, quod ei dedit, alteri communicandum esse, ita scilicet, ut utriusque portio exæquetur. Quoniam & æqua fuit utriusque diligentia, ut fit etiam inter socios, *l. verum, §. si cum tres, pro socio.* Et hoc, ut dixi, quoties par fuit utriusque diligentia creditoris, par instantia, & cum ex paternis bonis solutum est. Quod si pupillus aliunde solverit, non ex paternis bonis, deinde abstinerit se hereditate paterna, id quod solvit deducendum est ex hereditate patris quasi æs alienum, sicut & si quis alius solvisset de suo creditoribus amici sui vita defuncti animum gerendi negotii, & conservandæ famæ defuncti, id proculdubio bonis deducetur, quasi æs alienum, *l. 3. §. hæc verba, de neg. gest. l. 1. de vel. & sumpt.* At si hereditas patris non sit idonea, si perexigua sit, si nihil sit in bonis patris, tunc æquum est pupillo, qui de suo solvit, subveniri adversus creditorem, cui solvit de suo, per conditionem indebiti, quia ex post facto secuta abstentione pupilli, apparuit id ei pupillum non debuisse. Et hæc est sententia *l. 6. in qua* notandum est novum loquendi genus, *non esse iniquum adversus creditorem dandam esse repetitionem, quasi indebiti soluti: non esse iniquum, dandam repetitionem, quomodo Thucydides sæpe. Relat ex hoc lib. l. 77. de V. O.*

Ad L. LXXVII. de Verb. oblig. *Ad diem sub pœna pecunia promissa, & ante diem mortuo promissore, committetur pœna, licet non sit hereditas ejus adita.*

LEx 77. de verb. oblig. ait, pecunia promissa ad diem sub pœna, si ea die non solveretur, mortuo promissore ante diem, pœnam committi, & deberi, etiam si nullus defuncto heres existat, qui interpellari possit, nimirum quia nec necessaria interpellatio est, die satis interpellante, *l. trajectitia, de oblig. & act. l. ult. de nau. scen.* Itaque in vendendis bonis, quæ utique à creditoribus, si qui sunt, vendenda sunt, quia debitori heres non extat, stipulator non sortem tantum, sed, & pœnam, quæ ex die commissa est, cæteris creditoribus re-

Tom. II. Post.

putabit pro rata. Et ita hæc *l. 77.* ad hunc tractatum est accommodanda



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LIX. PAULI AD EDICTUM.
RECITATIONES SOLEMNES.

IN hoc etiam Libro, cujus partem hodie explicabo, Paulus persequitur institutam quæstionem jam antea lib. 57. de bonis auctoritate judicis possidendis, seu vendendis. Ac primum quidem in *l. 19. de acquir. hered.*

Ad L. XIX. de Acquir. hered. *Qui hereditatem, vel bonorum possessionem petere volet: certus esse debet, defunctum esse testatorem.*

Respiciens ad hæc edicti verba, cui heres non extabit, quæ libro 57. jam diximus porrigi etiam ad bonorum possessionem, ac si prætor dixisset, *cui heres, aut bonorum possessor nec extabit, ex l. 70. de hered. acquir. & l. 4. de reb. auct. jud. poss. & l. 1. §. ult. de muner. & bonor.* Respiciens, inquam, ad ea edicti verba, docet in *d. l. 19.* heredem, aut bonorum possessorem neminem existere posse adita hereditate, petita bonorum possessione ex testamento, nisi certus fuerit defunctum esse testatorem, quia scilicet nec viventis, nec ejus, cujus mors incerta est, dici potest hereditas, *l. 1. de hered. vend.* Arnob. in Psalm. 118. *Non dicitur, inquit, hereditas, nisi mortuus fuerit qui heredem instituit.* Liquido autem certus esse debet heres, aut bonorum possessor de morte testatoris: liquido, non per nuntium, qui plerumque falsus testis est, ut inter sententias Pauli meminimus legere de matris morte filios certos esse debere, non nuntio accepto, sed liquido comperta morte ejus. Ab hac pusilla sententia Pauli, sive *leg. 19. de acquir. hered.* transeamus ad *leg. 10. de reb. auct. jud. poss.* quæ etiam ipsa pusilla est.

Ad L. X. de Reb. auct. jud. poss. *Nisi quatenus ad eam pervenit.*

SI creditor, qui in possessionem bonorum debitoris missus est rei servandæ causa, dolo malo deteriorem possessionem fecerit, deteriores agros, eo nomine debitori tenetur actione in factum ex edicto, quod proponitur initio legis 9. *sup. hoc tit. de reb. auct. jud.* quæ tamen actio exemplo actionis de dolo, finitur anno utili etiam hodie (Qua tamen comparatione hodie non utimur) Recte, actione de dolo scilicet cum hac actione in factum, quamvis & hæc actio ex dolo detur creditori, quia hodie actio de dolo finitur biennio continuo ex constitutione Constantini, non anno utili, qui plerumque producebatur ultra biennium. Ac similiter hodie non dicam hanc actionem in factum finiri biennio continuo: major enim est ratio coarctandæ actionis de dolo, quæ est famosa, quam hujus actionis, quæ famosa non est. Idcirco dixi, hanc actionem etiam hodie post Constantinum finiri anno utili, ac præterea in heredes, cæterosque successores non dari, quia ex delicto nascitur, ex damno possessioni dato, & ut eleganter ait (quod maxime notandum) *l. 9. §. ult. sup. Hæc actio in factum pœnæ nomine concipitur.* Heredes autem in pœnam non succedunt, *l. pen. de nov. oper. nunt. l. quod diximus, §. ult. de eo, quod metus causa.* Hæc, inquam, actio in factum, quæ datur in creditorem missum in possessionem, qui dolo malo deteriorem fecit possessionis causam, non est pœnalis, sed pœnæ nomine concipitur. Sed quia factum creditoris punit, ut de alia actione in factum huic non absimili ait *l. 9. quod fals. tut. auct.* Actor tamen præter rem nihil consequitur, præter id quod interest: scilicet exitus judicii est reciperatio ejus quod interest, in rem tamen concipitur pœnæ nomine, in hoc scilicet, ut factum

C c c ejus

ejus puniatur : actor, inquam, nihil præter rem consequitur. Itaque & rei actio persecutionem habet, sit ait lex, quæ sequitur l. 11. rei persecutionem continet. Quod dici etiam potest de actione de dolo, ex delicto eam oriri, & ex damno dato : dolus, qui neminem lædit, non plectitur actione de dolo, sed dolus, ex quo damnum contingit actori, actionem, inquam, de dolo oriri ex delicto, ex damno dato, & pertinere quidem ad rei persecutionem, sed pœnæ nomine concipi, ut puniatur factum varii, & perfidi hominis. Idem dici non potest de conditione furtiva, & de conditione rerum amotarum, neque enim pœnæ nomine concipitur, puta in hoc, ut puniatur factum rei, sed in hoc tantum, ut actor rem suam recipiat, & ideo anno non finitur, sed perpetua est actio, l. 21. §. hæc actio, ver. amot. In heredes autem non datur, nisi quatenus ad eos pervenit, l. 3. C. ver. amot. l. 9. in fi. cum l. seq. de tut. & rat. dist. Actio de dolo pœnæ nomine concipitur, non tamen ex ea actor pœnam consequitur, sed rem consequitur tantum, vel ut Glosæ loquuntur, actio de dolo pœnalis est ex parte rei, non ex parte actoris, & ideo finitur anno. Pœnales actiones, quæ pœnæ nomine concipiuntur, brevitate temporis constringuntur. Cujusmodi est illa actio in factum, de qua in l. 9. quod fals. tut. auct. & actio in factum de alien. jud. mut. caus. quæ etiam anno finitur, l. 7. de alien. jud. & l. 14. & 16. de aq. & aq. plur. Item ejusmodi est actio in factum ex hoc edicto de possidendis bonis : nullæ vero ex his omnibus actionibus, quarum ante mentionem feci, in heredes dantur, nisi si quid ad eos ex dolo defuncti pervenerit. Quod & de hac actione ex hoc Pauli libro notatur in l. 10. de reb. auct. jud. Et rursus ex iis actionibus, quæ alias in eum, qui dolum admisit, sunt annuæ actiones, de eo quod ad heredes pervenit, in eos sunt perpetuæ : & quæ famosa est in eum, qui dolum admisit, ut actio de dolo, quæ sola ex superioribus famosa est, & turpis, in heredes non est famosa, quibus cum agitur de eo, quod ad eos pervenit, l. 21. in fine, & l. 30. de dolo. Actiones superiores, quæ omnes sunt in factum, etiam si ex dolo dentur, tamen non sunt famosæ, quia non personam notant, sed factum, sive rem gestam tantum demonstrent, rem, non hominem notant, ut M. Tull. dixit pro Mil. de Senatusconsulto, quo Senatus judicavit, cædem, qua Publ. Clodius occisus erat, contra Rempub. factam videri, & placere Senatui, ut ea de re quæreretur, ait, *Senatum rem notare, non personam*: quod necdum esset certum quis Clodium occidisset. Eodemque modo Lampridius in Alex. Severo, *Si quid minus bene factum erat, id, inquit, Severus convincebat, & reprehendebat in factum, inquit, & sine amaritudine pectoris*, notans factum scilicet, non personam, quæ fecisset. Quo modo quæcumque concipiuntur actiones, quæ componuntur in factum, & appellantur in factum, rem notant, non personam. Et ideo nullæ ex eis famosæ sunt, l. non debet, in fi. de dolo, l. 1. C. de jure dot.

Ad L. XII. eod. Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti: queritur, utrum solus is, qui petit, possidere potest: an cum unus petit, & prætor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? & commodius dicitur, cum prætor permisit, non tam personæ solius petentis, quam creditoribus, & in rem permissum videri, quod & Labeo putat. Nec videtur libera persona acquirere alii, quia nec sibi quicquam acquirit, cui prætor permittit: sed aliquid ex ordine facit. Et ideo cæteris quoque prodest. Plane si is postulaverit, qui creditor non est: minime dicendum est, vel eum, qui creditor est, possidere posse: quia nihil egit talis postulatio. Aliter atque si creditor, cui permissum est possidere, postea recepit debitum suum: cæteri enim poterunt peragere bonorum venditionem.

Ad §. Is, qui possidere jubetur, eo loco jussus videtur, cuius cura ad jubentem pertinet.

Ad §. Si propter naturam rei, veluti si prædium inundatum sit, aut propter latronum potentiam, non potest possideri: recte dicitur non esse quod possideatur.

Et etiam in eodem titulo de reb. auct. jud. possid. l. 12. in qua queritur, si unus ex creditoribus postulaverit à

prætoris rei servandæ causa, se mitti in possessionem bonorum debitoris, forte latitantis, & indefensi, aut non recte defensi, & ei soli prætor permisit possessionem, ei soli, cum & ipse solus postulaverit, cæteri creditores cessarint, an decretum prætoris cæteris creditoribus proficiat, qui idem non postulaverint? Quæ vetus est quæstio, definita distinctius certis præscriptis temporibus, intra quæ cæteri creditores venirent, à Justiniano in l. ult. C. eod. tit. Et ex Labeone refert hoc loco Paulus, atque definit, prætoris permittentem possessionem rei servandæ causa uni ex creditoribus, qui eam sibi permitti desiderat, non tam personæ petentis, quam aliis creditoribus, & in rem sive generaliter eam permittere. Qua de causa & Græci interpretes vocant τὴν καθόλου νομίω τῶν δανιστῶν. Itaque, vel unus creditoribus, qui missus est in possessionem rei servandæ causa, non sibi tantum, sed omnibus possidere, l. 5. §. si plures ut in poss. leg. Aliter quam si unus ex legatariis missus sit in possessionem legatorum servandorum causa, ut ibidem ostenditur, vel unus ex pluribus vicinis ex damni infecti causa, quoniam his casibus is, qui missus est, sibi possidet tantum, non omnibus, nam & dispar est possessionis causa. Legatarius, aut vicinus possidet cautionis vice, & ideo vicaria possessio dicitur, quia ei non cavetur legatorum nomine, vel damni infecti. At creditor non possidet cautionis vice, sed pignoris, sive crediti servandi causa, quod pignus, cum occupet omnia bona debitoris, æquum est, ut posteaquam constitutum est semel permissu prætoris, proficiat etiam cæteris omnibus creditoribus missio in possessionem, quæ fit rei servandæ causa, constituit prætorium pignus, & ut ait hoc loco: *constituit in rem, non in personam petentis*, ut in l. 9. §. animadvertendum, quod met. caus. dicitur, prætoris in edicto, quod metus causa, loqui generaliter, & in rem, non notata persona ejus, qui metum intulit. Neque vero quemquam eo moveri debere, ait Paulus hoc loco: *quod libera persona alii acquirere non possit*, quia & is, cui prætor permittit possessionem bonorum debitoris, nihil sibi acquirit, sed aliquid ex ordine facit, inquit, id est, exequitur solemnem juris ordinem, quo res servetur creditoribus. Et Paulus subjicit, si is postulaverit se mitti in possessionem bonorum debitoris, qui creditor non est, nullam postulationem esse, falsam postulationem esse, ergo nullam, quia & falsum debitum est; ac proinde nullum decretum prætoris esse, & ideo impune eum prohiberi, ne ingrediatur possessionem, ac nec ei, nec veris creditoribus eam rem quicquam proficere, quod confirmat l. 1. §. hæc verba, ne vis fiat ei, qui in poss. miss. Postulatio igitur veri creditoris dumtaxat proficit cæteris creditoribus nihil agentibus, etiam si is, qui mitti postulavit, postea recepit debitum suum. Et ideo eo absoluto, & adimpleto, qui missus est solus, cæteri possunt peragere venditionem bonorum, quasi & ipsi missi sint: poterunt, inquit, peragere venditionem bonorum, & ut M. Tull. ait pro Quintio: poterunt transigere susceptum negotium. Primum enim quæro, inquit, qua ratione Mævius susceptum negotium non transegeris, id est, cur bona, quæ ex edicto possidebas, non vendideris: cur ex tot creditoribus aliis ad istam auctionem nemo accesserit? Hæc Tull. Patebat enim omnibus aditus, semel uni ex creditoribus hujusmodi aperta via veniendi ad bona venditoris. Sunt etiam alii effectus sententiæ hujus legis, nempe, quæ talis est breviter: *Possessionem unius, possessionem omnium esse*. Effectus hic est, ut non sit potior is: qui prior missus est in possessionem, in prætorio pignore, qui prior est tempore, non est potior jure, sed æqualis est omnium creditorum causa, nec ullus inter eos ordo servatur, sicut nec inter eos, qui ex causa damni infecti, vel legatorum nomine missi sunt in possessionem, l. 15. §. si plures, de dam. infec. l. 5. §. qui prior, ut in poss. leg. & alia est causa pignoris conventionalis, aut pignoris capti in causam judicati extra ordinem ab executore rei judicatæ, quia hoc pignus, & illud, quod ex conventionem venit, in personam constituitur, l. 5. & jure, qui pot. in pign. hab. Pignus prætorium constituitur in rem: in hoc, qui prior est, non est potior, & in posteriore: in conventionali, & in pignore capto in causam judicati est potior, qui prior est. Itemque si duo sint, qui idem pignus obtu-

obtinuerit diverso jure, exempli gratia, unus, tanquam pignus prætorium, id est, tanquam missus in possessionem rei servandæ causa, alter vero ex conventionem, vel capione pignoris, facta in causam judicati, potior est etiam prioris causa hoc casu, l. 2. *C. qui pot. in pignor. l. 3. C. ut in poss. legat.* At qua de re agimus, ex creditoribus nullo sibi vindicante proprium aliquid jus pignoris, par ratio habetur omnium in contrahendo prætorio pignore, id est, in missionem in possessionem, si modo & adversus omnes latitet debitor, possit adversus quosdam latitare, adversus quosdam non latitare: & proculdubio ii, adversus quos non latitat, non sunt in ea causa, ut bona debitoris possidere possint. Et ita explicandum quod est in l. 7. *§. denique eum quoque, sup. tit. prox.* Est etiam superioris sententiæ alius effectus, quia ubi uni ex creditoribus permessa possessio est bonorum debitoris, quæ utique, ut dixi, & permessa omnibus intelligitur, si quis eorum prohibeatur in possessionem venire, in eum, qui prohibuit, habet actionem in factum, quanti sua interest. Qua de re hoc ipso libro Paulus scribens, adjicit in l. 2. *ne vis fiat ei, qui in possess.* nihil referre, utrum suo nomine quis prohibeatur ire in possessionem, an alieno, id est, nihil referre dominus prohibeatur, an procurator ejus, quem dominus miserat, ut in possessionem iret, quia, ut ait, semper æstimatur quanti domini interfit, & domino quæritur actio in factum, facta potius delinquentis, id est, prohibentis, quam procuratoris, l. 3. *in princ. quod vi, aut clam.* Et ita etiam ex diverso nihil referre, dominus prohibeat, an alius nomine domini. Quo casu tamen ipse, qui prohibuit, si mandatum domini non habuerit, tenetur actione in factum, non dominus, sed si mandatum habuerit, etiam dominus, ut l. 18. *§. si mandatum, de damn. infec.* Quod & in l. 1. *§. 1. ne vis fiat ei,* recte est expressum his verbis: *Sive dominus, sive alter prohibuerit.* Sic vulgo, perperam Florentiæ, *Sive doli, sive aliter prohibuerit,* nullo sensu, quamvis & Basilica sensu aliquo, *sive dolo, sive aliter prohibuerit.* An si aliter quam dolo prohibuerit, actioni in factum locus est? Quod est dicendum, si ita legamus, *sive dolo, sive aliter prohibuerit.* Et alienum à vero tamen est. Omnino enim exigitur, ut dolo malo prohibuerit, *§. si quis ideo, ead. l. Redeamus ad l. 12. Sequitur in §. pen.*

Ad §. penult. Judicem, qui possidere jubet rei servandæ causa, eo tantum locum jubere, aut permittere possidere, cujus cura ad eum pertinet. Quibus verbis significatur jurisdictionis, alioqui inutilis esset missio, & missus in possessionem impune prohiberetur, quia & extra territorium jus dicenti impune non pareretur, l. ult. *de jurisd. Cujus cura, inquit, ad jubentem pertinet,* puta ad præsidem provinciæ, ut in l. pen. *ad munic. præsidem, sub cujus cura est civitas:* uno verbo, competens, & congruus esse debet iudex, qui bona possideri, aut distrahi jubet, l. 5. *§. l. pen. C. eod. tit.* Ita autem jubet, si quid sit in bonis debitoris, quod possideri possit: an & idem jubet, si nihil sit quod possideatur, vel sit quidem, sed non in potestate nostra propter inundationem fluminis, aut vim, & impressionem latronum, quæ sunt exempla *§. ult. b. l.* An & hoc casu idem non frustra jubetur? sic videtur. Neque enim omnino inutilis missio est, quia aqua recedere, & latrones discedere possunt, atque ita missio ad effectum perducitur, vel etiam debitori alia bona obvenire possunt, quo pertinet l. 13. quæ sequitur, & exponitur prox. recitat. l. 14. *eod.*

Ad L. XIV. de Reb. auct. jud. possid. Creditore in possessionem rerum debitoris missio, curator constitui debet, si quædam actiones periturae sunt.

Ad §. Datur in creditorem actio, qui in possessionem missus est de eo, quod ex bonis debitoris ad eum pervenit: si nondum sit aliquid consecutus, actiones suas præstabit: datur autem in factum actio adversus eum, & omne quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum à creditore.

Hujus legis duæ sunt faciendæ partes. In priori parte docet Paulus, creditore missio in possessionem bonorum debitoris absentis, & indefensi, curatorem bonis, con-

Astituendum esse, vel creditorem ipsum scilicet, qui missus est in possessionem, vel alium creditorem, vel etiam extraneum, puta, si quædam sint in bonis debitoris actiones, quæ tempore, vel morte reorum periturae sint, ut curator eas litem contestando perpetuet, & redigat in tutum, ut idem Paulus loquitur in *l. ordin. de liber. caus.* ut provideat curator, ne debitores tempore liberentur, in quo sunt temporariæ dumtaxat, non perpetuæ actiones, & ut usucapiones rerum debitoris interpellentur, l. 1. *§. æque person. de mun. & bon.* Hinc observa, curatorem etiam bonis constitui, creditoribus missis in possessionem, etiam si bona sint sub creditoribus. Quod & liquido probat l. 23. *§. item si conditioni, de hered. instit. & l. 8. sup. s. prox.* Et, ut dixi, hujus curatoris officium est, ut interpellat, & interrumpat usucapionem, & ut ne actiones pereant, procuret, provideat, itemque ut excipiat actiones, ut bona custodiat, ut grande æs alienum dissolvat, puta quod crescit in dies, l. 1. *§. 2. de curat. bon. dand.* At in peragenda bonorum venditione duplex ratio servatur, vel enim ea peragitur per ipsos creditores, qui sunt in possessione, vel quod in æquo est, per magistrum ab eis constitutum, de quo Theoph. in *tit. de succ. sub. quæ fiebant per bon. vend.* Et hæc quidem ratio vendendi bona debitoris debitori inurebat infamiam, ut multis verbis M. Tullii Quintiana docet, quia debitor pro decoctore habebatur, cui magister datus erat, cujus bona sub hasta creditoribus venum expositis, cujus bona palam libellis propositis in celeberrimis locis civitatis venum exposita essent. Distrahebatur simul patrimonium famaque debitoris, ac plane inter infames connumerabatur. Alia est ratio distrahendorum bonorum honestior, videlicet per curatorem bonis datum à prætore, quod utique ex Senatusconsulto fit, si debitores sint viri clarissimi, si magna dignitate præditi: horum enim bona, ne lædatur illorum existimatio, quum premuntur ære alieno, venduntur per curatorem à prætore bonis datum. Sed & eodem Senatusconsulto, si creditores adducti humanitate quadam in hoc semel ultro consenserint, ut bona debitoris venirent per curatorem bonis datum, non possunt mutare sententiam, & bona per se distrahere constituto magistro, quæ omnia ostenduntur in l. 5. *§. 9. de cur. sur. dand.* Denique quod paulo infra explicabitur, notantur ii infamia, quorum bona creditores distrahant, non etiam ii, quorum bona curator bonis à prætore datus distrahit, divendit. Posterior pars hujus legis, est de actione in factum ex edicto, quod proponitur initio l. 9. *hujus tit.* qua tenetur creditor missus in possessionem, ut restituat id, quod ex bonis debitoris ad eum pervenit, dum in possessione fuit, puta ut restituat fructus perceptos, vel quod ex venditione fructuum, aut locatione redegit. Qua in re diligentia creditoris missi in possessionem maxime desideratur, ne fiat deterior possessionis causa, quod multis verbis demonstratur in l. 8. *inf. hoc tit.* Item ut restituat pœnam, quam ob rem debitam ex compromisso, vel alio casu occasione rerum debitoris consequutus est. Fac creditorem cum conductore fructuum, de controversia aliqua compromississe, & conductore non stante sententia arbitri ad diem, ex compromisso pœnam exegisse. Vel fac, venditis fructibus, creditorem ex conventionem tardius soluti pretii pœnam exegisse, hac actione tenetur, ut id omne restituat, quod interim, dum erat in possessione cepit quacumque ratione ex re debitoris, aut per occasionem rerum debitoris. Cui vero tenetur id restituere? nempe debitori, si contigerit, ut bona ejus non vencent, id est, si satisfecerit creditoribus, vel si in ea sint causa bona, ut venire debeant, in id omne tenetur dato curatori distrahendis bonis, qui id pro portione, *πεὸς ἀναλογίας* debiti creditoribus distribuat, vel ut subicit, si creditor nihil consequutus sit, ab emptore fructuum, vel conductore, sive, vel à fidejussore ejus, hac actione in factum tenetur, ut actiones, quas ad id consequendum habet, cedat debitori, vel curatori. Quas, inquam, habet adversus emptorem, vel conductorem fructuum, vel adversus fidejussores eorum, si ab eis satis acceperit. Et generaliter in hanc actionem venire Paulus ait, omne id, quod veniret in actionem negotiorum gestorum, si posset ea agi adversus creditorem, qua tamen ideo agi non potest, quia

¹¹on alienum negotium gessit. Actio negotiorum gestorum. Et de gestis negotiis alienis, non propriis, aut communibus: at hic creditor non alienum negotium gessit, sed commune sibi cum aliis creditoribus, ut suum negotium: quandoquidem sibi, & cæteris creditoribus possideat, l. 5. §. si plures, ut in poss. leg. l. 9. §. generaliter, & §. præstat, hoc tit. Agi igitur cum creditore non potest actione negotiorum gestorum, sed agitur actione in factum, ut dixi ex hoc edicto, de gesto communiter. Et hæc est sententia l. 14.

Ad L. LVII. de Verb. signif. Cui præcipua cura rerum incumbit; & qui magis quam cæteri diligentiam, & sollicitudinem rebus, quibus præsumunt, debent, hi magistri appellantur. Quin etiam ipsi magistratus per derivationem à magistris cognominantur. Unde etiam cujuslibet disciplina præceptores, magistros appellari à monendo, vel monstrando.

Ad §. Persequi videtur & qui satis accepit.

Repetendum illud est, & latius etiam explicandum, quod jam initio attigimus, per curatorem quidem à prætore datum bonis, bona debitoris honeste distrahi, salva existimatione debitoris, sed non etiam per magistrum. Hic enim, ut Tullius ait in Quintiana, Magister debitori fiebat, & dominus constituebatur, & qua lege, quaque conditione debitor periret. i. bona ejus distraherentur, pronuntiabat, nempe quasi dominus legem dabat venditioni bonorum, quod & suprascripto loco Theophil. exposuit. Quamobrem debitor, cui magister constituebatur, notabatur infamia, & ex ea re actio judicati dicitur famosa, l. 7. de solut. Quia executio ejus actionis plerumque famosa est, & fit per magistrum bonis distractis à creditoribus. Unde & Javolenus in l. primo gradu, quæ in fraudem cred. famam defuncti conservare heredem, qui decidit cum creditoribus hereditariis, cum creditoribus defuncti, ne accedant ad venditionem bonorum, atque ita hereditatem adit. Plinius 2. Epistol. Eum, qui adit hereditatem, famam defuncti, pudoremque suscipere. Et simili ratione l. 28. de reb. auct. jud. filii heredis instituti heredem parcere prætorem, qui ei permittit, ut abstineat se hereditate paterna, quia ita fit, ut bona à creditoribus paternis veneant nomine defuncti, non filii nomine. Idque est multo humanius, ut defuncti potius, quam viventis existimatio fugilletur. Eodemque modo l. 3. C. Theod. de inoff. test. servum necessarium heredem à domino institutum, qui solvendo non est, non magis patrimonium, quam infamiam consequi. Eleganter, quia scilicet nomine ejus magistrum fient, & bona proscribentur, & distraherentur, cum sit necessarius heres, non nomine defuncti. Et sic defunctus nulla injuria afficeretur, ut ait §. 1. Instit. quibus ex caus. man. bonorum proscriptionis inuritur infamiam, suffunditque sanguinem, ut Tertullian. ait in Apolog. quod & Apollol. Can. 40. vocat δυσφημίαν, ut quidam loquuti sunt, diffamiam, si episcopi bona à creditoribus distraherentur. At cum edictum de bonis debitoris possidendis, & venundis, esset etiam de magistris faciendis in eam rem, ideo & ex hoc libro, qui fuit de edicto illo prætoris, habuimus definitum magistrum nomen in hac lege §. 7. de verb. sig. quod plus possit, quam cæteri in ea re, quam tractat, cuive præest. Unde & magistratus, ut ait, quod potentiores sunt privatis, & per derivationem, inquit, quod ita intelligo, nempe quia magistratus à magistro, ut ab albo albus, id est, quia magistratus scilicet, minor est, quam magister populi, id est, dictator, vel magister militum, sive equitum, Varrone auctore. Hoc igitur per derivationem, est per eam speciem derivationis, quæ diminutio ὑποκοσµός dicitur, non ut Græci volunt per metaphoram. Additur infra in fine hujus legis, persequi videtur & qui satis accepit. Quod etiam male interpretantur. Hæc verba refero ad id, quod habuimus in l. 14. de reb. auct. judic. creditorem missum in possessionem, qui nihil est consequutus ex bonis debitoris, actiones, si quas nactus sit, tantum debere præstare, cedere curator, aut debitori, curator bonorum, ut puta, si ab emptore, aut conductore fructuum satis acceperit, quia & hic persequi, & consequi videtur, quod satis accepit: persequi pro consequi, ut in §. quum in suo, Instit. de rer.

divis. Veteres membranae omnes habent, si non fuerit duplicum jam persequutus, id est, consequutus, ut in §. de iis, per quas personas cuique acquir. Quod extra eas causas consequuti sunt. Veteres omnes, quod non temere mutandum, persequuti sunt: & aperte in omnibus libris, §. sunt præterea, de actionib. Sunt præterea, inquit, quaedam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, id est, ut & Theophil. interpretatur, λαμβανόμεν, & paulo infra, id est, & consequimur. Idem ergo est persequi, & consequi: sed & vice mutata consequi sæpe est iudicio persequi, ut in l. filium, ad legem Juliam de adult. vel adsequi, ut in oratione pro Cæcinnia: Injuriarum actio, inquit, jus possessionis non adsequitur, id est, persequitur, non est de possessione, sed de imminuto honore.

B Ad L. LIII. eod. Sæpe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur, & disjuncta pro conjunctis, interdum soluta pro separatis: Nam cum dicitur apud veteres: agnatorum, gentiliumque, pro separatione accipitur. At cum dicitur, super pecuniæ tutelæve suæ, tutor separatim sine pecunia dari non potest. Et cum dicimus: Quod dedi, aut donavi: utraque continemus. Cum vero dicimus, eum dare facere oportet: quod vis eorum sufficit probare. Cum vero dicit prætor, si donum, munus, operas redemerit: si omnia imposita sunt, certum est, omnia redimenda esse: ex re ergo pro conjunctis habentur, si quaedam imposita sunt, cætera non desiderabuntur.

Ad §. Item dubitatum, illa verba, ope consilio, quemadmodum accipienda sunt: sententiæ conjungentium, aut separantium. Sed verius est quod & Labeo ait, separatim accipiendas: quia aliud factum est ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio factum facit. Sic enim alii condici potest: alii non potest. Et sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit: nec consilium habuisse noceat, nisi & factum secutum fuerit.

EX hoc libro est lex 53. hoc tit. quæ respicit, ut opinor, ad edictum de curatore bonorum constituendo, quo per curatorem bonorum acta, facta, gesta rata habentur, l. 2. de curat. bon. dando, ubi sunt eadem verba: ibi oratio soluta, acta, facta, gesta, quæ Græcis dicitur διαδορον, & ἀσύνδερον pro disjuncta, sive separata accipitur, ac si dixisset acta, aut facta, aut gesta: inter quæ quæ sit differentia, etiam respiciens ad hanc quæstionem docet Paulus in l. 58. Id vero non esse mirum, aut novum, ut oratio soluta accipiatur pro disjuncta, Paulus notavit, cum & conjuncta nonnunquam accipiatur pro disjuncta in jure nostro, quod plus est: & contra disjuncta pro conjuncta, ut in l. 22. tabul. hæc verba, Agnatorum, gentiliumque, de curatore furiosi, vel de hereditate intestati, pro disjunctione accipiuntur. Nam gentiles simul non vocantur cum agnatis, sed post agnatos: Et ut quæ inter eos intercedat differentia, facile demonstratur, agnati sunt ex eadem familia, eadem stirpe, eodem nomine: gentiles sunt tantum nomine eodem, ut gentilis M. Tullii. quod & ipse jactat, est Servius Tullius Rex. Unde recte quod Plato in Timæo vocat ὁμογενεῖς, Cicero interpretatur gentiles. Gentiles igitur nihil aliud sunt, quam cognomines, ut ex 12. tabul. deficientibus agnatis, curatio furiosi deferebatur gentilibus. Deficientibus agnatis hereditas deferebatur gentilibus. Nam lex 12. tabul. non noverat cognatos, qui per foeminas conjunguntur. Ac contra in illa l. 12. tabul. uti quisque legasset super pecuniæ tutelæve suæ, Paulus tradit hoc loco disjuncta pro conjunctis accipi, quia tutor dari nisi testamento non potest, in quo si paterfamilias ex bonis suis heredem instituerit: non potest tutorem instituere, nisi heredem instituat, non potest de tutela cavere liberis suis, nisi de hereditate sua caveat aliquid, atque decernat. Ergo super pecuniæ tutelæve suæ, id est, super pecuniæ tutelæve suæ, disjunctio quidem petit alterum tantum, disjunctio altero contenta est, sed tamen non abnuat utrumque actum, dicitur ἀσύνδερον, sive falsa disjunctio. Sic & in legatis hæc verba, quæ dedi, aut donavi, conjunctim accipiuntur in l. pen. in princ. de leg. 2. His addit statim, non mirum igitur esse, si soluta oratio accipiatur pro disjuncta, ut in illo edicto de curatore bonorum

dando. Ita & formula actionum in personam, *Quod dare A*
facere oportet, soluta accipitur pro disjuncta, quoniam satis
 est, qui ita agit, *quod te mihi dare facere oportet*, si proba-
 verit vel dari sibi oportere, vel fieri tantum. Nam quod-
 vis eorum sufficit probare. Igitur oratio soluta accipitur
 pro disjuncta. Aliquando vero soluta oratio accipitur pro
 conjuncta, ut in edicto prætoris, *si donum, munus, operas*
libertus redemerit, quo significatur, si ea omnia ei imposita
 sint libertatis causa, libertum redimere debere, ut conse-
 quatur liberam testamenti factionem, *l. 4. C. de oper. libert.*
 Ex re igitur, ut Paulus ait, soluta oratio pro disjuncta, vel
 pro conjuncta accipitur. Rei, sive negotii qualitas mentem
 scribentis, aut loquentis prodit. Sane in actione, Ope, con-
 silio tuo furtum factum esse ajo, *l. si servus servum, §. si quis*
de manu, ad leg. Aquil. l. 15. §. pen. de ser. corr. quæ est actio
 in duplum, *lis, qui opem, de furt. l. ult. C. de nox. act.* soluta
 oratio pro disjuncta accipitur. Nam aliud est factum ejus,
 qui consilium dat, aliud ejus, qui opem dat furi: huic po-
 test condici res furtiva, illi, qui consilium duntaxat dedit,
 furto secuto, non potest condici res furtiva, *l. qui servo, de*
furt. l. proinde, de cond. fur.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. ult. de Reb. auct. jud. *Pupillus, si non defendatur, in*
possessione creditoribus constituitis: minoribus ex bis usque ad
pubertatem alimenta præstanda sunt.

Ad §. Ejus, qui ab hostibus captus est, bona venire non pos-
 sunt, quamdiu revertatur.

Ad L. XLVI. de Pecul. *Qui peculii administrationem concedit,*
videtur permittere generaliter, quod & specialiter permis-
surus est.

LIBER LX. Pauli ad edictum, cujus majorem
 partem hodie explicaturus sum, pertinet etiam ad
 edictum de bonis auct. jud. possid. & venund. ut
 & tres superiores. Nam & quod proponitur in
l. ult. de reb. auct. jud. ex lib. 5. sentent. ejusdem Pauli, bono-
 rum omnium venditione permessa, semper excipiendam esse
 concubinam debitoris, quamvis in ejus bonis sit, puta
 ancillam concubinam: excipiendos etiam esse debitoris li-
 beros naturales, id est, in servitute quæsitos, qui & si in
 ejus bonis sint, tamen in venditionem bonorum non veni-
 unt, nec à parente naturali separandi sunt. Id etiam, ut
 opinor, Paulus in hoc libro scripsit, idque, ut opinor, &
 vere affirmem, vincit *l. 46. de pecul.* quæ argumentum præ-
 ebet existimandi id confirmasse Paulum, adducto exemplo
 de obligatione omnium bonorum, in quam non veniunt
 concubinæ, aut liberi naturales debitoris, quia verisimile
 non est, debitorem obligatione generali comprehendere
 voluisse, quæ specialiter obligaturus non erat, *l. 6. & 8. de*
pignor. Adducto etiam alio exemplo de peculii administra-
 tione generaliter permessa filiosam, vel servo, in quam non
 venit, quod pater, vel dominus specialiter permissurus non
 erat, ut puta, non videtur ei permisisse, ut peculium intri-
 caret, ut conturbaret rationes peculiarias: *Qui generaliter,*
inquit, l. 46. de peculio, permittit administrationem peculii, ea
tantum videtur permittere, quæ specialiter permissurus erat.
 Et his exemplis allatis docuit etiam Paulus, quod est in
 sententiis, permessa generaliter venditione omnium bono-
 rum debitoris, omnibus creditoribus vocatis in tributum,
ce que l'on appelle au Palais, à la desconfiture, permissam
 non videri etiam venditionem concubinæ, aut liberorum
 naturalium: qui omnia dicit, non omnia dicit: excipien-
 da semper sunt quædam à generali sermone, ad civilem
 modum scilicet, ut ait *l. si cui simplicius, de servis.* Et ita illa
l. 46. de pecul. est accommodanda ad hunc tractatum.

Ad L. II. de Jur. dot. *Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas*
habere, propter quas nubere possunt.

Ad L. XVIII. de Reb. auct. jud. poss. *Interest enim reipubli-*
cæ, & hanc solidum consequi, ut ætate permittente nubere
possit.

Ad L. XXV. de Re judic. *Sciendum est, heredes earum perso-*
narum, non in id, quod facere possunt sed in integrum teneri.

Proposuit etiam Paulus in hoc libro privilegia, quæ
 bonis debitoris venditis quidam creditores habent,
 privilegia exigendi suum, præcipiendi, & auferendi ex ven-
 ditione bonorum ante omnes alios creditores, nimirum, ut
 ex pretio redacto ex venditione bonorum, quod eis debet-
 ur, eis solvatur in solidum, priusquam ratio habeatur cæ-
 terorum creditorum. Privilegarii enim creditores solidum
 præcipiunt, & ex residuo, quod superat, cæteris creditori-
 bus portiones dantur pro rata debiti. Ex horum numero
 est mulier, quæ dotem dedit, sive nupta, sive sponsa sit, si
 dotem repetat soluto matrimonio, vel solutis sponsalibus:
 hujus enim in exigenda dote prior, & potior est causa,
 etiam si maturius in domum sponsi, quasi uxor deducta sit, cum
 nondum iusta uxor esse posset: puta cum esset minor 12. an-
 nis. Quod ostenditur in *l. si sponsa, de jur. dot. & l. 17. §. ult.*
hoc tit. Ubi & ratio hujus privilegii dotis statim subjicitur
 in *l. 18. de reb. auct. jud.* ex hoc libro Pauli: Quia, inquit,
 interest reipub. & hanc puellam, quæ nondum pervenit ad
 nubilem ætatem, solidam dotem, quam prænumeravit, si-
 nitis sponsalibus consequi, ut ætate permittente nubere
 possit. Quæ ratio repetitur etiam ex hoc libro in *l. 2. de*
jur. dot. Et ita est accommodanda ad hunc tractatum. Pos-
 sessis etiam alicujus bonis, & venditis ex edicto, certum est
 inter creditores privilegium exigendi dari pupillo, cujus tu-
 telam gessit is, cujus bona veneunt, sive tutor pupilli fue-
 rit, sive cum tutor non esset, pro tutore negotia pupilli
 gesserit, *l. 19. §. 1. de reb. auct. jud. poss.* sive non pro tuto-
 re, sed ex officio amicitie negotium aliquis impuberis ges-
 serit, ut ex hoc libro Pauli proponitur in *l. 23. de reb. auct.*
jud. poss. Si negotium impuberis, inquit, aliquis ex officio
 amicitie gesserit, tanquam procurator voluntarius, non
 tanquam tutor, debet bonis ejus venditis privilegium pu-
 pillo conservari. Denique pupillus est privilegiarius, non
 tantum in actione tutelæ, vel protutelæ, sed etiam in actio-
 ne negotiorum gestorum. Idemque privilegium datur ado-
 lescenti, & furioso, & prodigo, & furdo, & muto, in bo-
 nis ejus, qui eorum curator fuit, quod de furdo, & muto
 etiam est relatum in eod. tit. *de reb. auct. jud.* in *l. 20. ex*
hoc lib. Pauli. Hæc autem privilegia omnia personalia sunt,
 personæ cohærent ejus, cui data sunt, & ideo ad heredes
 eorum, quibus data sunt, non transeunt. Privilegium dotis,
 quod mulier habet, non transit ad heredes mulieris, cæte-
 rosque successores, *l. unica, C. de privil. dot.* Privilegium
 pupilli non transit etiam ad successores pupilli, *l. 19. §. 1.*
de reb. auct. jud. l. ex plurib. de admin. tut. Quod & de aliis
 quibuscunque privilegiis personalibus dicendum est. Exem-
 pli gratia, quo & de his scribens Paulus hoc libro usus
 est, privilegium, quod datur certis personis, ne condem-
 nentur in solidum, sed in id duntaxat, quod facere pos-
 sunt, veluti patrono, parenti, socio, marito, quia personale
 est privilegium, & cum persona extinguitur, nec transit in
 heredes: heres ergo tenetur in solidum, in assem, etiam su-
 pra quam facere possit, in integrum, ut ait Paulus in *l. 25.*
de re jud. quæ etiam est ex hoc libro, & ita superioribus,
 quæ diximus, coaptanda est omnimodo.

Ad L. XXIV. Si quis omis. caus. test. *Si dolo tutoris omise-*
rit pupillus causam testamenti, & legitimam hereditatem pos-
sideat: danda est legatorum actio in pupillum. Sed eatenus,
quatenus hereditas ei acquisita est: quid enim si cum alio pos-
sideat hereditatem?

Ad §. Sed hoc & in eo, qui pubes est, plerique putant obser-
 vandum, ut pro qua parte possideat, teneatur, quamvis præ-
 tor perinde in eum det actionem, atque si adisset hereditatem

Pa.

Pupilli privilegiis adiecit Paulus, quod extat etiam ex hoc libro in l.24. *si quis omiff. caus. testam.* Privilegium pupilli, quod ibi proponitur, versatur circa speciem hujusmodi: Pupillus heres institutus ab eo, cui & ab intestato heres futurus erat, dolo tutoris in fraudem legatariorum, ut legata non præstaret, ut legata ad irritum reduceret, repudiata hereditate ex testamento, ab intestato hereditatem possidere cœpit, an dabitur in pupillum actio legatariis in solidum salva Falcidia? Sic videtur ex illo edicto: *Si quis omiffa causa testamenti.* At pupilli persona, quæ nihil dolo fecit, mereri videtur hunc præcipuum favorem, id est, hoc privilegium. Quid est privilegium? Præcipuus quidam favor, nempe, ut non teneatur legatariis in solidum, sed eatenus duntaxat, quatenus ex bonis defuncti ad eum pervenit. *Quatenus, inquit, hereditas ei adquisita est,* ut si cum alio forte, & ejusdem gradus agnato ab intestato defuncti possideat hereditatem ex æquo, ut non teneatur legatariis, nisi in partem: pars altera ut recidat in irritum, quia legata non sunt relicta ab intestato. Verum refert illo loco Paulus, plerosque putare, hoc non esse in pupillo privilegium: nam & idem servari in pubere, quorum opinioni edictum prætoris refragatur. Et sane, ut Paul. sentit in d.l.24. melior est edicto stare, & puberem convenire in solidum, qui omisso testamento ab intestato possidet hereditatem, etiamsi totam non possideat, sed particulam tantum hereditatis, portiunculam tantum, ut l.1. *si nunc querimus,* & l.13. *si quis omiffa caus. test.* Excipiendus est tantum pupillus, qui tenetur tantum pro modo ejus, quod possidet ab intestato ex defuncti bonis, non in solidum, si dolo tutoris omiserit causam testamenti in necem legatariorum, si doli ipse pupillus expers sit, & exors. His addidisse Paulum opinor privilegium deductionis, quod dominus, vel pater ex contractu servi, vel filii actione de peculio conventus habet, nimirum, ut primore loco deducat ex peculio solidum id, quod filius, vel servus naturaliter debet, cui privilegio deductionis nullum privilegium anteponi ait l. *ex factis, de pecul.* neque privilegium tutelæ, ut ibi docet, neque privilegium dotis, ut l. *si cum dotem, s. ult. sol. matrim.* quia id tantum intelligitur esse in peculio servi, vel filii, quod superest deducto eo, quod patri, vel domino debetur. Id ergo ante omnia deducendum est: hoc privilegium est ante alia privilegia. Est autem ei locus, id est, juri deductionis locus est, etiamsi filio emancipato, vel servo manumisso pater, vel dominus de peculio conveniatur intra annum utilem. Peculium extinguitur, peculium definit esse peculium manumissione servi, emancipatione filii. Ergo summo jure post emancipationem, vel manumissionem cessat in patrem, vel dominum actio de peculio, cum extinctum sit peculium: imo durat adhuc ex edicto prætoris, *Quando de peculio actio annalis sit.* Ante manumissionem, vel emancipationem actio de peculio in patrem, vel dominum de peculio est perpetua: post manumissionem, vel emancipationem annalis tantum. Et ea si conveniatur intra annum, utitur privilegio, eodem proculdubio utitur deductionis privilegio, l.36. *de pet. her.* Verum si post emancipationem, vel manumissionem in patrem agi possit de peculio intra annum, vel in dominum, necesse est, ut in manumissum, vel emancipatum non possit agi ex eadem causa. Nam si agi potest ex contractu aliquo in emancipatum, vel manumissum, non potest ex eodem contractu agi de peculio in patrem, vel dominum, nec si largiatur annus. Hujus rei exemplum extat in l.21. *dep.* quæ est etiam ex hoc libro 60.

Ad L. XXI. *Depos. Si apud filium familias res deposita sit, & emancipatus rem teneat: pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius.*

Ad §. Plus Trebatius existimat, etiamsi apud servum depositum sit, & manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex cæteris causis in manumissum actio non datur.

Si rem depositam apud filium familias, vel servum, post emancipationem, vel manumissionem, filius, vel servus teneat, agi non potest in patrem, vel dominum actione de-

Apositi de peculio intra annum, quia agi potest depositi in filium ipsum, aut servum, & quidem in solidum, nulla facta deductione ejus, quod patri, vel domino debet. Regulariter ex ante gesto in manumissum nulla est actio, quia neo ab initio ulla fuit actio cum servo (non loquor de filio) nulla est etiam actio post manumissionem, l.1. *s. si apud servum, depos. l.17. de negot. gest. l. si pure, de fideic. libert. l. tutorem, qui tutelam, de adm. tut.* Itaque si res sit deposita apud servum, post manumissionem non potest cum servo agi depositi, si rem non teneat: sed si rem teneat, post manumissionem in eum utilis, & efficax est actio depositi, quasi nunc re apud eum deposita. Quæ est sententia d. l. 21. Ad hæc notandum est, hoc privilegium deductionis habere patrem, vel dominum conventum actione de peculio, etiamsi bona ejus veneant ob id, quod latitet fraudationis causa, adversus creditores peculiare, qui in eum habent actionem de peculio. Et hoc constat ex l.7. *s. si qui actione, quibus ex causis in possess. eatur.* Et ideo bonis ejus venditis, primum habebitur ratio ejus, quod ei filius, aut servus debuit, & ex residuo, quod redactum est ex venditione bonorum, portiones fient pro rata debiti cujusque inter cæteros creditores. Tractavit etiam, ut opinor, hoc libro, docuitque Paulus, an ejus, qui in diem, vel sub conditione debitor est, si latitet, nec defendatur, bona possideri, & venundari possint, quæ quæstio multa complectitur, nec posset hodie tota explicari. Cæterum ad eam tantum pertinent tres leges quæ solæ restant ex hoc libro, l.6. *de fideicomm. libert. l.28. pro soc. l.45. ad l. Falcid.*

Ad L. XXVIII. *Pro socio. Si socii sumus, & unus ex die pecuniam debeat, & dividatur societas: non debet hoc deducere socius, quemadmodum præsens debet: sed omnes dividere, & cavere, cum dies venerit, defensu iri socium.*

Julius Paulus cœptam jam à libro 57. de bonis possidentis, & venundandis quæstionem amplam, & uberem, lib.60. executus est, ut intelligi potest ex iis, quæ diximus proxima recitatione, quæ dedit libri 60. majorem partem, adeo ut ex eo supersint tantum tres leges, l.28. *pro soc. l.45. ad l. Falcid. & l.6. de fid. libert.* Quarum quidem duæ priores respiciunt ad id, de quo Ulpianus tractat in l.7. *s. si in diem, quib. ex caus. in possess. eatur.* De quo & hic tractasse Paulum arguunt illæ duæ priores leges: an scilicet ejus, qui in diem, vel sub conditione debitor est, si latitet, nec defendatur, bona venundari possint. Qua de re in d. *s. si in diem,* Ulpianus ait, *Antequam dies, vel conditio veniat, bona ejus vendi non posse: non negat, possideri posse.* Solent enim interim possideri, l.6. *eod. tit.* ubi id exposuimus, sed negat vendi posse, quia nihil interest, debitor quis non sit, an nondum conveniri possit. Hoc idem videtur Paulus hoc libro scripsisse, & confirmasse exemplo proposito in d. l.28. *pro soc.* quæ est ex hoc libro, exemplo hujusmodi. In dividenda, & dirimenda societate, potest quidem unus ex sociis deducere ex communi pecunia æs alienum, quod manente societate in rem societatis ipse contraxit, cuique se ipse obligavit, si modo id pure, & præsentis die debeatur, sed non potest etiam deducere id, quod debetur in diem certum, vel sub conditione: desiderare tantum potest, ut interim sibi eo nomine socii caveant, & de indemnitate, & defensione, si ab eo pecunia petatur, cum dies venerit, aut conditio extiterit, ut l.27. *eod. tit.* Idem etiam confirmavit Paulus alio exemplo, quod extat in l.45. *ad l. Falcid.* quæ est etiam ex hoc libro, cujus sententiam exponamus. Est enim expolitu fati difficilis.

Ad L. XLV. *Ad legem Falcid. In lege Falcidia non habetur pro puro, quod in diem relictum est: medii enim temporis modum computatur.*

Ad §. In his legatis, quæ sub conditione relicta sunt, Proculus putabat, cum queritur de lege Falcidia, tantum esse in legato, quanti venire possunt: quod si est, & deductio sic potest fieri, ut tantum videatur vi deberi, quanti nomen venire potest. Sed hæc sententia non probatur. Cautionibus ergo melius res temperabitur.

In

IN ponenda ratione legis Falcidiae, cum legatis exhausta, vel onerata dicitur hereditas, videndum est, quantum sit in legatis, & quantum in bonis: quantumque in ære alieno: quia in bonis id tantum est, quod deducto ære alieno superest. Æs alienum minuit, & absumit bona, & ære alieno minutis, & absumptis bonis, consequenter minuuntur etiam legata, vel infirmantur, & exhauriuntur, l. 66. §. ult. ad l. Falcid. Itaque in computatione bonorum, & legatorum, deducitur in primis æs alienum, quod defunctus debuit, quod scilicet præsens, & purum est, sed non etiam id, quod in diem, vel sub conditione debetur, quia id non habetur pro puro. Et ita etiam d. l. 45. in princ. ait. In lege Falcidia pro puro legato non haberi id, quod in diem, certum scilicet, relictum est, legatum est. Recte, in lege Falcidia pro puro non haberi, quod in diem relictum est. Nam ut Græci nominatim notant hoc loco, quod ad cessionem diei attinet, *ὁ χρόνος ἡνέκεν αἰς τὸ ἀποχαρακτήσειν*, pro puro habetur, quod in diem legatum est, l. 26. de usufr. leg. l. 5. in princ. quand. dies leg. ced. Si, inquit, legata relictæ sint in diem, simili modo atque in puris dies cedit, id est, dies cedit statim à morte testatoris, adeo ut si confestim moriatur legatarius, antequam dies venerit, transmittat in heredem suum legati petitionem. Ergo in cessione diei pro puro habetur, quod in diem relictum est, nempe quia id debetur statim, licet non possit peti statim, l. 73. §. ult. hoc tit. ut leg. nom. At in lege Falcidia, ut hic Paulus ait, pro puro non habetur, quod in diem relictum est, quod sic demonstro. Legatum pure relictum totum subicitur legi Falcidiae, si lex Falcidia locum habeat, si hereditas onerata sit, vel exhausta legatis, tunc lex Falcidia locum habet: ut puta ex centum pure leg. Falcidiae nomine heres deducit 25. quæ est 4. Falcidiana. Legatum autem relictum in diem certum, veluti post annum, quum mortuus ero, aut post biennium, totum non subicitur legi Falcidiae, sed id tantum, quod superest, deducto commodo medii temporis, id est, deducto eo, quod interim die pendente percipit heres ex fructibus, vel usuris rei, aut summæ legatæ, quia commodum illud medii temporis minuit legatum, l. 66. & l. 88. §. ult. hoc t. & d. l. 73. §. in diem. Unde (exemplo enim rem demonstrari oportet) legatis 100. ex die certo, si commodum medii temporis sit 20. quod ceperit heres, non ex centum, sed ex 80. duntaxat, quæ superest, deducto illo commodo, Falcidia heredi supplebitur, si commodum illud medii temporis Falcidiam non impleat, non expleat. Commodum enim medii temporis computatur in Falcidiam, & Falcidiae fructus. Idemque servatur omnino in legatis relictis sub conditione nempe, ut commodum medii temporis computetur heredi in Falcidiam, in quartam, & quartæ fructus, d. l. 66. & 88. §. ult. Hoc tantum interest inter legata in diem, & legata sub conditione, quod legatum relictum sub conditione, nec in lege Falcidia, nec in cessione diei pro puro habetur, & ideo non transmittitur in heredem, si moriatur legatarius pendente conditione. At legatum relictum in diem, quod ad cessionem diei attinet, pro puro habetur, ut jam exposui ante. Præterea legatum relictum in diem, statim subicitur legi Falcidiae, si certum sit leg. Falcidiam locum habere, l. 3. §. si in plures, iii. seq. Legatum autem conditionale Falcidiae non subicitur statim, quia incertum est an debeat. Proculus quidem, ut hic Paulus refert, putabat, & conditionalia legata statim Falcidiae subicienda esse, æstimated his, quanti venire possunt: æstimata specie obligationis, quanti venire potest, specie debiti, & ex ea æstimatione simul, & ex puris legatis detracta Falcidia, quod & Celsus scribit in l. 53. hoc t. qui à Proculo profectus est. Verum hanc opinionem Proculi, siue Celsi, qui Proculianus fuit, Paulus refellit, ducto argumento à consequentibus hoc modo. Si quanti legatum conditionale venire potest, ex eo Falcidia detrahitur, quasi sit tantum in legato conditionali, quantum venire potest, & consequenter, quanti nomen conditionale, id est, debitum, quod defunctus debuit, venire potest, bonis deducetur statim: hoc autem fieri non potest, ut deducatur bonis æs alienum defuncti conditionale: ergo & illud fieri non potest, ut in functionem Falcidiae veniat legatum conditionale. Sic hæc verba Pauli accipienda sunt. Quod si est, inquit, id est, si legatum conditionale legi Falcidiae subicitur statim,

ut Proculus sentit æstimatum, quanti venire potest, & consequenter deductio quoque æris alieni conditionalis poterit fieri statim in ponenda ratione legis Falcidiae, ut tantum, inquit, videatur vi deberi, rectissime Florentiae vi deberi, id est, vi ipsa, siue τῆ δυνάμει, quanti nomen venire potest. Deductio hic, est deductio æris alieni, quæ fit ante omnia in ineunda ratione legis Falcidiae, quæ quidem deductio æris alieni, quod sub conditione debetur, si fieri non potest, non poterit etiam fieri deductio leg. Falcidiae ex legato sub conditione relictæ, antequam conditio extiterit: aut contra, si hæc potest fieri, poterit & illa fieri. Quid ergo, si cum quædam essent legata pure, quædam sub conditione? quid si propter ea, quæ sub conditione legata sunt, pendeat ratio legis Falcidiae, eo quod si existat conditio, lex Falcidia locum habitura sit, si deficiat, non item. Quid fiet? An interim, dum pendet ratio legis Falcidiae, pura legata integra præstabitur, aut vindicabuntur sine deminutione, sine deductione, interposita scilicet cautione, quæ in edicto proponitur: Quod amplius, quam per legem Falcidiam liceat, quodque legatarius ceperit, reddi, ut l. 1. §. interdum, & l. 31. & 73. §. sed & si legata, hoc tit. Et ita quidem iudicio Pauli nostri melius res temperanda est. Cautionibus, inquit, melius res temperabitur: melius scilicet, quam æstimatione facta legatorum conditionalium, quanti venire possunt, & pro modo æstimationis etiam ex eis statim habita ratione, legis Falcidiae. Melius ergo cautionibus, quam hoc modo. Hæc est Pauli sententia, quæ Sabinianorum fuit, Cassii scilicet & Juliani, l. 31. hoc tit. l. 1. §. Julianus denique, iii. seq. Melius item erit in ineunda ratione æris alieni, quod defunctus debuit rem temperare cautionibus interpositis, & non habita ratione æris alieni, quod sub conditione debetur, hoc est, solutis integris legatis, perinde ac si nihil deberetur, & legatariis caventibus, existente conditione æris alieni, se, quod amplius ceperint, quam per legem Falcidiam liceret, reddituros, ut d. l. 73. §. magna, hoc tit. ubi Cajus proposita duplici ratione explicandi hujus negotii causa, cum huic rationi, quam Sabiniani magis probant, posteriorem locum dederit, magis ipse etiam eam approbare videtur. Prior ratio, quam ibi Cajus proponit, congruit opinioni Proculianorum, ut scilicet, quanti nomen conditionale venire potest, id pro puro debito habeatur, & eo deducto legata præstentur, herede cavente legatariis, conditione debiti non existente, quanto minus solverit legatariis legatorum nomine, se eis redditurum. Utraque via Cajo placet satis, sed posterior magis, quam & meliorem Paulus esse ait hoc loco.

Ad L. VI. de Fid. libert. Decem legata sunt: & rogatus est legatarius Stichum emere, & manumittere. Falcidia intervenit: & minoris emi servus non potest. Quidam putant dodrantem accipere debere legatarium, nec emere compellendum. Idem putant etiam si suum servum rogatus sit manumittere, & dodrantem ex legato acceperit, non esse compellendum manumittere. Videamus ne utique in hac specie aliud dicendum sit. Sed in superiore, sunt qui putant, cogendum legatarium redimere servum, & se oneri subiecisse, dum accipit, vel dodrantem. Sed si paratus sit retro restituere quod accepit, audiendus sit videndum. Sed cogendus heres tota decem præstare, perinde atque si adjecisset testator, ut integra præstentur.

Restat tantum ex hoc libro l. 6. de fid. libert. quæ etiam satis difficiles explicatus habet. Species hæc est: Legavi Titio 10. aureos, eumque rogavi, ut Stichum servum alienum emeret, & manumitteret. Stichus minoris, quam decem emi non potest, dominus Stichi non vult eum vendere minoris, & finge, lex Falcidia locum habet. In ea causa sunt legata, ut Falcidiam pati debeant, ut minui debeant per legem Falcidiam, fac minui legatum 10. aureorum, quod Titio relictum est, puta ex 10. heredem detrachere duos aureos, & semissem, quæ est quarta decem, quæ Latine uno verbo dici potest *sestertium*, id est, duo aurei, & semis, quod sint duo integri aurei, cum tertio dimidiato: quod tertius sit semis. Sestertium ergo detrahit heres ex 10. aureis

legatis . Fac igitur, legatarium accepisse tantum legati sibi A
relictæ dodrantem, id est, 7. aureos, & semissem, quem etiam
Latine recte dixeris *octavum semissem*; quoniam octavus
est dimidiatus, reliqui septem sunt integri. Ita proposita
specie, quæritur, an legato decem diminuto per legem Fal-
cidiam, atque ideo Titio ex legato accipiente tantum do-
drantem, an cogatur Stichum emere, & manumittere? Quidam dicebant non cogi, quia minus accepit legati no-
mine, quam quo redimi Stichus possit. Idemque esse di-
cebant, si legatarius rogatus esset servum proprium manu-
mittere, dignum decem, aut forte pretio longe majore: di-
cebant, & hunc, quod non acceperit integra decem, non
cogi servum suum manumittere, quem æstimat 10. aut
pluris. At hoc posteriore casu, cum rogatus est servum
proprium manumittere, etiamsi dodrantem ex legato tan-
tum Titius acceperit, verius est, eum esse cogendum, ut B
cum servum suum manumittat, quia non plus cum æsti-
masse videtur, quam efficiat legati dodrans, quem accepit.
Quod comprobatur etiam l. 36. ad leg. Falcid. & l. Imperator,
§. si centum, de leg. 2. & l. si mihi Stichus, de leg. 1. Priore au-
tem casu, cum Titius rogatus est servum alienum redime-
re, & manumittere, quia dodrans, quem accepit, non suffi-
cit redimendo servo alieno, qui minoris, quam 10. emi non
potest, æquum esse videtur, ut non cogatur servum ali-
enum redimere, qui minus accepit ex iudicio defuncti; aut
si dicas, quod & hic Paulus attingit, eum se huic oneri ul-
tro subjecisse accipiendo dodrantem, quia contentus fuit
dodrante, quia subiit legem Falcidiam, nec repudiavit le-
gatum; denique contentus fuit dodrante: saltem ei per-
mitti debet, ut retro pœnitentia actus, restituendo heredi
dodrante, se hoc levet onere, non cogatur Stichum redi-
mere magno, aut multo majore pecunia, quam ex legato C
perceperit. Vel potius, ut tandem concludit Paulus, ne in-
tercidat libertas Stichi, quæ ei relicta est per fideicommis-
sum, melius erit dicere, Titio 10. quæ legata sunt, integra ef-
fe præstanda, non detracta Falcidia, etiamsi interveniat Fal-
cidia, perinde atque si id testator nominatim præcepisset, ut
integra decem præstarentur. Quia & si hoc jure in univer-
sum à testatore Falcidia prohiberi non potuerit, l. 15. §. 1.
ad l. Falcid. l. nemo potest, de leg. 1. tamen in uno legato pro-
hiberi recte potest, l. 64. eod. l. Et satis aperte prohibet Fal-
cidiam, qui integrum legatum aliquod præstari jubet. Inte-
grum enim, id est, sine deductione. Seneca 2. de Benef. Be-
neficia tua, inquit, illibata ut integra ad eos, quibus promissa
sunt, perveniant, sine ulla, quod ajunt, deductione. At in specie
proposita, etiamsi nominatim non jussit testator integra D
decem Titio præstari, tamen favore libertatis, ne pereat li-
bertas fideicommissaria, quæ Sticho relicta est, perinde
rem accipimus, atque si jussisset testator, ut l. 32. §. ultim.
ad leg. Falcid. Denique melior sententia hæc est, ut in hac
specie Titius non patiat Falcidiam, ut integro legato ac-
cepto, integris 10. Stichum emat, quem dominus paratus
est 10. vendere, non minoris, deinde eum manumittat. Et
hæc est sententia l. 6. de fideic. libert. Verum quid ea facit
ad edictum de bonis possidendis, & vendendis? Superio-
res duas satis luculenter ad hanc rem accommodavimus,
hæc quomodo accommodanda sit ad eandem rem? Puto
Paulum tractantem de specie, de qua Ulpianus tractat in
l. 7. de fideic. libert. eod. tit. quæ sequitur, de bonis venditis
heredis nomine, quod hereditas, quam adierat, non esset
solvendo, hæc subjecisse pro re nata, quæ sunt in l. 6. de
servo suo, vel alieno, quem legatarius rogatus esset ma-
numittere. Species hæc est: Legavi Titio centum, eumque E
rogavi, ut Stichum servum alienum redimeret, & manu-
mitteret, bonis venditis nomine heredis, qui adierat he-
reditatem, Titius non persequitur integra centum, quæ ei
legata sunt, sed partem tantum debiti legati. Sicut bonis
debitoris venditis, fieri creditoribus portiones solent pecu-
niæ ex bonorum venditione redactæ, nec plerunque ferunt
totum, quod eis debetur, sed partem, quantumcunque pos-
sunt ferre ex redacto, seu resecto venditionis bonorum pre-
tium, quod ostendit l. ult. de curat. bon. dand. Et apud Sene-
cam, Vox illa creditoris, si foro cesserit portionem feram, id
est, saltem portionem feram. At ne portionem quidem pro

rata debiti legati legatarius bonis venditis jure persequitur
aliter, quam si caverit, se servum alienum, de quo rogatus est,
redempturum, & manumissurum, videlicet, si portio, quam
aufert, sufficiat ei servo redimendo. Alioquin si non caveat
hac de re, repellitur exceptione doli mali, ac ne partem
quidem fert ex pecunia legata, quamvis cæteri creditores
veniant in portionem crediti sui.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLV. de Pecul. Ideoque si pater filio peculium ademisset, nihilominus creditores cum filio agere possunt.

EX Libro LXI. habemus tantum l. 45. de pecul. so-
lam, pusillam quidem, & brevem, cum re, tum
verbis, ex qua sola nulla conjectura duci potest
ejus, quod hoc libro potissimum Paulus tractave-
rit. At cum superiores libri quatuor pertineant ad edictum
de bonis debitorum possidendis, & venundandis: & liber,
qui sequitur 62. pertineat etiam ad idem edictum, non po-
tuit hic liber intermedius esse alia de re, quam de edicto
eodem, vel de edicti ejus parte aliqua. Multa exoleverunt
ex prisco ordine possidendorum bonorum, aut per credi-
tores ipsos nomine debitoris, adhibito magistri carmine, ut
Cicero loquitur primo de Orator. magistri pronuntiatione,
qui ediceret, qua lege, quaque conditione bona debitoris
venirent, quod erat ignominiosum: aut quod erat honestius
nomine creditorum, à debitore creditoribus facta ultro ces-
sione bonorum suorum, l. debiores, C. quib. ex causis inf. irrog.
l. ult. C. qui bon. ced. poss. aut per curatorem à prætore, vel
præsede datum distrahendis bonis, quod erat etiam honestius,
l. 5. de cur. fur. vel al. Quo de ordine juris antiquo, & antiqua-
to forte, quod totus hic liber esset 61. ideo nihil ex eo Tri-
bonianus nobis relinquere voluit. Utinam tamen, & quæ de
eo vel Paulus, vel alii scripserant, haberemus: & optare,
quam hoc sperare proclivius est, faceret nos ejus rei cogni-
tio cautiores, & prudentiores: & in usum pleraque posset
à nobis revocari. Inter cætera videtur Paulus hoc libro
docuisse, bona quoque filiorum familias à creditoribus ve-
nundari posse, maxime si peculium habeant castrense, vel
quasi castrense, vel etiam peculium paganum, cum etiam
filiis familias bonorum cessio permittatur, quam statim ven-
ditio sequitur, l. pen. C. qui bon. ced. poss. quia ex contractibus
filiis familias non tantum pater obligatur, sed etiam filius.
Et pater quidem de peculio duntaxat, id est, pro quantita-
te peculii, filius in solidum, l. prox. supr. filius, inquam, in so-
lidum tanquam pater familias, l. 39. de oblig. & act. l. ult. §. pu-
pillus, de verb. obligat. Sed si mater filio ademerit peculium,
filius solus tenetur ex suis contractibus, vel delictis. Adem-
ptio peculii liberat patrem, non filium. Imo & si prorsus
nihil habuerit filius, obligatus manet, & conveniri potest,
ac nemine pro eo solvente detrudi in carcerem, nisi utatur
beneficio legis Julæ, & cedat bonis, quo verbo cedat bonis,
non quæ nunc habet, qui nulla habet, ut posui, sed bonis,
quæ quandoque habiturus est, d. l. pen. C. qui bonis ced. poss. Si-
cut & missionem in possessionem utilem esse dicimus ex l. 13.
de reb. auct. jud. poss. etiamsi nihil sit quod possideatur. Ex-
tendi enim missionem ad bona, quæ debitor sibi quando-
que adquiserit. Ademptio itaque peculii, quam constat
fieri nuda voluntate, l. 8. hoc tit. non liberat filium: at pa-
trem liberat, cum hoc tamen modo, hacve exceptione, si
modo ademerit peculium sine dolo malo, l. 9. §. præterea, &
l. 21. de pecul.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.IX. de Pactis. Si plures sint, qui eandem actionem habeant, unius loco habentur: ut puta, plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. Et cum tutores pupilli creditoris plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant. Nec non & unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum pretendensium, si convenerit, placuit unius loco esse: nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat: Nam nec is, qui plures actiones habet, adversus eum, qui unam actionem habet, plurium personarum loco accipitur.

Ad §. Cumulum debiti & ad plures summas referemus, si uni forte minus summae centum aureorum debeantur, alii vero una summa aureorum quinquaginta. Nam in hunc casum spectabimus summas plures: quia illae excedunt in unam summam coadunatae.

Ad §. Summae autem applicare debemus etiam usuras.

EX lult. Cod. qui bon. ced. poss. intelligimus, debitori non existente solvendo, creditoribus plerumque hanc electionem dari auctore principe: ut vel debitori dent intervallum ad pecuniam solvendam, veluti quinquennium, quod & in usu hodie est, vel bonorum cessionem accipiant. Quod si in eligendo alterutro creditores dissentiant, aliis eligentibus quinquennii inducias, quinquennii ὀπερησερι' αυ, ἑξαετηρι' αυ, aliis eligentibus cessionem, & venditionem bonorum, tum idem servatur, quod ante aditam hereditatem creditoribus in unum locum convenientibus, ut paciscantur, & decident cum herede defuncti debitoris certa portione debiti, qui alioquin repudiaturus esset hereditatem, nisi deciderit, priusquam adeat, cum creditoribus hereditariis. Qua in re si creditores dissentiant, aliis minore portione contentis, aliis majorem desiderantibus, praetor sequitur decreto suo majoris partis voluntatem. Quod ut facilius intelligatur, sciendum est, solere heredes scriptos, vel legitimos, qui temere nolunt se negotiis hereditariis implicare, adita hereditate, forte pluribus creditoribus descenerata, antequam adeant hereditatem, creditoribus in unum coactis, cum eis tractare, si scilicet velint adire hereditatem, ac se pro herede gerere, ut habeant cum quo experiantur, a quo credita reposcant, qua parte debiti contenti esse velint, & secum decidere, transigere, residuo debiti remisso, deque ea parte pacisci cum eis, deinde adire hereditatem, veluti de dimidia parte, ut in l. qui habebat, §. 1. de manum. test. exempli gratia, ut cui debentur centum, contentus sit 50. cui mille, contentus sit 500. quam pacationem utique necesse est fieri communi consensu creditorum, si fieri potest. At si dissentiant, aliis contentis, ut dixi, dimidia parte, aliis desiderantibus dimidiam, & sextam, id est, bessem crediti ex Const. D. Marci, praetor, vel praeses decreto suo sequitur majoris partis voluntatem: decernit, ut omnes sint contenti ea parte, quam major pars creditorum constituerit, quae major pars creditorum decidere cum herede parata fuerit. Quod ostenditur in l. 7. §. ult. & l. 8. de pact. & l. si precedente, §. 1. mand. l. primo gradu, quae in fraud. credit. Et major quidem pars aestimatur non pro numero personarum, sed pro modo, & cumulo debiti: adeo ut si sint decem creditores, & uni, vel duobus debeantur mille, caeteris quingenta tantum, unius, vel duorum sententiam sequatur praetor potius, quam caeterorum, ponderata quantitate debiti, non numeratis personis creditorum, quoniam quae pars superat cumulo debiti, ea plus damni facit. Ac si omnes creditores pares sint in

Tom. II. Post,

A summa crediti, dispares in numero, & sententia, tunc necessario major pars ex numero personarum aestimatur, ut si ex decem creditoribus quatuor contenti sint parte quarta, sex desiderant dimidiam, praevalet sententia majoris numeri, quae desiderat dimidiam. At contra, si creditores pares sint, non tantum in summa crediti, sed etiam in numero, & dignitate, dispares autem in sententia, ut si ex decem quinque desiderant dimidiam, quinque contenti sint parte quarta crediti, praevalet humanior sententia eorum, qui contenti sunt crediti portione quarta. Idem exemplum sequimur in specie initio proposita; cum de dandis debitori induciis, vel admittenda cessione bonorum creditores inter se disceptant, controversanturque, atque discordant. Et ubique notandum est, plures creditores nonnunquam haberi pro uno, ut ex hoc libro Pauli ostenditur in l. 9. de pactis. Exempli gratia, plures rei stipulandi pro uno creditore habentur, quia una & communis est obligatio, adeo ut & uni solidum solvatur recte, l. 3. §. ult. de duobus reis. Eademque ratione, ut Paulus ostendit in d. l. 9. plures argentarii, qui simul contractis nominibus per scripturam mensae pecuniam crediderunt, unius loco sunt. Denique si sint plures rei credendi constituti per stipulationem, siue per scripturam mensae, unius loco sunt, quia unum est debitum. Plures item tutores pupilli creditoris, quod satis manifestum est, unius loco sunt, id est, unius pupilli. Ex diverso vix est, ut unus plurium loco habeatur: nam & si uni debeatur ex pluribus causis, pro uno computatur, omnibus causis in unam coactis: non numerantur actiones, vel causae obligationum. Itemque unus tutor, qui plurium pupillorum nomine unum debitum persequitur, unius loco numeratur, quamvis sint plures pupilli, ut dixi, quia unum est debitum. Quod autem diximus, majorem numerum creditorum aestimari ex cumulo debiti, quod & ostenditur in illa lult. C. qui bon. ced. poss. id etiam Paulus interpretatur, ut in cumulo debiti, in modo debiti, connumerentur omnes summae, quae uni debentur ex variis causis. Ut omnes, quod ait Paulus, minus summae congregentur, cumulentur in unam, coadunentur, siue consummentur, quae coadunatio videlicet unius calculi dicitur, lult. C. de jure dotium, & consummatio, l. si plura, de edil. ed. l. 3. C. de usur. rei judic. Summa summarum Plauto, & Senecae: Massalis summa, Tertulliano. Cumulatur etiam cum sorte, quae ei accedit usura. Et hoc est quod Paulus ait, cumulo debiti etiam usuras applicari.

Ad L. VII. Quae in fraud. Si debitor in fraudem creditorum minori pretio fundum scienti emptori vendiderit: deinde quibus de revocando eo actio datur, eum petant: quaesitum est, an pretium restituere debent? Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur. Et rescriptum est secundum Proculi sententiam.

Ad L. IX. eod. Is, qui a debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit. Quaesitum est, an secundus emptor conveniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emptorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui admisit. Quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit. Is autem, qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur.

EX his duabus legibus intelligimus egisse etiam hoc libro Paulum de actione Pauliana, qua post venditionem bonorum debitoris, creditores, si ex ea venditione solidum, quod eis debebatur, consequuti non fuerint, intra annum utilem experiantur adversus eos, quibus deprehenderint debitorem quaedam olim alienasse in suam fraudem, ut ea revocent rescissa alienatione. Et quidem si probaverint debitorem in fraudem suam minore pretio fundum scienti emptori vendidisse, actione Pauliana fundum ab eo revocare possunt, non reddito pretio, quod numeravit, d. l. 7. hoc tit. nisi adhuc in bonis debitoris extiterit, ut l. 8. quae sequitur, recte ait, si scienti emptori vendiderit: nam emptor ignorans fraudem venditoris, non tenetur

D d d actio.

actione Pauliana, l. 6. §. hoc edict. sup. hoc t. l. 9. inf. Emptor, inquam, nam donatarius, qui ex causa lucrativa habet, etiam ignorans hac actione tenetur, d. l. 6. §. simili modo, & l. pen. C. de revoc. iis, quæ in fraud. cred. gest. sunt. Merito autem emptori non redditur pretium, quia doli particeps fuit. Et hoc plerumque ita contingit, ut male fidei emptori, re mala fide empta evicta, pretium non reddatur. Et longe alia est ratio actionis Fabianæ, vel Calvisianæ, qua revocantur alienata à liberto in fraudem patroni, quo minus scilicet portio debita verecundiæ patronali, portio legitima patrono debita, ad eum perveniret, portio legitima, quæ patrono debetur ex lege Papia. Fabiana actio testato liberto, Calvisiana intestato liberto revocat ea, quæ dixi. Et longe, ut dixi, alia est ratio actionis Fabianæ, vel Calvisianæ, quæ revocat alienata in fraudem patroni, & alia actionis Paulianæ, quæ revocat alienata in fraudem creditoris: quia, hæc est ratio, edictum de actione Pauliana notat eum nominatim, qui quid cum fraudatore gessit, cum fraudem non ignoraret, id est, cum esset particeps doli. Verba edicti hæc sunt: *Quæ fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit.* Nominatim ergo notat emptorem, qui sciens emit à fraudatore. Edictum autem de actione Fabiana, vel Calvisiana eum non notat, sed libertum tantum, qui quid dolo fecit in fraudem patroni, quo minus debita portio ad eum perveniret, quod & verba edicti ostendunt, proposita initio l. 1. §. si quid in fraud. pat. Et ideo etiam ei, qui sciens à liberto rem emit, pretium restitui oportet, quia non notatur edicto. Et hoc probat d. l. 1. §. si quid in fraud. pat. His congruit, quod ex hoc libro Pauli est scriptum in l. 9. hujus tituli.

Ad L. IX. eod. cujus verba supra adscripta sunt.

Sis, qui sciens fraudem, rem emit à debitore, mox eam rem vendiderit bonæ fidei emptori: primum quidem emptori teneri actione Pauliana, quia fraudem participavit, nempe ut solidum pretium, quod à secundo accepit, reddat. At secundum emptorem, qui bona fide emit actione Pauliana non teneri, quia dolus auctoris, sive venditoris emptori nocere non debet, l. 4. §. de auctoris. de doli except. Dolus, inquit Paulus, ei duntaxat nocere debet, qui eum admisit. Ex iis porro, quæ supersunt ex libro 62. ad edictum, quo Paulus egit de actione Pauliana, qua curatores bonorum, vel creditores revocant, & rescindunt cum sunt missi in possessionem bonorum debitoris ea, quæ debitor in eorum fraudem gessit, primum se offert l. 56. D de solution.

Ad L. LVI. de Solut. Qui mandat solvi, ipse videtur solvere.

A Nimadverti reliquas omnes leges, quæ restant ex hoc libro, quæ sunt numero 7. respicere ad actionem Paulianam. Ac primum quidem l. 56. de solut. quæ ait, eum, qui mandat solvi, ipsum solvisse videri, hoc est certissimum, l. 22. §. si mandaverim, mand. l. 7. de calum. Et idem fere est, aut valet quod dicitur, qui per alium facit. Et sic etiam, qui mandat accipi, ipse videtur accipere, l. 95. §. usumfr. de solut. l. 2. de calumn. Et ita si debitor in fraudem creditorum, quod debet in diem, solvat præsentis die, aut solvi mandet, edicto Pauliano locus est, l. 2. l. 6. §. sciendum, l. 10. §. si cum in diem, l. 17. §. ult. quæ in fraud. cred. Locus item est edicto Fabiano, vel Calvisiano, si quid à liberto gestum sit in fraudem patroni, l. qui res, §. 1. de solut. Respicit etiam, ut opinor, ad actionem Paulianam, quod ex hoc libro extat in l. 4. de ann. leg.

Ad L. IV. de Ann. leg. Si in singulos annos alicui legatum sit: Sabinus (cujus sententia vera est) plura legata esse ait: & primi anni purum, sequentium conditionale. Videri enim hanc inesse conditionem si vivat. Et ideo mortuo eo, ad heredem legatum non transire.

Quæ docet, legatum certæ quantitatis relictum in annos singulos non unum esse legatum, sed plura. Mul-

Atiplex esse legatum: primi anni purum, quod cedit statim initio anni inchoandi à morte testatoris: sequentium autem annorum conditionale, sequentium annorum perceptionibus ideo hæc conditio, si vivat legatarius: quandoquidem hoc genus legati morte legatarii finitur, nec transit in heredem legatarii. Et hac in re maxime distat legatum à stipulatione, quæ concepta est similiter in annos singulos, quia stipulatio hujusmodi morte stipulatoris non finitur. Stipulatio hujusmodi perpetua est, & una, non multiplex stipulatio: & pura omnino omnive tempore, non conditionalis. Quod & in jure nostro multæ aliæ leges docent, l. 1. §. si in annos, ad l. Falcid. l. si Stichum, §. ult. de verb. oblig. l. senatus, §. ult. de mort. caus. donat. Pertinet autem actio Pauliana etiam ad revocandam, & rekindendam hujusmodi stipulationem, puta, in annos singulos dena dare spondes? Si stipulanti debitor ita promiserit fraudandorum creditorum causa, quod etiam in scriptum est nominatim in l. 10. §. per hanc actionem, quæ in fraud. cred. Ad revocandam, inquam, stipulationem hujusmodi, & infirmandam, quia una & pura stipulatio est: sed non pertinet etiam actio Pauliana ad legatum relictum in annos singulos. Ad alia legata, quæ relinquuntur in fraudem creditorum, proculdubio pertinet l. 6. §. pen. quæ in fraud. cred. sed non etiam ad legatum relictum in annos singulos, quia dempto primo anno, cæteris omnibus annis legatum est conditionale, & multiplex, atque adeo incertum an debeat: & recte stipulationi jungitur ususfructus in d. §. per hanc actionem, quem explicant male. Per hanc actionem, inquit, & ususfructus, & hujusmodi stipulatio, dena in annos singulos dare spondes? exigi potest, id est, revocari, rescindi: & jungitur ususfructus, ut ex lectione patet, indistincte. Sive igitur constitutus sit ususfructus legati, sive stipulationis genere, quoquo modo constitutus sit, recte jungitur stipulationi in annos singulos, quia ut una hæc stipulatio est, ita & legatum ususfructus, quamvis fructus, qui percipiuntur, proveniant annuatim. Legatum, inquam, ususfructus unum est legatum, quamvis fructus, qui percipiuntur sint annui, cujus dies cedit semel, non pluries, qui tamen cederet pluries, si esset multiplex. Idque ostenditur in l. 1. in princ. quando dies ususfruct. leg. cedat. His videtur Paulus junxisse aliam differentiam inter stipulationem, & legatum. Nescitur enim alia ex alia. Nempe hanc differentiam in stipulationibus, sive contractibus, id tempus spectari, quo contrahimus: stipulationes cum dicimus, omnes contractus dicimus semper, propterea quod stipulatio adhiberi solet omnibus contractibus, stipulatio est πάντων omnium contractuum. In stipulationibus, sive contractibus id tempus spectari, quo contrahimus, quæ regula ex hoc libro Pauli proponitur in l. 78. de verb. oblig. & ex eodem repetitur in l. 144. de regul. juris.

Ad L. CXXXIV. de Regul. juris. Non omne, quod licet, honestum est.

Ad §. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.

ET ideo ii sunt effectus hujus regulæ: si pendente conditione stipulationis moriatur stipulator, jus stipulationis, quod habet, transfert in heredem suum, quasi jam dum viveret, sibi quæsitum. Item si filiusfamilias, vel servus sub conditione stipulatus aliquid, & postea emancipatus, vel manumissus fuerit, ac deinde extiterit conditio stipulationis, patri, vel domino actio ex stipulatu competit, quia tempore contractus in ejus potestate fuit. Et in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus, non quo conditio contractus extitit. Quo pertinet etiam regula legis 146. eod. tit. ex hoc ipso libro.

Ad L. CXLVI. eod. tit. Quod quis dum servus est egit; proficere libero factu non potest.

Quod quis dum servus est egit, hæc sunt verba regulæ, proficere libero factu non potest, nempe quod contraxit quis, quum servus esset, non ei, sed domino ejus proficit, domino ejus acquiritur, quia spectatur tempus contractus.

tractus, quo tempore erat in potestate domini. Et hæc de A stipulationibus, sive contractibus. In legatis annuis id tempus non spectatur, quo legata in testamento relinquuntur, sed tempus, quo dies legatorum cedit, puta si conditionalia fuerint legata, tempus, quo post mortem testatoris conditio legatorum existit, consideratur. Et ideo si filiosfamilias, aut servo, cum esset in potestate patris, vel domini, legatum sit, relictum sub conditione, & post emancipationem, vel manumissionem conditio legati extiterit, filio, non patri: servo, id est, quondam servo, non domino adquiritur legatum, quia eo tempore, quo dies legati cedit, non est in potestate patris, vel domini, l. 18. de reg. jur. In qua Pomponius eleganter definit, quod maxime pertinet ad rem, quæ est in manu, legata filiosfam. vel servo relicta, ea tantum adquiri patri, vel domino, quæ nobis relicta, ad heredem nostrum possunt transmitti. At legatum conditionale legatarius, si moriatur pendente conditione, non transmittit in heredem. Ergo nec si pendente conditione legati filiosfam. vel servus emancipetur, vel manumittatur, id legatum patri, vel domino adquiri potest, sed adquiritur filio emancipato, vel servo manumisso. Quod omne cum scripsisset Paulus etiam hoc libro, inde notandum censuit, quam diversa esset conditio ejus, qui legatario heres extitisset, à jure, & conditione ejus, qui heredis, à quo legatum relictum est, heres fuisset. Nam legato sub conditione relicto, si legatarius pendente conditione moriatur, heredi suo nihil relinquit, nihil transmittit in heredem suum, sed si heres, à quo legatum sub conditione relicto est, pendente conditione moriatur, heredem suum obligatum relinquit, vel quod idem est, obligationem transmittit in heredem suum, quia legati nomine ipse obstrictus erat, quod ex hoc ipso libro Pauli proponitur in l. 65. de cond. & dem. si heres pendente conditione moriatur: heres, inquam, à quo sub conditione legatum est, heredem suum obligatum relinquit. Ergo sicut stipulatione facta sub conditione, mortuo promissore pendente conditione, heres ejus tenetur ex stipulatu, l. 57. de verb. oblig. Ita & legato relicto sub conditione, & herede, qui legatum debet, à quo legatum relicto est, mortuo pendente conditione, heres heredis tenetur ex testamento, legatario scilicet. Nec quicquam hoc casu distat legatum conditionale, à stipulatione conditionali. At ubi pendente conditione contingit mors creditoris conditionalis, multum interest, utrum legatarius, an stipulator fuerit, quia legatarius jus legati in heredem non transfert, stipulator jus stipulationis in heredem transfert, propter regulam supradictam: Quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. Quod autem additur in d. l. 78. de verbor. oblig. Cum fundum mihi dari stipulatus sum, in stipulationem non venire fructus, qui tempore stipulationis fuerint, id est, qui fundo cohærebant stipulationis tempore, fructus pendentes, fructus stantes, id veluti exceptio quædam est supradictæ regulæ, quam & proposuerat, in stipulationibus spectari tempus, quo contrahitur. Et eo quocumque modo alia differentia constituitur inter stipulationes & legata. Nam fructus, qui solo cohærent, die legati cedente, ad legatarium pertinent, ut idem Paulus scripsit 3. Sen. tit. de legat. & probat l. si pendentes, de usufr. Et tamen, qui cohærebant stipulationis tempore, ad stipulatorem non pertinent, quia stipulationes strictius accipiuntur, & fructus, etiam si cohæreant solo, cohæreant fundo, fructus pendentes utique pars non sunt fundi: nec veniunt igitur in stipulationem fundi: in aliis judiciis, quæ stricta non sunt, puta in arbitrariis, aut bonæ fidei judiciis, fructus pendentes, pars fundi non sunt quidem, sed esse videntur; l. 45. de rei vindic. l. Quintus, de action. emp. l. pen. §. non solum. quæ in fraud. cred. Altera vero regula, quæ superiori applicatur in d. l. 144. non omne, quod licet, honestum est. Duæ regulæ in ea proponuntur. Prior hæc est: Non omne quod licet, honestum est, posterior illa, quam jam exposui: in stipulationibus id tempus spectari, quo contrahimus. Ut autem hæc posterior accommodatur ad actionem Paulianam, ita & prior accommodari debet omnino ad id, quod de actione Pauliana habemus in l. 6. §. sciendum est, quæ in fraud. cred. Licere quidem unicuique, quod sibi jure de-

Tom. II. Post.

betur petere, & exigere, accipere quocumque tempore, sed post bona debitoris possessa, quæ possessio generaliter, & in rem semper permittitur, etiam si unus tantum ex creditoribus eam postulaverit, l. quum unus, de reb. auct. jud. poss. non esse honestum, præripere jus cæteris creditoribus in sua pecunia exigenda: Cum jam conditio omnium creditorum par facta sit per missionem in possessionem, non debuit, inquam, præripere cæteris creditoribus. Potuit, sed non debuit: licuit, sed non fuit honestum præripere cæteris collegis in possessione. Vitare id debuit, non quasi illicitum, nec enim illi fuit illicitum, sed quasi pudendum. Itaque totum, quod percepit, totum, quod præcepit, quod exigere præstiterat, non retinebit, sed revocabitur hoc iudicio ad portionem, quam cæteri creditores bonis venditis laturos sunt. Hoc est convenientissimum, & commodissimum exemplum. Ad actionem Paulianam etiam refero l. 74. pro soc. quæ sola restat nunc ex hoc libro.

Ad L. LXXIV. Pro socio. Si quis societatem contraxerit: quod emit, ipse fit, non commune, sed societatis iudicio cogitur rem communicare.

SI quis contraxerit societatem omnium bonorum, quod emit suo nomine, ipse fit, non commune, sed actione pro socio, rem, quam emit, communicare cogitur, quia contracta est societas omnium bonorum, quæ haberet, vel habiturus esset. Ergo etiam manente societate pro socio agi posse, quod evenit etiam alio casu, qui proponitur in l. 65. §. pen. eod. tit. Quia vero res, quam emit, ipse fit, si rem eam à fraudatore sciens emit suo nomine, ipse solus tenetur actione Pauliana, non socii: nisi societatis iudicio id egerint, ut ea res veniret in communionem. A libro 62. transeundum nobis est ad librum 63. ex quo tres duntaxat leges habemus, quarum unam tantum hodie dabimus.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad hoc libro, post edictum de bonis debitoris possidendis, & venundandis, & proxime post edictum Paulianum, & interdictum fraudatorium, cæpit Paulus tractare de interdictis omnibus, qui ordo etiam servatur in ff. Incipiam igitur à l. 2. de interdictis.

Ad L. II. de Interdict. Interdictorum quædam duplicia sunt, quædam simplicia. Duplicia dicuntur, ut uti possidentis. Simplicia sunt ea, veluti exhibitoria, & restitutoria: item prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque.

Ad §. Interdicta autem competunt vel hominum causa, vel divini juris, aut de religione: sicut est, Ne quid in loco sacro fiat, vel quod factum est, restituatur, & de mortuo inferendo, vel sepulchro ædificando. Hominum causa competunt, vel ad publicam utilitatem pertinentia, vel sui juris tuendi causa, vel officii tuendi causa, vel rei familiaris. Publice utilitatis causa comperit interdictum, ut via publica uti liceat, & flumine publico, & ne quid fiat in via publica. Juris sui tuendi causa, de liberis exhibendis: item de liberto exhibendo. Officii causa, de homine libero exhibendo. Reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.

Ad §. Quædam interdicta rei persecutionem continent: veluti de itinere actuque privato. Nam proprietatis causam continent hoc interdictum. Sed & illa interdicta, quæ de locis sacris, & de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent: Item illa de liberis exhibendis, quæ juris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quæ interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habeant.

D d d 2

Ad

Ad §. Hæc autem interdicta, quæ ad rem familiarem spectant, aut adipiscenda sunt possessionis, aut recuperanda, aut retinenda. Adipiscenda possessionis sunt interdicta, quæ competunt his, qui ante non sunt nati possessionem. Sunt autem interdicta adipiscenda possessionis, quorum bonorum. Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est, & quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur vim fieri veto. Recuperanda possessionis causa proponuntur sub rubrica unde vi, aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. Retinenda possessionis sunt interdicta, uti possidetis. Sunt interdicta (ut diximus) duplicia, tam recuperanda, quam adipiscenda possessionis.

IN hac lege Paulus proponit varias divisiones interdictorum. Quibus proculdubio præposuerat definitionem interdictorum, quæ extat in Instit. & differentiam quoque actionum, & interdictorum à me observationum libr. 5. cap. 17. notatam. Interdictis suis prætorem non addicere, vel addere judicem specialem; judicem pedaneum actionibus addere, & alium esse ordinem interdictorum, aliam solemnitatem, formulam, executionem, longe aliam actionum. Vide & paratitla in lib. 8. C. tit. 1. de interd. Nihil aliud sunt interdicta, quam decreta, quæ prætor facit de possessione, vel quasi possessione, cum statuit, apud quem possessionem rei controversæ inter duos esse oporteat interim dum litigabitur de proprietate apud judicem pedaneum, quem & mox dat inter eos, ut de proprietate cognoscat, id est, uter rei dominus sit. Divisio autem hæc à Paulo prima proponitur: *Alia esse interdicta duplicia, alia simplicia.* Duplicia sunt, in quibus uterque litigator est actor & reus: & hujusmodi est interdictum uti possidetis, quod est de retinenda possessione rei immobilis, & interdictum utrubi, quod est de retinenda possessione rei mobilis, quia uterque sibi possessionem rei, qua de agitur, adserit: uterque possessionem suam vocat: uterque se magis possidere adfirmat, adversarium autem possidere negat. Et formula quoque interdicti ita concipitur, ac si uterque possideret, non quasi unus peteret, alter possideret, nempe concipitur hoc modo, *utri possidetis, vel utri frui minime, non utri possides, vel utri frueris.* Ac rursus ita concipitur, quum de re mobili agitur: *Utrubi hic homo fuit majore parte anni, non ubi, l. 3. §. 1. utri possidet. l. 1. §. utri proponitur, de superficie. l. 1. §. si inter rivales, de aqu. quot. & act. l. 37. de obligat. & act. §. pen. Instit. de interd.* Simplicia autem sunt, in quibus ex litigatoribus alter est actor, alter reus, sive defensor. Et hujusmodi sunt omnia interdicta exhibitoria, aut restitutoria, ut Paulus hic ait. Nam actor est, qui desiderat sibi rem exhiberi, aut restitui. Reus, à quo desideratur ut exhibeat, vel restituat. Et exhibitoria quidem sunt, veluti interdictum de tabulis testamenti exhibendis, interdictum de liberis exhibendis, interdictum de libero homine exhibendo, vel de liberto exhibendo. Restitutoria autem sunt, veluti unde vi, ut is, quo cum agitur, possessionem vi ereptam restituat, & interdictum quorum bonorum. Addit Paulus item prohibitoria, ubi recte Basil. *de τῶν τῶν κωλυτικῶν.* Et quedam ex prohibitoriis, simplicia scilicet interdicta sunt, quia non omnia interdicta prohibitoria, quibus scilicet prætor vetat quid fieri, simplicia sunt, non certe interdictum uti possidetis, vel utrubi, quæ prohibitoria, & duplicia, ut paulo ante dixi, interdicta sunt, sed interdictum, *ne quid fiat in loco sacro*, prohibitorium, & simplex interdictum est. Itemque interdictum, *ne quid fiat in flumine publico*, interdictum *ne vis fiat mortuum inferenti in locum suum*, & interdictum, quo exemplo utitur Paulus, de arboribus cædendis, quo id agitur, *ne vis fiat ei*, qui arborem in suas ædes impendentem ex ædibus vicini adimere, & collucare, ut loquuntur, vult. Et similiter interdictum de itinere, actuque privato, quo prætor vim fieri vetat, quo minus quis itinere actuque, qui jure ei competit utatur. Sequitur alia divisio paulo post: interdicta alia competere juris divini tuendi causa, aut quod idem est, de religione: alia vero competere hominum, vel humani juris causa. Divini juris causa competere interdicta, *ne quid in loco sacro, vel sancto fiat*, & interdictum, quo prætor jubet restituere, quod in

loco sacro factum est, & interdictum de mortuo inferendo in locum suum, & de loco religioso faciundo per sepulchram hominis, & interdictum de sepulchro edificando, ubi edificare jus est, aut de jam edificato reficiendo. Hæc omnia interdicta divini juris tuendi causa sunt instituta. Hominum autem causa comparata interdicta alia pertinere ait ad publicam utilitatem, ut interdictum *ne quid fiat in via publica*, & interdictum *ut via publica, aut flumine publico vi liceat*. Alia competere juris sui tuendi causa, non dico rei familiaris causa, sed juris cujusdam sui, quod ad rem familiarem non pertinet, tuendi causa, ut interdictum *de liberis exhibendis*, quod parentibus datur juris sui, id est, patriæ potestatis, quam in liberos habent, tuendæ causa, & interdictum *de liberto exhibendo*, qui ab aliquo detinetur, de quo interdictum hic unus est locus in jure, & alter in §. exhibitoria, Instit. de interd. Id vero datur juris patronatus tuendi causa. Alia vero competere interdicta officii tuendi causa, quo inter se homines naturaliter devincti sunt, officii, inquam, tuendi causa, quo hominem adfici ab homine interest homini propter naturalem cognationem, quam inter homines natura constituit, l. 7. de serv. export. l. 3. de just. & jure. veluti interdictum *de libero quocunque homine exhibendo*, quo cui-libet ex populo libertatem alienam tueri licet, si opprimatur, si inclusa teneatur ab aliquo. Alia vero rei familiaris causa, sive sui patrimonii causa dari, ut interdictum unde vi, quod datur dejecto possessione sui prædii, & interdictum uti possidetis, & interdictum quorum bonorum, & interdictum de itinere actuque privato, & reliqua omnia interdicta, quæ hominum causa comparata sunt. Et rursus ex his, quæ rei familiaris causa dantur, quedam rei persecutionem continent, ut interdictum de itinere, actuque privato reficiendo. Quod non competit, nisi ei, qui docet, se itineris, vel actuque servitutem in alieno fundo habere, l. 3. §. hoc autem, de iur. actuque priv. Et non igitur est de possessione tantum: nam & de possessione est, ut utatur itinere, vel actu, sed & de quasi proprietate servitutis: nam & servitutum, quæ prædiis nostris inhaerent, quali proprietatis quædam est: cum earum vindicatio nobis competat quali proprietariis earum. Hoc igitur interdictum non tantum possessionis causam continet, id est, usus, itineris, vel actus, sed etiam causam ipsius quasi proprietatis, quoniam qui hoc interdictum agit non vincet, si tantum probaverit, se usum itinere, vel actu, nisi probaverit eam servitutem fundo suo deberi, vel potius fundo suo inhaerere, hoc est, nisi quasi proprietatem ejus; servitutis probaverit: ergo non tantum est de possessione, sed etiam de quasi proprietate. Et addit Paulus, *illa quoque interdicta quasi proprietatis causam continere, quæ proponuntur de locis sacris, & religiosis*: de locis sacris, uti de sacellis, de religiosis, veluti sepulchris: quia sepulchra, vel sacella, quæ sunt in prædiis nostris, quasi proprietatis jure nostra sunt, nam & sepulchra dicuntur nobis hereditaria, familiaria, l. 3. & 4. l. sunt persone, de relig. Revera sepulchra, aut sacella, quæ sunt in nostris prædiis, nullius sunt in bonis, quia sunt res divini juris, non humani, sed tamen quasi quodammodo etiam nostra sunt: sepulchrum, quod est in fundo nostro quasi proprietate jure nostrum est. Itemque illa interdicta, quæ juris sui tuendi causa competunt, quasi proprietatis causam continent, ut interdictum *de liberis exhibendis*, quia potestas, quam in liberos nostros habemus, quasi proprietatis quædam est, eaque ratione vindicatio etiam liberorum nostrorum ex jure quiritium, videlicet hoc addito, nobis competit, tamen si revera non sint in dominio nostro, quia liberi homines sunt, l. 1. §. hanc, de rei vind. Et simili modo interdictum *de liberto exhibendo*, quia & jus patronatus, quod in libertum habemus, quasi proprietatis quædam est, non proprietatis, sed quasi proprietatis, veluti proprietatis: ut rerum aliarum est possessio, aliarum quasi possessio, non possessio, ut servitutum, l. ait prætor, §. item ei, ex quib. causis major. l. si quis diuturno, si serv. vind. l. 5. §. pen. de itin. act. priv. Ita & aliarum rerum est proprietatis, aliarum quasi proprietatis. At de quasi proprietate superiora interdicta sunt, simul & de possessione. Nullum est interdictum de proprietate. Nullum item interdictum de quasi

quali proprietate sola, sed de quasi proprietate, & de possessione. Quod notandum est. Cætera autem omnia interdicta, quæ ad rem familiarem pertinent, sunt de possessione, vel quasi possessione, *l. quotiens via, de servit.* Quamvis & in eis nonnunquam de proprietate probationes exhibeantur. Quintil. 7. *Instit.* eleganter: *In spon-* sionibus, inquit, quæ ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quæstio, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostrum possedisse docere oportebit. Ex abundantia scilicet, non ex necessitate simplici, & absoluta, *§. commodum, Instit. de interdict.* quia lis est de sola possessione. Rei autem familiaris appellatione continetur proprietas, aut quasi proprietas: Itemque possessio, aut quasi possessio. *Stulta*, inquit Seneca, *hominum avaritia proprietatem, possessionemque discrevit.* Utraque continetur sub appellatione rei familiaris. Quod hic locus Pauli ostendit satis aperte, & *l. 4. de publ. judic.* dum ait, interdictum unde vi, & interdictum de tabulis exhibendis esse de re familiari, quod de sola possessione est. Rem igitur familiarem cum dico, & proprietatem, & possessionem dico, vel quasi proprietatem, & quasi possessionem. Rursus ex iis interdictis, quæ possessionis solius causam continent, non quasi proprietatis, & possessionis: alia sunt, ut ait, apiscendæ, alia recipiendæ, alia retinendæ possessionis. Apiscendæ, quæ competunt iis, qui ante non sunt nacti possessionem, ut interdictum quorum bonorum, quod datur ei, cui ex edicto prætor bonorum possessionem dedit contra tabulas, vel secundum tabulas, vel unde liberi, vel unde legitimi, ut eam possessionem, quam prætor verbotenus dedit, corporaliter apiscatur. Et interdictum Salvianum, de quo extat titulus, quod datur locatori ad possessionem apiscendam rerum conductoris pro mercede locationis pignori obligatarum: & interdictum, ut ait, *Quo iuvenire venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto.* Quod interdictum est de quasi possessione itineris, & eodem uti licet de quasi possessione actus, vel aquæ, vel similis servitutis, ut eam emptor apiscatur, id est, ut ea servitute utatur, qua venditor fuit usus. Cujus interdicti formula, quæ hic proponitur, non extat alibi: sed hoc tantum etiam emptori de itinere actiue, quo venditor usus est, interdictum dari, *l. 5. §. emptori, de iun. act. priv. l. 1. §. ait prætor, de aqu. quotid. & æstiv.* Et hæc de interdictis apiscendæ possessionis. Recipiendæ possessionis interdicta sunt, quibus qui possessione vi dejectus est, amissam possessionem recipere vult, quorum aliqua proponi ait sub rubrica, sive titulo unde vi. Recte. Proponuntur enim duo edicta recipiendæ possessionis sub ea rubrica, interdictum de vi quotidiana, & interdictum de vi armata. Rubricam, & titulum dicit pro eodem, quæ recte in Glossis Philoxeni *δια μίλητος & ἀνιγγραφή*, quod notaretur minio, & croco. Unde & illud Martialis: *Et croco rubeat superbus Index.* Et illud Ovidii. *Nec titulus minio, nec cedro charta notentur.* Eodem nomine præter Paulum (quod sciunt omnes) etiam usus est Persius, & Quintilianus. Sed addas etiam Prudentium: *Cur rubricæ mixantur*, inquit, *quia prohibent peccare reos.* Retinendæ autem possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis, & utrobi, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus, *la maintenance.* His interdictis retinendæ possessionis conservamus possessionem, quam habemus: interdictis recuperandæ, vel ut vulgo redintegrandæ, recuperamus possessionem, quam habuimus, non quam habemus: interdictis apiscendæ possessionis, adquirimus possessionem, quam nunquam habuimus. Subiicit Paulus in extremo hujus legis, esse mixta quædam interdicta, sive duplicia, tam recuperandæ, quam apiscendæ possessionis. Quorum nullum exemplum edit, quod miror, si quædam sint ejusmodi, cum cæterorum prompta fuerint exempla, horum nullum sit in mundo, id est, in promptu, ut veteres loquebantur: in superiorum exemplis tradendis Paulus fuit diligens, & studiosus, quæ quisque per se dicere potuisset: in horum exemplis proponendis fuit negligens, quia nondum inventus est quisquam, qui invenerit. Et præterea ait, *Sunt interdicta, ut diximus, duplicia, tam recipiendæ, quam apiscendæ posses-*

sonis, quasi ante dixerit de iis, qui nihil prorsus: de iis tantum dixit, quæ sunt tam apiscendæ, quam recipiendæ possessionis: neque vero dicere potuit, cum nec ullum tale unquam fuerit interdictum tam recipiendæ, quam apiscendæ possessionis, nec per rerum naturam esse potuerit. Quod enim nunc primum apiscor, non recipero: Et contra quod recipero, nunc primum non apiscor. Et apiscendæ possessionis dicuntur, quæ utilia sunt ei tantum, qui nunc primum, *ut est in instit.* conatur apisci rei possessionem. Et stultus est Accursius, qui affert exemplum ex *l. 3. §. prætor, ne vis fiat ei, qui in poss. missus est*, quoniam ille locus tam est de interdicto prohibitorio, quam restitutorio, non de interdicto, quod sit tam recipiendæ, quam apiscendæ possessionis. Itaque manifesto aberrat Accursii animus, & errat plane hac in re: error magnus, & intolerabilis, quem equidem patefeci jam pridem, affirmans hæc verba, quæ sunt in fine hujus legis, *tam recipiendæ, quam apiscendæ possessionis*, ab hoc loco procul amovenda esse, ut hæc sola supersint: *Sunt interdicta, vel ut vulgo rectius legitur, sunt autem interdicta, ut diximus, duplicia, & nihil præterea addatur.* Interdicta scilicet uti possidetis, & utrobi, quæ proxime retuli ad retinendam possessionem pertinere, sunt duplicia, ut diximus, initio scilicet hujus legis, ubi ea interdicta docuit esse duplicia: non quod sint tam recipiendæ, quam apiscendæ possessionis, quorum nulla esse possunt, quin sint monstro similia, sed quod in eis utraq; pars actoris, & rei partes agat.

Ad L. II. quod legat. *Diversum est, si postea pars legato adcreverit. Nam hoc nomine tenentur fidejussores in eorum.*

Ad §. Quod ait prætor, si per bonorum possessorem non stat, ut satisfidetur; sic accipiemus, si paratus sit satisfidere. Non ergo offerre debet satisfactionem: sed petenti satis moram facere.

Ad §. Ex hoc interdicto, qui non restituit, in id quod interest debet condemnari.

Ad §. Si legatarius repromissione retentus fuit, dandum est interdictum. Idem dicendum est, si legatarius pignoribus noluit sibi cavere. (†)

Ad §. Si per legatarium factum sit quo minus satisfidetur, licet cautum non sit, tenetur interdicto. Sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisfidetur, eo autem tempore, quo editur interdictum, satis accipere paratus sit: non competit interdictum, nisi satisfidatum sit. Item si per bonorum possessorem stetit, quo minus satisfidaret, sed modo paratus est cavere: tenet interdictum. Illud enim tempus inspicitur, quo interdictum editur.

Hoc libro Paulus expositis variis divisionibus interdictorum, cœpit primo tractare de interdictis apiscendæ possessionis, de quibus est interdictum quod legatorum, ad quod pertinent duæ leges illæ. Pertinent ad illud interdictum hæc duæ, *l. 2. quod leg. & l. 5. de acquirend. possess.* Hoc autem interdictum datur heredi scripto, qui adijt hereditatem, vel agnovit bonorum possessionem secundum tabulas, adversus legatarium, qui non ex voluntate heredis scripti nactus est possessionem rei legatæ, cum locus esset legi Falcidæ, & heredis interesset Falcidiam habere, quam utique habere, & sibi servare ante Justinianum aliter non poterat, quam adepta possessione legati per legati retentionem, *l. 1. C. quod leg. Falcidæ* enim heres retentionem tantum habuit, non vindicationem, *l. 14. §. 1. l. 15. §. 1. leg. 93. ad legem Falcid.* Ex constitutione Justiniani habet vindicationem Falcidæ, atque ideo supervacuum est hodie interdictum quod legatorum. Ante Justinianum habuit retentionem tantum Falcidæ. Itaque hoc interdicto agebat heres in hoc, ut possessionem rei legatæ, quam legatarius nactus erat, non ex ejus voluntate restitueret, quo non restituyente possessionem heredi, sequebatur condemnatio in id, quod interest, ut proponitur in hac *l. 2. §. ex hoc interdicto*: *Ex hoc interdicto, inquit, qui non restituit possessionem heredi, in id, quod interest debet condemnari.* Nec tamen aliter ex hac causa heredi hoc interdictum datur, ut adipiscatur

(†) Vide Merrill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 18.

icatur possessionem rei legatæ; quam eo non consentiente legatarius occupavit, quam si legatario, aut legatariis satisfecerit legatorum nomine, datis fidejussoribus legata præstitum iri; post hanc satisfactionem licet ei agere interdicto quod legatorum, non aliter. Aut satisfaciendum est legatario, aut non recedet legatarius de possessione, etiam si eam nactus sit, non consentiente herede; sed si heres satisfecerit legatario, cogitur recedere de possessione, ut per retentionem possessionis heres sibi servet Falcidiam, quæ intervenit. Unde si heres pluribus rebus legatis, quarumdam rerum nomine satisfecerit, quarumdam vero nomine non satisfecerit, earum tantum nomine, de quibus satisfecit, hoc interdictum ei datur, ut earum rerum possessionem adipiscatur. Cæterarum vero rerum nomine hoc interdictum ei non datur, de quibus præstandis non satisfecerit legatariis. Quod cum ex Ulpiano esset propositum in l. 1. §. ult. hoc it. mox additur in l. 2. ex hoc Pauli libro aliud esse dicendum, si verbi gratia fundi legati nomine, in cuius possessione legatarius erat, sine voluntate heredis, heres legatario satisfecerit: nomine autem portionis ejus, quæ per alluvionem fundo accrevit forte, non satisfecerit, quia & hujus portionis, quam possidet legatarius sine voluntate sua heredi dabitur interdictum quod legatorum. Neque enim necesse est, ut de ea portione satisfacet specialiter, satis est si de fundo satisfecerit. In satisfactione de fundo continetur etiam id, quod postea alluvione, vel jure accrescendi, vel jure conjunctionis fundus major factus est: id est, qui fidejussit de fundo, intelligitur etiam fidejussisse de incremento fundi, quod etiam ostendit l. pen. ut leg. nom. cav. Quia & id, quod accrescit fundo, vel alluvione, vel jure accrescendi, retro intelligitur ad stipulatorem pertinuisse, l. quia retro, ad legem Aquiliam. Diversum est, si non alluvione, sed vel emptione, vel adjudicatione fundo aliquid creverit, accesserit, l. 18. §. si is, qui una, de dam. infec. Quia alia quædam res est, aliusve fundus, qui fundo hoc modo conjungitur, per emptionem scilicet, vel adjudicationem, conjungitur, inquam, potius, quam accedit. Cæterum accessio, ut quod accedit jure accrescendi, vel jure alluvionis, continetur sub satisfactione fundi, nec necesse est de eo caveri specialiter: qui cavit de fundo, & de accessione cavisse videtur, quæ proprie accessio est. Et ita explicandum est, quod est initio hujus l. 2.

AD §. Quod ait Prætor. Notandum autem ad §. 1. hoc interdictum dari heredi scripto, aut bonorum possessori, qui agnovit bonorum possessionem secundum tabulas, si satisfecerit legatorum nomine, non aliter: vel si per eum non stat quo minus satisfacet. Verba edicti hæc sunt: Si per bonorum possessorem non stat, ut satisfacetur. Per bonorum possessorem, id est, per heredem scriptum, qui agnovit bonorum possessionem secundum tabulas. Videtur prætor in edicto bonorum possessoris, non heredis fecisse mentionem, id est, sui heredis, qui sec. tab. bonorum possessionem agnovisset: quia bonorum possessor, prætorius heres, sive successor est, & de suis successoribus major cura prætori fuit, aut præcipua cura, quam de civilibus, ut & in edicto superiore, quo cavetur, ut edito interdicto quorum bonorum agi possit, mentionem facit non heredis, sed bonorum possessoris. Hæc autem verba: Si per bonorum possessorem non stat, ut satisfacetur, ita accipienda non sunt, si bonorum possessor offerat satisfactionem legatorum, quia necesse non habet eam offerre. Sed ita hæc verba accipienda sunt: Si petenti legatario satisfaci sibi legati nomine, moram non faciat heres in exhibenda satisfactione, in dandis fidejussoribus, si paratus sit heres postulanti legatario satisfaci de præstando legato sua die, & post habitam rationem legis Falcidiæ, detractamve Falcidiam, ut scilicet ei competat interdictum, quod legat. vel etiam, ut constat ex l. 1. §. non exigit, ut in poss. legat. ut non satisfaciante herede, legatarius mittatur in possessionem bonorum, quæ ex ea hereditate sunt, legati servandi causa. Utroque casu heres non dicitur satis offerre, sed satis sibi dari desideranti continuo sa-

tisfacere. Quod si petenti legatario satisfaci sibi, moram fecerit heres in præstanda satisfactione, sane heredi non competit interdictum quod legatorum ad adipiscendam possessionem, quam non ex ejus voluntate nactus est legatarius, nisi scilicet hanc moram heres emendaverit, ac purgaverit: moræ emendatio permittitur ex bono, & æquo, usque ad tempus editi interdicti, l. interdum, §. ult. l. si servum, §. sequitur, de verb. obl. l. 17. de const. pec. l. qui decem, in pr. §. 1. de sol. Itaque si nunc heres, qui semel moram fecerit in præstanda satisfactione, quam legatarius desiderabat, nunc paratus sit satisfaci, si nunc offerat satisfactionem, priusquam interdicto quod legatorum experiatur, aut experiiri tentet; profecto interdictum tenet, interdicti editio utilis est. Satis igitur est eo tempore offerri satisfactionem, quo interdictum heres edere instituit, nec prior mora ei nocet, quæ nunc emendatur ab herede, cum in eo est heres, ut edat interdictum, quod legatorum possessionis adipiscendæ causa. Et hoc etiam Paulus docet in extremo hujus l. 2. Itaque si cum per legatarium stetit, quo minus ei satisfaciatur legati nomine, id est, si cum offerret heres satisfactionem, legatarius noluerit satis accipere, hoc casu proculdubio heredi competit interdictum, perinde atque si satisfacisset, quia non per eum, sed per legatarium stetit, quominus satisfaciatur. Eo autem tempore, quo agitur, quo ve editur interdictum quod legatorum, si legatarius satis accipere paratus sit, nisi tunc ei satisfecerit heres, utile ei non erit interdictum quod legatorum. Posteriori cuicque mora nocet usque ad tempus redditi interdicti, usque ad tempus litis contestatæ, ut dicta l. 17. de const. pec. l. illud, de per. & comm. rei vend. quis scilicet tempore judicii accepti, id est, litis contestatæ, tempore editi interdicti, fuerit posterior in mora, spectatur, usque ad illud tempus, integrum est cuique priorum moram emendare. Et ita accipienda sunt, quæ in hac lege habentur de mora, quæ accommodari possunt ad omnia alia negotia, in quibus moræ contrahendæ, vel emendandæ quæritio intervenit.

AD §. Si legatarius. Satisfactionis autem verbum, quo prætor in hoc edicto utitur, idem Paulus docet in hac lege, §. si legatarius, quamvis eo proprie significetur fidejussorum datio, porrigi id tamen etiam ad nudam repromissionem heredis, vel bonorum possessoris, si ea contentus legatarius fuerit, ut ait, nec desideraverit fidejussores, vel ad pignorum datationem, si legatarius pignoribus sibi caveri voluit, non prædibus, non fidejussoribus, sive sponsoribus. (†) Legendum in hoc §. voluit, non ut in Florentinis, noluit. Si legatarius, inquit, voluit sibi caveri pignoribus. Pignorum datio in vicem satisfactionis est, volente legatario: & supra etiam legendum est, ut vulgo: contentus, non ut in Florentinis, retentus: si legatarius, inquit, repromissione contentus fuit, ut in satisfactionis appellatione, l. 61. de verbor. significat. ad quam commodissime apponitur exemplum ex hac l. 2. Interdum etiam repromissionem nudam contineri, quæ, inquit, contentus fuit is, cui satisfactio debebatur. Aut sane retentus in Florentinis, id est, contentus, novo significato, nec absurdo valde, si legatarius repromissione retentus fuit, id est, contentus. Sed pergamus. Non potest quidem heres per se solus, invito legatario vice satisfactionis fungi datione pignoris, aut pecuniæ certæ, auri argenteve certi depositione, aut repromissione nuda. Denique invito legatario non potest heres fungi alia satisfactio- ne, quam satisfactione: volente legatario quælibet satisfactio, quælibet securitas pro satisfactione est, quia stipulatio legatorum est stipulatio prætoris, & prætoris stipulationes personas pro se intervenientium desiderant, id est, fidejussores, ut ait l. 7. de præst. stip. Et neque pignoribus quis, neque pecuniæ, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisfactionis fungitur invito. Addas ex hac l. 2. invito scilicet eo, cui satisfactio debetur: aliud pro alio solvi potest creditori, si pecunia debeatur, vel res, & si satisfactio debeatur. Igitur pro satisfactione præstari potest quæ-

(†) Vide Merrill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 18.

quælibet alia cautio, volenti, non invito, ut dixi. Et nihil est præterea in hac l. secunda.

Ad L. V. de acquir. possess. Si ex stipulatione tibi Stichum debeam, & non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, prædo es. Atque si vendidero, nec tradidero rem: si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed prædo es.

L Ex 5. de acquir. possess. pertinet etiam ad interdictum, quod legatorum. Datur etiam interdictum, quod legatorum heredi scripto, ut diximus, adversus eum, qui quid possidet ex hereditate, non pro herede, aut possessore, tanquam heres, quo casu competit petitio hereditatis in eum, non interdictum quod legatorum, sed quidquid possidet ex hereditate pro legato, sive legati nomine, quod idem est, l. 1. §. quia autem, & §. legatorum, quod legat. Qui, inquam, possidet pro legato, non consentiente herede scripto. Ergo qui mala fide possidet, qui pro possessore possidet, non tanquam heres, sed tanquam legatarius. Pro possessore possidet quicumque mala fide possidet, qui interrogatus, qua ex causa possideat, nullam habet, quam adferat, nisi se possidere, quod possideat. Legatarius ergo, qui hoc interdictum tenetur, possidet pro legato mala fide, & pro possessore igitur possidet: denique prædo est. Prædonis nomine in jure nostro significatur non tantum fur, & raptor, sed & quicumque mala fide possidet, l. sed & si lege, §. ult. de petit. heredit. l. ult. C. unde vi. Quicumque impudens, possessior, injustus possessior av' αιδής & ἀναιήτορος νόμος, Basilic. id est, prædo. Titulus autem pro possessore hæret, & quasi junctus est omnibus titulis, ut eleganter ait l. nec ullam, §. 1. de petit. heredit. Hæret autem, aut hære potest titulo pro legato, titulo pro donato, titulo pro emptore, pro soluto. Denique aliquando qui possidet pro legato, pro possessore possidet, & huic titulo pro legato immixtus est, sive junctus titulus pro possessore, prædonis titulus. Fingit enim semper prædo quisque, sive malæ fidei possessor titulum aliquem, l. 1. §. toties, si quis omitt. caus. Unde, quæ est sententia l. 5. de acquir. possess. sicut prædo est is, qui Stichi sibi ex stipulatione debiti, non ex voluntate domini ejusdemque promissoris, possessionem nactus est, licet pro soluto Stichum possideat: Itemque prædo est is, qui rei sibi venditæ, non ex voluntate venditoris possessionem nactus est, licet eam possideat pro emptore. Ita etiam prædo est legatarius, qui non ex voluntate heredis nactus est possessionem rei legatæ, maxime interveniente lege Falcidia, quo casu maxime interest heredis, ne etiam si per vindicationem legatum sit relictum: ipse legatarius vindicet possessionem rei legatæ sine consensu heredis. Et ut emptor per se non venit recte in possessionem rei emptæ, ut eleganter ait l. fundi, de acquir. possess. ita si locum habeat lex Falcidia quocumque genere legatum relictum sit, legatarius per se non venit in possessionem rei legatæ. Et ut illi pro soluto, vel pro emptore: ita legatarius rem, quam ita occupavit interveniente Falcidia, pro legato usucapere non potest, quia prædo est, id est, malæ fidei possessor: prædoni non procedit usucapio.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXXIV. de Relig. & sumpt. Si locus sub conditione legatus sit, interim heres inferendo mortuum, non facit locum religiosum.

Ad L. XI. de Man. Servum, qui sub conditione legatus est, interim heres manumittendo liberum non facit.

IN Libro LXIV. tractavit Paulus de interdicto de tabulis exhibendis proferendisque, & de interdicto, ne quid in loco publico, vel itinere fiat. Ac primum quidem l. 34. de rel. & sumpt. fun. & l. 11. de manumiss. quæ sunt ex hoc libro, conjunctas simul refero ad interdictum de tabulis exhibendis, quo tenetur is, qui negat, se posse, aut debere exhibere tabulas testamenti, quas penes se habet, qua ex causa actori in id, quod interest condemnari debet, veluti heredi, aut legatario, sive pure, sive sub conditione legatum relictum sit: heredi, quanti est hereditas ei testamento delata: legatario, quanti est legatum, quod ei testamento pure relictum est, quantive esset legatum sub conditione relictum, si jam conditio extitisset, quia legatum conditionale, hoc casu non æstimatur quanti venire potest, sed omnino tanti, quanti æstimaretur, si legati dies cessisset, id est, si conditio extitisset, contumaciæ ejus, qui supprimit tabulas testamenti, plectendæ causa, quod ostendit l. 3. §. condemnatio, de tabul. exhib. Neque dicas nomine ejus rei, quæ sub conditione legata est, interim pendente conditione, heredi potius, quam legatario hoc interdictum esse reddendum, hac ratione, quia interim ea res pleno jure est heredis: Quæ ratio verissima est, l. 12. §. ult. famil. ercisc. l. 1. §. servi appellat. de Senatus. Syllan. Verum ne hoc dicas, ut monui initio, quia hæc ratio non efficit, ut interim omnia possit heres in ea re, tanquam ejus rei pleno jure dominus: quanquam sit verum, eum plenum esse ejus rei dominum pendente conditione: non potest, inquam, omnia, quæ pleno jure dominus potest, in ea re, quæ legata est sub conditione, propter incertum conditionis, ne interim injuria fiat legatario, ad quem legatum pertinere potest, l. generaliter, §. ult. qui, & a quibus man. Neque enim, exempli gratia, servum sub conditione legatum interim manumittere, & liberum facere potest, d. l. 11. quæ est ex hoc libro 64. Et similiter locum sub conditione legatum, interim mortuum inferendo, religiosum facere non potest, d. l. 34. de rel. quæ est etiam ex hoc libro, & conjungenda omnino est cum d. l. 11. Unde non mirum, si & interim legatario conditionali potius, quam heredi deferatur interdictum de tabulis exhibendis, quasi scilicet interim ea res, quæ legata est, in legato potius, quam in hereditate esse intelligatur. Nec ei, quod ait lex 11. heredem servum sub conditione relictum interim manumittendo liberum non facere, quidquam obstat l. quidam, §. si quis filium, ad Senatus. Trebell. quoniam ibi servus hereditarius non fuit specialiter alii legatus, sed filius heres institutus, rogatus est hereditatem sorori suæ restituere, si sine liberis vita decederet: in qua hereditate erat servus, quem vivus filius manumisit, & jure manumisit, quia non fuerat specialiter legatus, sed veniebat tantum in universale fideicommissum hereditatis, quam filius rogatus erat sorori, si sine liberis vita decederet, restituere. Itaque si extiterit conditio fideicommissi, id est, filius sine liberis vita decesserit, quia manumissio rata est, libertas, ut ait, favore sui servo conservabitur. Cæterum heredes filii cogentur sorori ejus servi pretium præstare. Nihil etiam obstat superiori sententiæ l. is, qui ex stipulatu, de obligat. & action. quia & ea lex non est de servo legato, sed de promisso sub conditione, quem promissor interim manumisit, quæ manumissio rata est, quia in hoc servo major est domini potestas (quamvis eum promiserit sub conditione, cum pro eo servo possit defungi præstatione pretii, existente conditione) quam sit heredis in servo testatoris proprio, ab herede sub conditione legato: ergo non idem servatur in servo sub conditione legato, quem heres jure non manumisit, & in servo sub conditione promisso, quem promissor jure interim manumittit.

Ad L. II. de Tab. exhib. Vel totum, vel pars ejus:

Pæterea ad hoc interdictum de tabulis exhibendis etiam pertinet l. 2. de tabul. exhibend. quæ docet huic interdicto locum esse, etiamsi testamentum, quod non exhibet

exhibetur ab eo, penes quem est, inconsulto, & sine dolo malo deletum sit in totum, vel pro parte, ut ait: hoc etiam casu, huic interdicto locus est, hoc interdictum edi potest ab herede, vel legatario in id, quod interest, quia & delicti testamenti usus potest esse aliquis.

Ad L. I. Ne quid in loco publ. In loco publico prætor prohibet ædificare, & interdictum proponit.

DE interdicto autem, ne quid fiat in loco publico, ex hoc libro est lex prima, ne quid in loco publ. Prohibitorium est interdictum, quo prætor vetat, ne quis in loco publico ædificet, vel quid aliud faciat, neve in eum locum aliquid immittat, quo damnum privato detur, ut puta, ne quid ædificet, faciat, vel immittat in locum publicum, qua ex re alteri prospectus, vel lumen, vel aditus auferatur, aut minuatur. Verum in hoc edicto hæc exceptio additur, præterquam quod lege, vel Senatusconsulto, decretive Principum concessum est, quia id quod ita concessum est, iure fit in loco publico, etiam si ex ea re lædatur alter. Et ad hanc exceptionem huius edicti proculdubio respicit l. 151. de reg. jur. quæ est ex hoc libro.

Ad L. CLI. de Regul. jur. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.

ET definit, neminem damnum facere, id est, neminem damnum dare alteri, nisi qui id facit, puta in loco publico, quod facere ius non habet. Ergo eum, cui ius faciendi princeps, vel senatus concessit, etiam cum damno, siue incommodo alterius, non videri alteri damnum dare, nec hoc interdicto teneri, ut l. 2. §. si quis à principe, ne quid in loco publ. Itaque quemadmodum lex, quæ præcedit l. 150. de regulis juris, omnimodo pertinet ad hoc edictum ne quid in loco publico fiat, ut constat ex d. l. 2. §. hoc interdictum, unde sumpta est illa lex l. 150. Ita hæc lex l. 151. ad idem edictum, eo, quo retuli modo, coaptanda est.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXV. PAULI AD EDICTUM.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. de vi, & vi armata. Dolo malo eorum factum est, quo minus perveniret.

HIC Liber fuit de interdicto unde vi, & de interdicto uti possidetis: & de interdicto unde vi, quod datur ei, qui vi dejectus, aut detrusus est de possessione sui prædii, possessionis recipiendæ causa. Ex eo primum habemus in l. 2. de vi, & vi arm. ex causa huius interdicti heredem ejus, qui vim fecit, qui vi dejecit alium, teneri actione in factum non in solidum, sed in id tantum quod ad eum pervenit, dolo malo, ut ait l. 2. ejus factum est, quo minus perveniret, quod servatur in omnibus judiciis, quæ ex delicto oriuntur, l. 27. de dolo. Et hoc certe interdictum oritur ex delicto, & atrocitate facinoris, ut ait l. 1. §. interdictum, de vi, & vi arm. Et his adjecit Paulus in l. 9. eod. tit. quæ est ex hoc libro.

Ad L. IX. eod. Si plures heredes sunt: unusquisque non in amplius, quam ad eum pervenerit, tenetur. Qua de causa interdum in solidum tenebitur is, ad quem totum pervenerit, quamvis ex parte heres sit.

Ad §. Dejectum ab usufructu, in eandem causam prætor restitui jubet, id est, in qua futurus esset, si dejectus non esset: Namque si tempore usufructus finitus fuerit, postquam dejectus est à domino: nihilominus cogendus erit restituere, id est, usufructum iterum constituere.

Ad L. CLV. de Reg. juris. Factum cuique suum, non ad-

versario nocere debet. Ad §. Non videtur vim facere, qui jure suo utitur, & ordinaria actione experitur. Ad §. In pœnalibus causis benignius interpretandum est.

SI plures sint heredes prædonis, siue invasoris, qui vi aliquem dejecit de possessione sui prædii, singulos in amplius non teneri, quam ad eos pervenerit ex facinore, defuncti, ex rebus forte simul cum prædio occupatis, quæ & in hoc interdictum veniunt, vel ex fructibus prædii, qui in hoc interdictum veniunt. Itaque si quis ex heredibus sit, ad quem nihil pervenerit ex maleficio defuncti, in nihilum eum teneri: vel si quis sit, ad quem totum pervenerit, hunc solum teneri in solidum, ut id restituat actori, licet ex parte tantummodo heres sit, cæteros non teneri, ad quos nihil pervenit. Quæ est sententia hujus legis apertissima, & æquissima, & confirmatur à glossis multis aliis argumentis. Novum tamen videtur id esse, ut heres ex parte, teneatur in solidum. Sed hoc possessio facit, quia possidet solidum. Quod sequitur in dicta l. 9. de fructuario, quem proprietarius dejecit de fundo, atque ita effecit, ut usufructus tempore, & in usu interiret, ut usufructus non utendo periret, ab usufructu fructuario dejecto. An igitur factum proprietarii fructuario nocebit, proprietario proderit, nimirum usufructu extincto, & post extinctionem statim consolidato proprietati? Sic videtur summo jure. Hoc modo factum proprietarii, qui vim fecit, proprietario prodesse, recurrende ad eum usufructu, per factum ejus amisso, non utendo, & fructuario nocere, quia uti non potest, quia utendum usurpare, siue retinere usumfructum non potest. Sed quia iniquum hoc est, ideo hoc interdicto reddito, fructuario, qui vi dejectus est, prætor jubet à proprietario, qui eum dejecit, usumfructum, quamvis jure summo extinctus sit non utendo, usumfructum fructuario restitui, id est iterum constitui, restaurari usumfructum. Quod prononit Paulus in posteriori parte hujus legis 9. ad quam pertinet adjectic rationem æquitatis, quæ etiam ex hoc libro extat in l. 155. de reg. jur. & conjungenda est cum potteriori illa parte legis 9. quia factum, inquit, cuique suum, non adversario nocere debet, quia vis scilicet, quam fecit dominus, nocere debet domino, non adversario, id est, fructuario, qui vim pertulit, & per hoc amisit usumfructum non utendo, quique modo cum illo de vi hoc interdicto agit, ut usufructus restituatur, redintegretur. Quæ sequuntur regulæ in d. l. 155. etiam pertinent ad idem interdictum. Non videtur, inquit, vim facere, qui jure suo utitur, & ordinaria actione experitur, id est, legitima actione. Ordinariam, & legitimum idem semper est. Vis quædam est legitima, quæ fiebat in vindictis rerum, ex veteri formula, & ex illa l. 12. tabular. ex jure manu confertum. Manu enim conferere ex jure, est ex jure vim quandam facere, ac proculdubio vis, & deductio quædam solemniter fiebat, cum vindictæ alicujus rei contendebantur inter aliquos ex 12. tabul. quam vim civilem, & festucariam Gellius vocat libr. 20. cap. 9. quæ verbo dicebatur, non manu fiebat. Ad hanc vim non pertinet interdictum, unde vi, quia non videtur vim facere, qui jure suo utitur, & ordinaria actione experitur, id est, qui rei vindicatione experitur, quamvis vim faciat illam civilem. Vis civilis, vis non est, quæ in hoc interdictum veniat. Est & altera regula in d. l. 155. In pœnalibus causis benignius interpretandum esse, quæ referenda etiam est ad ad interdictum unde vi, de quo videtur Paulus idem scripsisse, quod Ulpianus in l. si præses, de pœn. Si præses ita pronuntiaverit, vim fecisti, si quidem ex interdicto unde vi, id est, cum ageretur interdicto unde vi, ita pronuntiaverit, non esse notatum infamia eum, quem pronuntiavit vim fecisse. Hoc enim interdictum non est famosum, l. 13. de vi, & vi armata: unde & ex ea sententia non sequitur pœna legis Julæ de vi. Sed si cum actum esset criminaliter iudicio publico ex lege Julia de vi, iudex quæstionis ita pronuntiavit, vim fecisti, aut ut est in Basilicis ele-

ganter scriptum ex veteri more dicendarum sententiarum A
βίαν περιηκέναι δοκεῖ, vim fecisse videtur. Pronuntiabat enim videri modestius, quam fecisse. Cujus rei multa sunt exempla in libris nostris, & aliis auctoribus. Is, inquam, de quo ita pronuntiatum est, notatus videtur ex criminis publico, quod ei objectum erat, vel legis Juliae, vel de vi privata, vel de vi publica, etiam si vim praeses, aut iudex non distinxerit, sed dixerit simpliciter, *vim fecisti*: eam enim vim dixisse videtur, quae objecta erat iudicio publico ex lege Julia. At si utriusque legis, & de vi privata, & de vi publica crimina objecta sint reo, & praeses simpliciter pronuntiaverit, *vim fecisse videris* mitior lex, ut ait *d. l. praeses*, id est, lex Julia de vi privata sequenda est: quia, ut definit Paulus in extrema regula *l. 155. In poenalis causis benignius interpretandum est*: mitior poena, mitior lex sequenda est.

Ad L. CLIII. de regul. jur. *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Vt igitur nulla possessio adquiri, nisi animo, & corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.*

EX hoc libro jam docui leges tres pertinere ad interdictum unde vi. Idem docebo de caeteris omnibus legibus. Ac primum de lege 153. de regul. juris: cuius posterior pars repetitur in *l. 8. de acquir. possess.* In hunc enim tractatum de interdicto unde vi cadit haec quaestio. Utrum possessio retineatur, vel amittatur, vel adquiratur solo animo, solove corpore, an animo simul, & corpore? Et constat possessionem retineri solo animo; ideoque C etiam eum, qui corpore suo, vel alieno non insistebat praedio, animum tamen habebat possidendi praedii, vi dejectum videri ex possessione, si rediens in ipsum praedium vi prohibitus fuerit ingredi, *l. 1. §. siue autem, de vi, & vi arm.* Amitti autem possessionem corpore absque dubio, si quis vi possessione expellatur, & animo simul, quia fieri non potest, ut qui expulsus est, non abjecerit animum possidendi: atque ita, ut ait *d. l. 153. sicut nulla possessio adquiri potest nisi animo, & corpore*, quod est certissimum, & perpetuum, ita nulla possessio amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est, id est, nulla amittitur, nisi animo possessor simul, & corpore desinat possidere. Et utitur Paulus in hac l. comparatione obligationis, ut & in *l. quamvis, inf. de acquir. poss.* Obligatio eodem modo dissolvitur, quo contrahitur, ut puta verbis D dissolvitur per acceptilationem, quae verbis contracta est, id est, per stipulationem. Re dissolvitur, quae re contracta est, exempli gratia: Obligatio contracta numeratione mutuae pecuniae, renumeratione, & resolutione quantitatis ejusdem dissolvitur. Et similiter nudo dissensu dissolvitur, quae nudo consensu contracta est, *l. prout, de solut. l. 35. de regul. jur.* Denique eodem genere exsolvimur, quo obligamur, & olim quoque nominibus contracta obligatio per scripturam mensae argentariae, dissolvebatur per scripturam mensae, quod Terentio est rescribere, & perscribere. *Argentum*, inquit, *jube rursus rescribi Phormio. Quod? nae ego perscripsi porro illis, quibus debui?* Verum addit Paulus articulum fere in *has l. 153.* quo hanc definitionem temperat: fere, id est, plerumque, *le plus souvent.* neque enim obligatio contracta verbis, semper verbis E dissolvitur, sed etiam potest dissolvi alio genere, veluti solutione, *d. l. prout, de solut.* Utitur etiam Paulus in hac lege comparatione dominii: *dominium quibus modis adquiritur, iisdem etiam in contrarium actis amittitur.* Adquiro dominium rei traditione mihi facta à domino. Et rursus id amitto traditione ejus rei, à me alteri facta ex iusta causa transferendi dominii. Tria sunt, quae adquirimus, vel amittimus, obligatio, dominium, possessio: nullum est quartum. Haec tria comparat invicem Paulus in *d. l. 153.* obligationem eodem modo dissolvi, quo contrahitur: dominium eodem modo amitti, quo adquiritur: possessionem eodem modo amitti, quo etiam adquiritur. Et illud fere, quod ponit Paulus initio legis,

Tom. II. Post.

pertinet ad omnia illa tria. Jam docui pertinere ad obligationem: pertinet etiam ad dominium, quia dominium rei, quod exempli gratia quaesivi alluvione, amitto etiam alio modo, quam alluvione, veluti traditione, & mancipatione. Et similiter possessionem, quam quaesivi animo, & corpore, neque enim aliter eam quaerere possum, quam si utrumque concurrat, si velim possidere, & si rem corporaliter apprehendam. Possessio, inquam, quam quaesivi animo, & corpore, quamvis non amittam corpore solo, nisi eo sim animo, ut nolim possidere, quia animo solo retinere possessionem possum, amitto tamen eam animo solo, etiam si corpore meo possessione non abscesserim, ut puta, si alieno nomine rem possidere coeperim: atque ita non omnino ut adquiritur, & amittitur possessio: non adquiritur animo solo, & amittitur tamen animo solo. Caeterum corpore solo, neque adquiritur, neque amittitur, quod ostenditur in *l. 3. §. in amittenda, l. 7. §. 1. l. 18. & passim in tit. de acquir. poss.* Et perquam eleganter hac de re Bulgarus, *Si quaeris*, inquit, *an possessio amittatur corpore? respondeo, non corpore amitti, sed corpore, & animo: si vero, an animo amittatur? respondeo, amitti animo.* Sed de his factis, quia & ea jam exposuimus lib. 54. ad *l. 3. de acquir. possess.* Nunc addamus explicationem comparationis propositae in hac *l. 153.* Ac praeterea de interdicto unde vi notandum hoc est, eum, qui à me vi, aut clam, aut precario possidet, id est, qui me vi expulit possessione, vel qui me prohibente possidere coepit, vel qui me incio furtive ingressus est in possessionem fundi mei, vel is, cui precario rem meam possidere permisi, uno verbo, qui à me vi, vel clam, vel precario possidet, Rhetores dicunt *βίαν, λάθρα ἢ ἀπαρτη*, eum, inquam, non habere interdictum unde vi adversus me, si eum deiecero vi nisi id fecero coactis hominibus armatis, vi armata. Sed si alius eum vi deiecerit, à quo non possidet, qui à me possidet vi, aut clam, aut precario, non ab alio, si, inquam, alius ille, eum vi deiecerit, hoc interdictum habere adversus illum redintegrandae amissae possessionis causa, *l. 1. §. qui à me, & l. 14. de vi, & vi arm.* Paulus 5. sentent. *Qui vi, inquit, aut clam, aut precario possidet ab adversario, impune deicitur, ab adversario scilicet, nec timet interdictum unde vi.* Unde & in lege Thoria, quam dedit Roma, ubi in lapide incisa inventa est: *Qui, inquit, ex possessione vi dejectus est, quod ejus is, qui dejectus est possederit, quod neque vi, neque clam, neque precario possederit, ab eo, qui eum ea possessione vi deiecerit, facito, ut restituatur.* Quibus verbis plane significatur, interdictum hoc dari tantum ei, qui nec vi, nec clam, nec precario possidet ab eo, qui eum vi ex possessione deiecit, vel qui ab alio quidem vi, aut clam, aut precario possidet, sed non ab eo, qui eum ex possessione deiecit vi. Nam & hoc interdictum injusto possessori datur, modo non ab eo, adversus quem dedit interdictum, injuste sive vitiose possideat. Quod servari etiam in interdicto uti possidetis ex hoc ipso libro Paulus scripsit in *l. 2. uti possid.* nempe dari interdictum uti possidetis ei, qui vi, aut clam, aut precario possidet ab alio tuendae injustae suae possessionis causa, sive retinendae, non etiam dari ei, qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, quo cum agit hoc interdicto: adversus caeteros, quos actor possidere negat, quamcunque possessionem interdicto uti possidetis, justam, vel injustam ei proficere: adversus eum, cum quo agit interdicto uti possidetis justam duntaxat proficere, non injustam, & vitiosam possessionem, ut puta, si ab eo possideat vi, aut clam, aut precario, ut *l. ult. de acquir. possess.* Et his de rebus tractans Paulus videtur etiam scripsisse, quod est in *l. 11. de acquir. poss. juste possidere eum, qui auctore praetore possidet.* Eam scilicet maxime justam possessionem esse, & proficere adversus omnes, etiam adversus dominum, qui praetorem auctorem habet, ut *l. 1. §. quaesitum, quod leg. & possessori parere Publicianam actionem, si possessionem amiserit, non dum impleta usucapione, l. 18. §. pen. de dam. infec. l. generaliter, de noxal. act.*

E e e

Ad

Ad LXI. de Verb. signif. Satisfactionis appellatione interdum etiam repromissio continetur. Qua contentus fuit is, cui satisfactio debebatur.

Porro huic libro 65. etiam adscribitur l. 61. de verb. signif. quæ ait, satisfactionis appellatione (qua proprie significatur datio fidejussorum) interdum etiam nudam repromissionem contineri, nudam cautionem, qua contentus, inquit, fuit is, cui satisfactio debebatur. Et meo judicio ea lex huic libro vitiose adscribitur, & reddenda potius est libro 63. & interdicto quod legatorum, non interdicto unde vi, de quo hic liber 65. fuit. Idque liquido constat ex l. 2. §. si legatarius, quod legat. quod & ibi docui: In edicto quidem ita dari, aut permitti heredi interdictum quod legatorum, si legatario, qui legatum occupavit sine voluntate heredis, heres satisfecerit legati nomine, quod sane est, si fidejussores dederit. Verum, ut ait §. si legatarius, idem erit, si caverit ipse heres stipulanti legatario, nec dederit fidejussores, si modo legatarius ea cautione contentus fuerit. Idemque est, si legatarius sibi pignoribus caveri satis habuerit. Nullum ad legem 61. potest accommodari propius exemplum, quam ex illo tractatu de interdicto quod legat.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.V. Quem. serv. amitt. Servitus & per socium, & fructuarium, & bonæ fidei possessorem nobis retinetur.

Ad L.II. de Ufuc. Usurpatio est usucapionis interruptio. Oratores autem usurpationem, frequentem usum vocant.

EXPOSUIT in hoc libro Paulus interdictum de itinere, actuque privato, quo prætor tuetur quasi in possessione servitutis eum, qui hoc anno retrorsum computato ex die redditus interdicti, non minus, quam mense uno, itinere, actuque privato, non vi, non clam, non precario usus est, per fundum alicum, ubi nihil interest, usus quis ea servitute fuerit, an socius ejus, an fructuarium, an bonæ fidei possessor. Nam & per eos, ei, cui competit servitus, servitus retinetur, & usurpatur, l. 5. quemadmodum serv. amitt. quæ est ex hoc libro. Itemque per servos, si servi itinere utantur, non etiam dominus: & per colonos, per amicos, & hospites, l. 1. §. uti vid. de itin. actuque priv. Et per eum etiam, cui precario is, cui iter debetur, fundum dedit, l. 1. §. pen. eod. tit. Imo & per malæ fidei possessorem, ut docui in l. 2. de usurp. & ufuc. lib. 54. Nihil etiam interest, ut sit huic interdicto locus, hoc anno itinere, vel actu, vel via usus quis recte fuerit, id est, non vi, non clam, non precario, ab eo, quo cum interdicto agit, nec aliter postea usus fuerit, an vero postea eo fuerit usus vi, aut clam, aut precario. Nec enim ideo minus hoc interdictum ei dabitur tuendæ quasi possessionis causa, l. 1. §. ult. eod. tit. Nam ut eleganter ait Paulus in l. 2. eod. quæ est ex hoc libro, quod aptari potest ad plerasque alias causas, corrumpi, aut commutari non potest superveniente delicto, quod semel recte transactum est. Quomodo etiam dicitur recte inchoatam usucapionem non interrumpi superveniente mala fide, l. bonæ fidei, §. in contrar. de acquir. rer. dom. l. 4. §. de illo, inf. de usurp. & ufuc. mala fides est delictum. Et accommodari etiam hic recte potest, quod ait l. clam, de acqu. possess. non rationem obtinendæ possessionis, sed originem nanciscendæ possessionis exquirendam esse: neque enim, quæ recte initio possessa possessio est, corrumpitur superveniente mala fide. Et huic quidem l. 2. statim applicanda est l. 6. eod.

Ad L.VI. de Itinere, actuque priv. Sicut non nocet ei, qui sine vitio usus est, quod eodem anno vitiose usus est: ita emptori, heredique non nocebit quod ipsi vitiose usi sunt, si testator, venditorve recte usi sunt.

IN qua exemplo hujus sententiæ, quæ definit, non nocere ei, qui sine vitio usus est hoc anno itinere, actuque privato, id est, qui non vi, non clam, non precario usus est: quæ tres sunt vitiosæ possessionis, aut quasi possessionis species. Ei, inquam, qui hoc anno sine vitio usus est servitute, non nocere, quod eodem anno postea vitiose ea servitute sit usus, quia usus initium fuit justum. Hoc exemplo etiam ait, emptori fundi, cui servitus debetur, & inhæret, heredive ejus, qui recte ea servitute usus est, non nocere, si emptor, vel heres vitiose ea usus sit, quia etiam emptori hoc interdictum de itinere, actuque privato competit. Eiusque formula exstat in l. 2. de interd. Quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur vim fieri veto. Et idem hoc servatur, quod ad usucapionem attingit in herede, quatenus usucapionem bona fide ceptam à defuncto ipse heres implet, licet malæ fidei possessor sit, sed non servatur etiam in emptore, ut exposuimus in l. 2. §. si eam rem, & §. seq. pro empt. lib. 54. Porro ad hoc etiam interdictum de itinere, actuque privato referenda est l. 29. de verb. signif. quæ est ex hoc ipso libro, & referenda est hoc modo.

Ad L. XXIX. de Verb. signif. Conjunctionem enim nonnumquam pro disjunctione accipi Labeo ait: ut in illa stipulatione, mihi, heredique meo te, heredemque tuum.

Ad L. II. de Rivis. Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri: quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus, vel hauriendi aquam, quod sibi non placere Pomponius ait: quia id domino magis ex occasione, quam ex jure contingeret, nisi ab initio in imponenda servitute id actum esset.

QUAMVIS in edicto conjunctim ira scriptum sit, quo itinere actuque privato: tamen & de alterutro hoc interdicto recte agi, vel de itinere tantum, vel de actu tantum; & sufficere, si is, qui agit interdicto de itinere actuque privato, etiam si his verbis utatur (ut plerumque actiones concipiuntur, sicut edicta) si probaverit alterutrum, videlicet, vel se hoc anno itinere, vel actu usum esse, quod & ita proditum est in l. 1. §. si hoc interdicto, de itin. actuque priv. Conjunctionem enim, ut ait lex 29. de verb. signif. interdum pro disjunctione accipi, ut & in illa stipulatione: mihi, heredique meo dari, quoniam satis est alterutri dari: & in illa, te, heredemque tuum dare: quoniam satis est alterutrum dare. Qua de re etiam Paulus fufius scripsit libro 59. Exposuit autem hoc libro Paulus (& hic est finis) interdictum de aqua quotidiana, & ætiva, quod in edicto perpetuo sequitur illud de itinere actuque privato. Et de eo quoque interdicto, quod subsequitur tertium, quod est de rivis reficiendis, aut purgandis, aquæ ducendæ causa. Et in hujus tractatione, inter cætera l. 2. de rivis, quæ est ex hoc libro, proposuit ex Labeone, non posse ex aperto rivo, quem quis habet in alieno fundo, aquæ ducendæ causa, subterraneum fieri, quia domino fundi aufertur commodum aquandi pecoris, vel commodum hauriendæ aquæ: & contra ex Pomponio, posse ex rivo aperto subterraneum opertum fieri. Quia, ut ex rivo dominus hauriat aquam, vel ut appellat pecus, hoc magis dominus fundi habet ex occasione, id est, ex opportunitate tempestivitatum accedente, quæ commoditas non est ei invidenda ab eo, cui aquæ servitus debetur, commodum igitur habet magis ex opportunitate, & occasione è re nata, quam suo jure. Sed si ita sit fundo imposta servitus aquæ ducendæ nominatim, ut rivus fiat apertus, non opertus, tunc dominus fundi id jure suo habet, ut ex rivo hauriat aquam, vel ut in eum pecora appellat. Et hoc sane casu vera est sententia Labeonis, non aliter. De hoc interdicto etiam est liber 66. Explicit liber sexagesimus sextus.

IA-



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. VI. Quod vi. Si ego tibi mandavero opus novum facere, tu alii: non potest videri meo jussu factum, teneberis ergo tu, & ille: an & ego teneat videamus. Et magis est, & me, qui initium ei prastiterim, teneri. Sed uno ex his satisfaciente, ceteri liberantur.

IN hoc libro Paulus egit potissimum de interdicto, quod vi, aut clam, quo tenetur is, qui vi, aut clam opus novum fecit in alieno solo, vel in suo, ex quo alii damnum detur, aut dari possit, ut opus, quod fecit restituat, vel tollat, vel ut post opus restitutum ab alio damnum farciat, quod ex ea re contingit, & impensam factam in restitutionem prastet, ut l. 11. §. quod ait, quod vi, aut clam, l. 4. §. ult. de aqu. & aqua pluv. arc. At non tantum is, qui opus fecit vi, aut clam, sed & is, cujus jussu, aut nomine factum est opus, quive quod factum est ratum habuit, hoc interdicto tenetur, quia interdictum scriptum est in rem, & generaliter, nempe hoc modo: Quod vi, aut clam factum est, non in personam, quod vi, aut clam fecisti, l. 5. §. ult. quod vi, aut clam. Eodem modo, quo & actio quod metus causa gestum erit, quæ ob eam rem dicitur scripta in rem, id est, generaliter, non in personam, neque enim ita concipitur, quod metus causa fecisti, sed, quod metus causa factum est, ut id restituatur, rescindatur, l. 9. §. animadvertendum, & §. ult. de eo, quod metus caus. Itaque memineris actionibus in rem scriptis adjungi interdictum, quod dicitur, quod vi, aut clam. Nam & actionis appellatione interdictum continetur. Et ideo ut Paulus scribit in l. 6. quod vi, aut clam, quæ est ex hoc libro: Si ego tibi mandavero, ut opus novum faceres vi, aut clam, quo noceres alteri, tu opus non feceris, sed idem mandaveris Titio, ut opus faceret, & Titius fecerit tuo nomine ex mandato tuo, etiam tu teneberis interdicto, quod vi, aut clam: quia jussisti, sive mandasti Titio, ut opus faceret, & Titius quia opus fecit: ego quoque etiam si neque opus fecerim, neque Titium id facere jusserim, eodem interdicto teneor ei, cujus interest: teneor, quia hujus rei auctor sum primus, quia huic rei initium prastiti. Quod Doctores nostri trahunt ad eum, qui mandavit homicidium fieri, vel si is, cui mandatum est homicidium fieri, idem alii demandaverit, qui & homicidium perpetravit, ut omnes teneantur lege Cornelia de sicariis. Sententia igitur legis 6. hæc est: Si tibi mandavi, ut opus novum faceres, quo damnum daretur alteri, tu non feceris, sed alii mandaveris faciendum, qui opus fecerit, & ego, & tu, & ille omnes tenebimur interdicto, quod vi, aut clam. Verum uno ex nobis satisfaciente actori, ceteri liberantur. Quod tamen non posset trahi ad speciem illam homicidii, propterea quod ea causa poenalis est. Verum in hac specie uno satisfaciente, ceteri liberantur, quia interdictum non poenæ, sed rei persecutionem, sive restitutionem continet, & plures eandem rem eidem prastare æquitas non patitur. Quod & ita servari in actione quod metus causa recte notavit Accursius ex lege, quam diximus, de eo, quod metus causa, & quod idem Accursius etiam recte animadvertit in l. prox. §. ult. sup. Observandum est, quemadmodum ponatur species in l. prox. §. ult. & quemadmodum in hac lege 6. quoniam diversæ sunt species, nec permiscendæ: Si tibi mandavi, ut opus faceres, tu idem alii mandaveris, qui & id fecerit, & tu teneberis, & ego, & ille, ut in hac lege 6. Si vero tibi mandavi, ut opus fieri alii mandares, non ut faceres, & id alii mandaveris, qui & opus fecerit, ego quidem teneor interdicto, quod vi, aut clam, aut ille, sed non etiam tu, quia tu non jussisti ultro, tua sponte, sed ex mandato meo à me interposito. Sequitur in cod. tit. l. 16. quæ est ex hoc libro.

Tom. II. Post.

A Ad L. XVI. eod. Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest.

Ad §. Si quis vi, aut clam arbores non frugiferas ceciderit, veluti cupressos, domino duntaxat competit interdictum. Sed si amœnitas quædam ex hujusmodi arboribus prastetur: potest dici, & fructuarii interesse propter voluptatem, & gestationem, & esse huic interdicto locum.

Ad §. In summa, qui vi, aut clam facit, si possidet, patientiam, & impensam tollendi operis: qui fecit, nec possidet, impensam: qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet.

INitio ait: hoc interdictum competere ei, cujus interest opus non fieri, quod vi, aut clam factum est, ut l. 11. §. si fundus, & §. ult. & l. 15. §. ult. hoc tit. Unde apparet, & in l. 15. §. in hoc interdicto, rectius vulgo legi, quanti actoris interest, id opus factum non esse, non ut Florentiæ: quanti actoris interest, id opus factum esse. Competere ergo hoc interdictum ei, cujus interest opus non fieri, etiam si fundi, in quo opus factum est, & operis dominus, aut possessor non sit. Veluti competere non domino tantum, sed etiam colono, vel fructuario fructuum nomine, l. 12. hoc tit. At tunc sane soli domino competere, cum nullus exstet alius, cujus intersit opus non fieri: ut si quis vi, aut clam non frugiferas arbores cæciderit, veluti cupressos, inquit, quas & fructu supervacuas esse Plinius dixit, pro vacuas. Hoc casu domino duntaxat competit interdictum, non colono, vel fructuario. Verum addit exceptionem, si amœnitas quædam ex cupressis prastetur, forte ex odore, ut glossa notat, nec male, ἐὼδὸς ἡὼπὴ ἄσπερος Odill. §. & subjicit: Potest videri, & fructuarii interesse, non succidi cupressos propter voluptatem, & gestationem, ut scilicet sella gestatoria valetudinis causa per eum locum vehi posset, qui & arboribus sit infructuosus opacus. Ideoque ex hac causa fructuario competere interdictum, quod vi, aut clam, si quis arbores infructuosas cæciderit, ut damni æstimatio fructuario prastetur. Nam & in aquæ constituenda servitute, non abs re amœnitatis habetur ratio, l. hoc jure, in princ. de aqu. quotid. & asliv. Quin & semper juvat aquam in suo agro habere, vel in suum agrum aquam inducere, etiam si utilis non sit, l. ei fundo, de servit. Nec iis quicquam obstat l. 7. eod. tit. quæ ait: Ut pomum, sive poma, quod nomen generale est, mihi in alieno agro decerpere liceat, ut spatari, deambulare, cœnare mihi in alieno agro liceat, servitutem imponi non posse, de qua scilicet agitur. Ait recte servitutem, de qua scilicet in eo titulo agitur, servitutem in rem, servitutem prædiallem, quam prædium prædio vicino debeat, ita recte non imponi, quia nihil ea res ad utilitatem pertinet, vel amœnitatem, vel habentiam, ut veteres loquebantur, Animus, inquit Actius, habentia inflagrat, id est, opulentia inflatur. Nihil, inquam, ea res ad utilitatem, vel amœnitatem, vel habentiam prædii mei pertinet. Plus dico, etiam eo modo non videri constitutam servitutem personalem, quia ut liceat in alieno pomum decerpere, vel spatari, vel cœnare, hæc facultas neque usui, neque fructui similis est, & ideo ne hoc quidem modo hæc servitus, in personam servitus constituta esse intelligitur. Verum tamen, quod notandum est, non inutiliter tamen de ea re inter se vicini, vel amici conveniunt, quia conventio hujusmodi justa est, & obligationem parit ex contractu bonæ fidei, id est, ex lege contractus bonæ fidei, vel ex stipulatione, si hac de re interposita fuerit, ut sinas me pomum de tuo agro decerpere, & ut sinas me, cum mihi commodum erit in agro tuo spatari, vel cœnare: Fiage, me tibi vendere prædium ea lege, ut mihi in eo quandoque spatari, aut cœnare liceat. Ex lege venditionis proculdubio nascetur obligatio, qua erit obstrictus emptor, heresque emptoris. Et ita in l. venditor, communia prædiorum, licet neque in rem, neque in personam possit imponi servitus hujusmodi, ne liceat in mari piscari, quod patet omnibus, ut puta, si venditor in venditione fundi hanc legem dixerit, ne contra alium suum fundum, quem retinebat, piscatio Thynnaria excerceretur, quæ est species l. venditor. Venditor habebat duos fundos maritimos, unum retinuit, alterum vendidit ea lege, ne emptor

Ecc 2

con-

contra fundum, quem retinebat, Thynnariam piscationem A exerceret: neque servitus in rem, neque in personam imposita intelligitur, quia nec imponi potuit mari; emptor tantum in hoc obligabitur, heresque ejus, ne ut convenit contra eum fundum Thynnariam piscationem exerceat: obligatur, inquam, emptor, ut hanc legem venditionis servet iudicio ex vendito, vel ex stipulatione, si venditioni subjecta stipulatio fuerit. Et hæc est sententia *d.l. venditor*, ubi piscationem Thynnariam accipe, vel specialiter, vel generaliter, quam exercent, qui latine ceterarii dicuntur, & Græce *Θυνηνοποι*: nam & ceteri Latini etiam Thynnos, & Thynnos dixere majora quæque piscium genera. Imo & majora quæque animalia etiam terrestria: similes autem species duæ aliæ duci possunt ex *l.12. de an. leg. & l. ult. §. ult. de cont. empt.* In quibus scilicet neque realis, neque personalis servitus imposita intelligitur, utiliter. Obligatio tamen personalis contracta esse intelligitur ex conventionne, vel ex testamento, ex causa legati, aut fideicommissi.

AD §.ult. In §. ult. Paul. definit, hoc interdicto, quod vi, aut clam, eum, qui opus novum fecit, vel fieri iussit, si opus possidet, patientiam, & impensam tollendi operis præstare debere. Adde & damnum, quod ex eo datum fuerit. Hoc enim licet addere ex *l.4. §. ult. & l.5. & l.13. de aq. & aq. plur.* Eum vero, qui opus fecit, vel fieri iussit, & non possidet opus, impensam tollendi operis præstare debere. Frustra à non possessore desideraretur patientia. Eum vero, qui opus non fecit, & possidet tamen opus, quod factum est, patientiam tantum præstare debere, ut *l.13. §. ult. & l.14. inf. hoc tit.* Cum hoc tamen modo, si is, qui opus restituere vult, possessori caveat damni infecti, *d.l.5. de aqua, & aqua plur. arc.* Et nihil est præterea in hac *l.16.* Verum ad hæc notandum est, interdictum quod vi, aut clam post annum utilem non dari in eum, qui opus vi, aut clam fecit, aut factum habet: annuum est interdictum. Notandum est, hoc etiam interdictum dari in heredes, cæterosque successores ejus, qui opus fecit, non in solidum, sed de eo, quod ad eos pervenit, *l.15. §. hoc interdicto, quod vi, aut clam.* Et in heredes quidem de eo, quod ad eos pervenit ex delicto defuncti, dari perpetuo, etiam post annum, cum & in ipsum delicti auctorem, de eo, quod ad eum pervenit, hoc interdictum detur perpetuo: nam ut hoc libro Paulus generaliter definivit in *l. pen. de interd. ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his, &c. post annum iudicium dabo.* Definitio est Sabinii. Exemplum ergo apponatur ad hanc legem pen. quæ nihil præterea habet, de interdicto D quod vi, aut clam, quod in eam, qui vi, aut clam opus fecit est annuum, sed de eo, quod ex ea re locupletior factus est, id est, de eo, quod ad eum pervenit, est perpetuum. Potest etiam apponi exemplum de interdicto unde vi, quod etiam de eo, quod ad eum pervenit, qui vim fecit, est perpetuum: cæterum est annuum, *l.1. in princ. ubi id ita expressum est ex edicto ipso, l.3. §.1. de vi, & vi arm.* Potest etiam apponi exemplum ad eam definitionem de interdicto, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est rei servandæ causa, *l.1. §. ult. ne vis fiat.* Et ratio hujus definitionis Sabinianæ ea redditur, quæ redditur etiam in actione de dolo, quæ etsi annua sit ex edicto, hodie biennii ex constitutione Constantini, actio, inquam, de dolo etiam si annua sit ex edicto, tamen in eum, qui dolum admisit de eo, quod ad eum pervenit, & in heredem quoque ejus, de eo, quod E ad eum pervenit, est perpetua, *l.29. §. ult. l.30. de dolo.* Quia, ut ibi ostenditur, subnotatur ratio, de eo, quod pervenit, agitur potius calculi ratione, nempe ut subducatur ratio eorum, quæ ad eum pervenerunt, eaque restituantur actori, quam maleficii nomine. In actione de dolo, de maleficio potissimum queritur, & calliditate, & adversarii versutia: In actione, quæ est in factum potius, quam de dolo, qua agitur de eo, quod ad eum pervenit, de rei restitutione nuda tantum agitur. Et hæc ad *l. pen. de interd.*

Ad L. LXIV. de Verbor. signif. *Intestatus est, non tantum qui testamentum non fecit, sed etiam, cujus ex testamento hereditas adita non est.*

HUic libro etiam adscribitur *lex 64. de verb. signif. sed* meo iudicio perperam, neque enim quidquam pertinet ad hunc librum. Ait *l.64. Intestatum videri non tantum eum, qui testamentum non fecit: sed etiam eum, cujus ex testamento adita hereditas non est.* Qua ex causa irritum dicitur testamentum, & destitutum, & desertum. Unde & illius testamenti nullæ sunt vires, quia ex eo nullus heres exstitit. Hoc vero nullo modo pertinet ad interdictum, quod vi, aut clam, de quo hic liber fuit, sed pertinet potius ad interdictum de tabulis testamenti exhibendis, de quo actum est libro 64. Reddenda est igitur ea lex libro 64. Nam & interdicto de tabulis exhibendis destitutæ tabul. testamenti, vel quæ alio quocunque vitio laborant, tabul. nullæ, irritæ, ruptæ tabulæ, intestati facti testatoris, per repudiationem heredis, ei cujus interest, exhibendæ sunt, quoniam & earum, sicut & deletarum usus potest esse aliquis. Idque etiam ita proditum est in *l.1. §. sive autem, de tab. exhib.*



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

SI hæc ætas mea ingravescens, & quæ omnium communis natura, me contra laborem patientem esse sivillet, atque si me feræ non abduxissent à suscepta, jamque proxime ad finem perducta interpretatione edicti perpetui, quam Julius Paulus scriptam reliquit, omnino ab ea non destituissem. Ita eram comparatus ab animo. Sed quo is ferebatur, quo minus ad id pertenderem statim sine intermissione pertingeremque, imbecilla hæc compages corporis, qua animus tenetur inclusus, fecit: quæ & vix tulit, ut illa tempeitiva laboris intermissione alacrior ad laborem redirem: quinimo facilius ei forte fuisset me paululum quidem temporis à labore respirare, quam à respiratione ad laborem eundem revolve de novo. Valere enim in primis in me sentio, quod ex veteribus quidam ait, consuetudinem vix sentire magnum laborem, intermissam desiderare novas vires. At vicit tandem erga vos propensissima voluntas, tum etiam perpetui moris ineundi ratio, qui nunquam soleo aliquid inchoare, quin ad fastigium perducam: nec vicit quidem hoc solum, verum etiam ut quasi jam opere perfecto, quia semper ad dicendum me pauperem esse credidi, simul ut ad docendum locupletiozem me facere perseverarem. Itaque absolutis residuis Pauli libris, quod faciente Deo fiet intra 30. dies: residet enim decem tantum, & ii quidem satis breves, & ex iis quorundam is est modus, ut uno die facile absolvi possint, ut hodie fiet de libro 68. Certum est mihi interpretari titulum de actionibus empti, deinde titul. de evictionibus, qui maxime interpretem unum desiderant in hac parte Digestorum, cui ex ordine majorem anni partem daturi simus operam. Ac prius Deum omnipotentem invocemus supplices, delictorum venia petita, & rite precemur mentis flore, *ὦς ἀΐθη*, ut Zoroaster ait, & votiva mente, ut juvet nos, & bene prosperet, & promoveat studia nostra, atque in eis non nisi vera consecrantibus, & conquirentibus nobis, ut majestatis, & numinis sui sanctissimi clarissimam lucem porrigere, & prætere vellet per Jesum Christum Dominum nostrum, in quo & illi, & Spiritui Sancto individuum confortium, & sempiterna laus est.

Liber 68. Pauli est de interdicto Salviano: superiores proximi 5. fuerunt de aliis interdictis: hic est de interdictis ultimis, & proprie, ut dixi de interdicto Salviano, quo creditor pignoratitius persequitur nudam possessionem rerum debitoris sibi pignori obligatarum. Idem persequitur actio Serviana, quæ hypothecaria dicitur: nam & hæc nudam possessionem advocat, *l. si cum venditor, de evict.* sed in rem est actio, nec personam obligat, aut petit, *d.l. si cum*

cum venditor, & l. pignoris, C. de pignor. l. 2. C. si unus ex plur. hered. cred. Interdictum autem Salvianum est in personam. Sicut interdicta omnia, licet videantur concepta in rem, id est, generaliter, quia nominatim, & diserte non notant personam ejus, in quem concipiuntur: vi tamen ipsa personalia sunt, l. 1. §. pen. de interd. Quamobrem interdictum Salvianum directe datur adversus debitorem tantum, qui pignus tenet, l. 1. C. de proc. & Salv. interd. Actio autem Serviana datur adversus quemlibet possessorem. In rem actionem possessio parit adversario, l. un. C. de alien. jud. mut. Quæ autem de actione Serviana jure prodita sunt, plerumque & in interdicto Salviano locum habent. Unde & quod proditum est ex hoc Pauli libro in l. 7. de pignoribus.

Ad L. VII. de Pignorib. Vel quæ in usum quotidianum habentur, Serviana non competit.

Obligatione generali rerum, quas quis habet habiturusve sit, non contineri ea, quæ verisimile est, quemquam specialiter obligatum non fuisse: ut puta, quæ debitor in usu quotidiano habuit, ideoque de his Servianam non competere. Idem omnino ipsemet Paulus scriptum reliquit de interdicto Salviano lib. 5. Sentent. tit. 6. his fere verbis: Omnibus bonis obligatis, quæ habet, quæque habiturus est, ea non obligari, quæ in usu quotidiano habet. Ideoque de iis, nec interdictum reddi. Interdictum Salvianum scilicet. Non reddi igitur de veste: non reddi de mancipiis, quorum ministeria debitori maxime necessaria sunt: non reddi de supellectile. Nam & lex 6. hoc tit. nominatim ait, quod memoriæ habere operæ pretium esse puto, generali hypotheca non contineri supellectilem, non contineri utensilia, quia & hæc ad usum quotidianum patrisfamilias parata sunt, l. 7. de supell. leg. Etiam additur in l. 8. hoc tit. & eod. loco Sentent. Pauli, & l. 1. C. quæ res pignor. oblig. non poss. generali obligatione omnium bonorum presentium, & futurorum non contineri ancillam, quæ est in concubinato debitoris, nec filios naturales ex eo concubinato quæsitos, nec alumnos. Cæteraque, quæ usque eo animus sibi applicuit, ut ab illis, quam à vita divelli, gravius esse ducat. Qua ratione etiam bonis omnibus debitoris possessis, & venditis ex edicto prætoris, excipiuntur concubina, & liberi naturales, l. pen. de reb. auct. jud. poss. sive de privil. cred. In generali sermone semper quædam tacite excipiuntur, l. 9. de servit. Pater, qui filiosam permittit liberam peculii administrationem, non profuse ei omnia permisisse videtur, sed ea tantum, quæ & specialiter permittitur esset, l. qui peculii, de pecul. Itaque nec donare ei permittitur rem peculiarem, nec pro alio pignori dare, nec alienare in fraudem creditorum, l. 1. §. 1. quæ res pignor. ob. non poss. l. si pater filios. quæ in fraud. cred. Princeps, qui libertino concessit liberam testamenti factionem, non continuo etiam videtur ei remisisse omnia solemnia juris, l. si quando, in princ. C. de inoff. test. Testator, qui legat mobilia sua omnia, aurum & argentum, factum vel infectum legasse non videtur, denique pretiosiora mobilia, veluti gemmas pretiosissimas legasse non videtur. Quod & ita Paulus scripsit nominatim 3. Sentent. tit. de leg. Et idem ipsum retulit Harmonopolus 5. epitom. tit. 10. ex Basilicis, quæ cum sint compacta ex Dig. & Cod. inde conjecturam facio, sententiam illam, mobilibus legatis aurum, & argentum non deberi, nisi de iis quoque manifeste sensisse testatorem ostendi possit, alicubi in Digestis, vel Cod. delitescere, vel deesse potius: nam si in ea quærenda fueris diligens, frustra fueris diligens: neque ea ita exprimitur, ut quidam putant in l. si chorus, §. 1. de leg. 3. Ac præterea general. fideicommissio restituendæ hereditatis relicto à liberis heredibus institutis, præter Falcidiam excipitur dos, & donatio propter nuptias, quodve imputat Falcidiam, deest donationi propter nuptias, vel doti constituendæ pro modo facultatum, & dignitate natalium ex Nov. Just. 39. ubi utitur etiam exemplo generalis hypothecæ, à qua excipiuntur, quæ ex Paulo retuli ante & ἀεὶ ἄλλοι, ut Just. nianus ait eo loco, id est, iusta præsumptione, legitima præsumptione. Præsumptionibus

enim periculose utimur, ne dicam perperam, nisi eas ex jure ipso ducimus. Sequitur ex eod. Pauli libro in l. 12. eod. tit. hæc quæstio.

Ad L. XII. eod. Sed an via, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur: scilicet si vicinum fundum habeat, & si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

AN servitutes rusticorum prædiorum, veluti via, iter, actus, aquæductus, quæ prædiis nostris debentur, à nobis pignori opponi possint? qua de re dubitabatur, quia non sunt in bonis nostris, l. 1. de usufr. leg. non sunt, inquam, in bonis nostris, ob id ipsum, quia nec sunt, sed intelliguntur, & quia in servitutibus urbanorum prædiorum constat pignoris conventionem non valere, non consistere, l. 11. §. ult. hoc tit. Verius tamen est in servitutibus rusticorum prædiorum pignoris conventionem consistere: videlicet si hoc agatur, quod l. 12. ostendit, ut iis servitutibus, quas vicini fundus fundo debitoris debet, creditor, qui & ipse fundum vicinum habet, quamdiu pecunia soluta non erit utatur, videlicet ne interc. dant non utendo, & si intra diem dictam solvendæ pecuniæ, pecunia soluta non erit, ut has servitutes creditori liceat vendere alii vicino, cui eadem servitutes utiles esse possunt. Re ita gesta conventionem valere Pomponius existimat, cuius sententiam Paulus ait, propter utilitatem contrahentium admittendam esse: non quocumque modo habita conventionem hujusmodi, sed eo, quo diximus, quoque tradit habendam conventionem Paulus ex Pomponio in hac l. 12. Nec est, quod eo moveamur, quod servitutes dicantur non esse in bonis nostris, quia & eadem dicuntur non omnino esse extra bona nostra, d. l. 1. de usufr. leg. Cur autem idem non admittatur in servitutibus urbanorum prædiorum, ratio est evidens. Quia creditor has servitutes, ad diem pecunia non soluta, cui vendat, nullum habet. Quis enim, exempli gratia, empturus sit servitutes tigni, vel stillicidii immitendi, debitam ædibus L. Titii? neque enim ex usu aliarum ædium hæc servitutes esse possunt, quam ædium L. Titii, ex quibus tignum, vel stillicidium projicitur in ædes in vicinia politas. Inutile omnino est pignus, quod emptionem, & venditionem non recipit. Quo enim mihi pignus, si id distrahere non possum? l. 4. sup. de pignor. act. l. mulier, C. de dist. pign. Et adeo quidem inutile est pignus, quod emptionem venditionem non recipit, ut id solum sit utile, quod emptionem venditionemque recipit, l. 9. §. 1. hoc tit. de pign. At via, itineris, actus, aquæductus, si harum aliqua creditori obligata sit, creditor alium vicinum, cui vendat, invenire potest. Possunt enim hæc servitutes pluribus vicinis utiles esse, ideoque harum servitutum obligatio valet, deque iis creditoribus reddi potest actio Serviana, vel interdictum Salvianum. His adjecit Paulus hoc ipso libro, ut constat ex l. 15. qui pot. in pignor.

Ad L. XV. Qui pot. in pign. Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari potest. Ita tamen, ut prior causa sui domini soli, si non solvatur ei solarium.

Superficiem, quæ veluti servitus quædam est, l. si iibi, §. ult. de leg. 1. quam quis positam habet in alieno solo, pignori dari posse, ut l. tutor, §. ult. de pignor. act. l. grege, §. & in superficiariis, de pignor. Et competere igitur de ea, si pignori obligata sit, actionem Servianam, & interdictum Salvianum: ita tamen, ut dominus soli, cui tacite pro solarium superficies obligata est, tanquam antiquior, potior sit in persecutione pignoris, si ei solarium non solvatur. Sic vocatur merces soli, aut vectigal, quod domino pro solo penditur in hac l. 15. & l. 2. §. si quis neminem, ne quid in loco publ. l. cum servus, §. heres, de leg. 1. Et apud Symmachum 4. epistol. Solvere solarium, inquit, pater iussus est taxatione pretiorum graviter aggerata. Quod etiam genus vecti.

vectigalis significat Justin. lib. 18. his verbis, *Statuto annuo A vectigali pro solo urbis*, id est, statuto solario. Et quod dicimus de prædio, de fundo superficiario, idem omnino absque dubio dici potest de prædio emphyteuticario, posse eum ab emphyteuticario pignori dari, sine deminutione tamen vectigalis emphyteutici domino debiti, cujus prior semper, potentiorque causa est. Ad causam pignoris ex hoc ipso libro, etiam pertinet *lex 13. quæ in fraud. credit.*

Ad L. XIII. Quæ in fraud. cred. Illud constat, eum, qui pignus tenet, hac actione non teneri. Suo enim jure, & ut pignus, non rei servandæ causa possidet.

Lex est elegantissima, quæ ostendit, actionem Paulianam, qua revocari solent ea, quæ in fraudem creditorum gesta sunt, locum habere etiam uno tantum ex creditoribus misso in possessionem omnium bonorum debitoris, servandæ rei causa, crediti servandæ causa, quo genere pignus prætorium constituitur: videlicet, si is omnia bona teneat, sibi que habeat, & competere cæteris creditoribus, qui missi non sunt in possessionem in hoc, ut in portionem bonorum veniant pro rata, cæterisque exæquentur, ut *l. 6. s. sciendum, eod. quæ in fraud. cred.* Quia & uno tantum creditore misso in possessionem rei servandæ causa, possessio, quæ ei data est, proficit omnibus creditoribus, quasi data in rem, & generaliter: denique non ei soli proficit, sed & creditoribus omnibus, licet reapse missi non sint in possessionem: Unum venisse in possessionem satis est: hic possidet non sibi tantum, sed cæteris omnibus, *l. 12. de reb. auct. jud. poss. l. 5. s. si plures, ut in poss. leg.* At & hic notanda magna differentia, quæ intercedit inter pignus prætorium, quod missio in possessionem constituit, & pignus conventionale. Nam ex conventionem constituto pignore, creditor, cui pignus datum est, cæteris creditoribus non tenetur actione Pauliana, ut vocetur in portionem pignoris sibi ex conventionem dati in solidum, quia hic, ut ait Paulus: *suo jure possidet*, & ut pignus conventionale, non ut pignus prætorium: sibi ergo soli, non omnibus. Pignus prætorium est commune omnium. Pignus conventionale est cuiusque proprium. Et verissimum quidem hoc est, si quis ab initio sub pignore ex conventionem pecuniam crediderit: nam si ab initio sine pignore pecuniam crediderit, deinde in vetus creditum pignus acceperit cæterorum creditorum fraudandorum gratia, hoc agente, & moliente debitore, ut cæteri fraudarentur. Si, inquam, cum ab initio esset creditor chirographarius, postea cœperit esse pigneratitius, sive **D** hypothecarius cæterorum creditorum fraudandorum gratia, tunc Pauliana actio locum habet, quia pignoris datio, licet ex conventionem profecti, revocatur, *l. 10. s. si cui, & l. 22. eod.* Est addenda & alia exceptio ex *l. 4. eod.* quæ sumpta est ex hoc libro.

Ad L. IV. eod. In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit, quod debeat facere, intelligendum est, id est, si non utatur servitutibus.

In fraudem facit creditor, cui servitutes rusticorum prædiorum pigneratæ sunt, ita ut eis uteretur, quamdiu pecunia non solveretur, quam conventionem valere jam supra ostendi *l. 12. de pignor. si dolo malo forte colludens cum vicino, his servitutibus non utatur, ut non utendo debitori E pereant: nam ut ait, in fraudem etiam facere videtur, qui non facit, quod facere debet, ut qui servitutibus sibi pigneratis, prout convenit, non utitur: nam & per creditorem si iis utatur, debitor has servitutes usurpat, & retinet, quamvis non ipse his utatur, sed creditor, quod & in conventionem addi solet, ut & iis utatur creditor, ne non utendo amittantur. Restat ex hoc ipso libro tantum *l. 14. de adquir. possess.**

Ad L. XIV. de Acquir. poss. Si servus, vel filiusfamilias vendiderit, dabitur accessio ejus, quod penes me fuit, scilicet si voluntate mea, aut de peculio, cujus liberam peculii administrationem habuerunt, vendiderunt.

Ad §. Tutore quoque, vel curatore vendente, dabitur accessio

sio ejus temporis, quo pupillus, vel furiosus possedit.

Quæ est de accessionibus possessionum, qua de re in pignorum causa nonnunquam agitur. Nam & creditor, cui quis rem alienam ignorans ignorantem pignori dedit, in submovendo domino rem vindicante, præscriptione longi temporis uti potest, accessione temporis, quo creditor eam rem possedit, hoc est, id temporis conjungere suo temporis, atque ita continuare longi temporis præscriptionem, *l. de accessionibus, de div. & tempor. præscript.* Docet autem Paulus in *d. l. 14. servo*, aut filiosfamilias voluntate patris, aut domini, vendente rem patris, aut domini, aut vendente rem peculiarem, cum liberam haberet peculiarii administrationem, emptorem uti accessione temporis, quo pater, vel dominus eam rem possedit, per se, vel per servum, aut filium, ut *l. pen. s. sed & si à filios, eodem tit. de div. & temp. præsc.* Itemque tutore, vel curatore vendente rem pupilli, vel furiosi, emptoris possessioni accedere, & conjungi possessionem pupilli, vel furiosi, ut *d. l. pen. s. jud.* Sic etiam, quod proculdubio subjunxerat Paulus, creditore vendente rem sibi pigneratam, emptori dari accessionem ejus temporis, quo debitor eam rem possedit. Servus, vel filiusfamilias non est dominus rerum patris, vel domini, sed neque rerum peculiarem, cum peculium eis concessum, non datum sit, eisque possit quodcumque adimenda voluntate. Tutor item, vel curator non est dominus rerum pupilli, vel furiosi, sed neque creditor rei pigneratæ. Venditiones tamen ab iis factæ ratæ sunt, & perinde ac si factæ essent à domino ipso inter eum, & emptorem, quamvis ab ipso non emerit, tempora conjunguntur usucapionis complendæ, vel longi temporis præscriptionis quærendæ causa. Et nihil est præterea in hoc libro.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

POST interdicta hoc libro, & duobus sequentibus, Paulus sequutus ordinem edicti perpetui, dedit exceptiones, qui ordo servatur etiam in Dig. Justin. Ac primum quidem tractat de exceptione doli mali, qua tuctur se reus, qui ad diem, quo cum pœna iudicio se sisti promisit, ex iusta causa in iudicium non venit: veluti, qui, quod cum in iudicium accurrere vellet conducta die, à magistratu impeditus fuerit, vel retentus sine dolo malo ipsius. Ex hac enim causa æquum est, ei exceptionem tribui, si ex stipulatu conveniatur de pœna, quod sua die in iudicium non venerit: sed non etiam si à privato detentus fuerit, quia hoc casu, ut Paulus ait in *l. 3. si quis caut.* quæ est ex hoc libro.

Ad L. III. Si quis caut. Sed actio ei datur adversus eum, qui detinuit, in id quod ejus interest.

Sufficit ei actio in factum, qua ei tenetur is, à quo detentus est, in id quod sua interest, ex edicto de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat, quod proponitur titulo superiori. Sufficit ei, inquam, hæc actio, quæ ex illo edicto competit, nec datur simul etiam ei exceptio adversus stipulatorem, qui iudicio sisti stipulatus est. In magistratum, qui eum detinuit, quo minus iudicio se sifteret, eadem non suppetit actio, nec si dolo malo eum detinuerit, quia dum magistratu fungitur, dum est in magistratu, sine fraude in jus vocari non potest, *l. nec magistrat. de injur. & in l. Servilia repetundarum.* De hisce, id est, de pecuniis repetundis, dum magistratum, aut imperium habebunt iudicium ne fiet. Et Varro apud Nonium: Prætor, inquit, noster mihi pecuniam eripuit, de ea ad annum questum veniam ad novum magistratum: quia scilicet prætura annuus erat magistratus, & intra annum prætor sine fraude

de in jus vocari non poterat. Quod si duo sint rei credendi sive stipulandi, qui ejusdem pecuniæ exactorem habeant in solidum, ut ex hoc etiam lib. proponitur in *l. 5. si quis caut.*

Ad *L.V. eodem.* Si duo rei stipulandi sunt, & uni debitor iudicio se sisti cum pœna promiserit: alter autem impedierit: ita demum exceptio adversus alterum danda est, si socii sint: ne proficit ei dolus propter societatem.

Ad *§.* Item si duo rei promittendi sint, & unus ad iudicium non venerit, contenta sua promissione iudicio sistendi causa facta, actor autem ab altero rem petat, ab altero pœnam desertionis: petendo pœnam exceptione summovebitur.

Ad *§.* Æque si à patre facta fuerit promissio iudicio sistendi gratia, ex filii contractu, deinde de re actor egerit cum filio: exceptione summovebitur si cum patre ex eius promissione agat, & contra idem erit, si filius promiserit, & actor egerit cum patre de peculio.

ET debitor communis uni iudicio se sisti in diem certum cum pœna promiserit, & alter, cui idem non promisit, eum dolo malo detinuerit, quo minus ad diem iudicio se sisteret, ita distinguendum est: Aut duo illi rei credendi, duo creditores, quibus singulis solidum debetur, quibus singulis solidi exactio est, aut socii erant, aut non erant: si non erant socii, de pœna agente eo, qui iudicio sisti stipulatus est, quod promissor in iudicium non venerit, quod iudicio die constituta debitor defuerit, debitori non proderit exceptio doli mali, quod ab altero creditore dolo malo impeditus fuerit. Verum alter creditor, qui eum dolo malo detinuit, vel qui dolo malo fecit ut detineretur, debitori tenebitur in factum ex edicto superiori in id quod interest. Si socii erant, etiam adversus eum, qui iudicio sisti stipulatus est, licet moram nullam ipse reo, aut impedimentum nullum attulerit, quo minus iudicio se sisteret, agentem de pœna ex stipulatu, quod ad conditum diem defecit, quod ad iudicium sua die non venerit, ei proderit exceptio doli mali. Alioquin ei dolus socii, qui debitorem impedivit se iudicio sistere, profuisse videretur, quod æquitas non patitur, neque socio dolus meus, neque dolus socii mei mihi prodesse debet: neque enim debet societas esse cuiquam occasio quæstus improbi, proque eo erit, atque si ipsemet, qui stipulatus est iudicio sisti, eum retinisset, ut si de pœna agat, exceptione doli mali submoveatur. Hæc exceptio accommodatur ex bono, & æquo, ut ait *l. 2. §. pen. hoc tit.* Nam naturalem æquitatem tuetur, & moderatur asperitatem juris civilis, *l. 1. de dol. except. l. ult. pro empt.* Ut cum cessat exceptio pacti per occasionem, causamque regularum juris civilis, hæc exceptio non cessat: cessante exceptione pacti, exceptio doli accommodatur, *l. 7. §. pen. l. 10. §. ult. l. 21. §. 1. & l. Julianus, l. 25. §. ult. de pact.* Exceptio doli mali rem temperat, ut ait *l. qui quadringenta, ad leg. Falcid.* rem emendat, *l. in duobus, §. si ei, cui, de iurejur.* Et ut eleganter Cyrillus ait in *linter, §. pen. de act. dotalib.* *ἐπιμαρτυροῦσθαι τὸν νόμον, καὶ τὸν νόμον τῶν ἀρετῶν ἐστὶν ἐξαρτῆσαι.* Maxime sequitur, inquit, hæc exceptio, & spectat æquitatem naturalem, neque valde tuetur subtilitatem, aut rigorem juris, quæ non admodum in eam inquirat. Generalis est exceptio, quæ concurrere potest cum omnibus aliis exceptionibus, *l. 4. §. pen. de dol. except.* atque adeo omnibus patet, qui æquitate defensionis actionem infringere possunt, *l. qui æquitate, eod.* Quia ut de bonæ fidei nomine Scævola dixit, id manare latissime: ita verum est, quod ei opponitur, doli mali nomen manare latissime. Ac proinde recte dicitur hæc exceptio, quæ de dolo malo redditur, generalis esse. Et hæc sunt quæ pertinent ad initium *l. 5.* Sequitur in *§. 1.*

Ad *§. Item.* De duobus reis promittendi, sive debendi ex qualibet causa, qui scilicet ejusdem pecuniæ singuli in solidum debitores sunt, si unus ex eis creditori iudicio se sisti cum pœna promiserit, nec ad iudicium venerit præstituta die: deserta, ut ait, & contempta sua promissione, deserto vadimonio, & creditor ab altero rem, de qua principaliter agitur, exegerit, submoveri eum exceptione doli mali, si ab eo, qui deseruit promissionem iudicio sistendi causa factam,

etiam, pœnam desertionis in stipulatum deductam, pœnam vadimonii deserti petat, hæc exceptio, ut dixi, datur ex bono & æquo, & æquum non est, ut qui rem exegit, etiam exigat pœnam, quæ cessit in vicem rei. Et sic etiam, ut subicit, si pater ex contractu filii conventus actione de peculio iudicio sisti promiserit in diem certum sub pœna certa, nec stipulationi obtinuerit, & interim actor à filio rem exegerit, pater liberatur per exceptionem doli mali. Et ex diverso, si filius ex suo contractu conventus in solidum caverit iudicio sisti, nec iudicio steterit, & interea actor à patre actione de peculio rem exegerit, filius, si cum eo agatur de pœna ex stipulatione iudicio sisti, tueri se potest exceptione doli mali, quæ est sententia *§. 1. elegantissima*, & æquissima. Nec vero, quod observandum, hac in re in hoc *§.* distinguit Paul. minor, an major fuerit pœna, quam res, qua de agitur. Ergo etiam si major fuerit pœna, post rem exactam, petenti id, quod amplius in pœna est, obstabit exceptio doli mali. Et sic quidem mihi videtur. Sic sentio omnino. Nec moveor *l. prædia, de action. emp.* quam Accursius produxit in aliam sententiam, quia ea lex non loquitur de stipulatione pœnali iudicio sisti, quæ quidem iussu iudicis interponitur, & datur propter rem ipsam, qua de agitur, ut ait *l. 10. §. qui injuriarum, hoc tit.* dari hanc stipulationem pœnalem. Datur enim à iudice, sive prætore, quia est prætorica stipulatio. Dari, inquam, propter rem ipsam, ut cedat in vicem rei, si deficiat res. Quod confirmat etiam *l. 1. §. communes, de præst. stip.* Eademque ratio est stipulationis, de qua agitur in *l. 4. §. Labeo, de doli except.* quam & ibi proponitur fuisse interpositam iussu iudicis. Et ideo re exacta, qua de agitur, vel transacta, vel mortua, & hanc stipulationem perimi æquum est, ut *d. §. qui injuriarum, & l. 2. in princ. hoc tit.* At *d. lex prædia* loquitur de stipulatione pœnali, quæ ex conventionione contrahentium venit, & interponitur, non propter rem, sed propter eum, sive rei plestendi causa, qui conventioni non paruit, quæ proculdubio ex mente contrahentium non aliter perimitur re exacta, quam si tantum in re sit, quantum actor pœnæ nomine stipulatus est, alioquin reus non plesteretur. Non distinguit etiam Paulus in hoc *§.* duo rei debendi socii fuerint, an non: nec ego etiam distinguendum censeo: nam etsi socii non fuerint, creditor, qui ab uno rem consequutus est, ab altero petendo pœnam, exceptione submovebitur. Quod evidenter apparet in patre, & in filio, qui in hoc *§.* comparantur duobus reis debendi, neque enim socii sunt, ex contractu scilicet pater, & filius, & tamen ab uno re exacta, ab altero pœna exigere non potest. Ad hæc, si quæras ex diverso, quid si stipulator prius ab uno pœnam exegerit, deinde ab altero rem petat, si hoc, inquam, quaeratur, dicam propter rem, inque vicem rei pœnam esse exactam, & ideo utilem rei petitionem nullam superesse. Nec moveor, aut dimoveor ab hac sententia propter *l. Stichum, §. dolo, de sol. & l. etiam, §. pen. de pet. her.* quas hoc loco adducit Accursius, in quarum specie non propter rem, ut in hac specie nostra, pœna exacta est ab eo, qui dolo malo rem hereditariam desit possidere, ne secum ageretur petitione hereditatis, sed propter dolum ab eo commissum. proprii scilicet delicti is pœnam subicit, & ideo integra est petitio hereditatis adversus eum, qui rem hereditariam pro herede, vel pro possessore possidet. At contra, si quis egerit cum possessore ejus rei, deinde velit agere cum eo, qui dolo malo desit possidere, non audietur, quia iam nihil ejus interest, cum rem consequutus sit: & quod summe notandum est, *ratione doli pœnæ exactio non competit, nisi ei, cujus interest.* Sicut & actio de dolo non competit, nisi ei, cujus ob dolum malum adversarii interest, *l. cum quis, de dolo.* Denique in specie *d. §. dolo, & d. l. etiam, §. pen.* licet exactio pœnæ non perimat rei persecutionem, exactio tamen rei perimit pœnæ persecutionem, quia implet id, quod actoris interest. Quam varietatem, species, de qua hoc loco agitur, non admittit, quia hic pœna rei ipsius locum obtinet. Et ita hæc explicanda sunt. Notandum tandem est in hoc *§.* desertionem Paulum dicere, quod alii *desertum vadimonium*, ut in *l. 4. §. quæstum, hoc tit.* Desertam promissionem iudicio sistendi causa factam, id est, desertum vadimonium.

dimonium, & deserere promissionem iudicio fisci, l. ult. qui A
satisd. cog. quod aliis est deserere vadimonium, non sistere
vadimonium. Ab hac vero l. 5. nunc transeamus ad l. 7.
quæ est etiam ex hoc libro.

Ad L. VII. cod. Si quis servum in iudicio fisci promiserit, vel
alium, qui in aliena potestate est: iisdem exceptionibus ui-
tur, quibus si pro libero, vel pro patrefamilias fidejussit:
præterquam si reipublicæ causa abesse diceretur servus: nam
servus reipublicæ causa abesse non potest. Præter hanc au-
tem exceptionem, cetera, quia communes sunt, tam in libero
homine, quam in servo locum habent.

S Tipulatio iudicio fisci, satisfactionem plerumque, id est;
fidejussores exigit. Sed quibus exceptionibus conven-
tus reus principalis se tueri potest, iisdem etiam se fidejuf- B
sores tueri possunt etiam invito reo, l. 6. hoc tit. l. omnes, de
except. l. ex persona, de fidejuss. Et rursus, quibus exceptioni-
bus fidejussores uti possunt, si pro libero homine, vel pa-
trefamilias iudicio fisci adpromiserint, eisdem uti licet, si
pro servo, aut filiofamilias idem adpromiserint, servum, vel
filiumfamilias iudicio fisci, ut puta his exceptionibus, quod
cum adversario, priusquam fisci oporteret, de negotio tran-
sactum fuerit, l. 2. in princ. hoc tit. quod dolo malo actoris
factum sit, quo minus sisteretur, l. 1. §. si reus, sup. tit. prox.
quod adversa valetudine, aut tempestatibus, aut fluminibus
impeditum sistere non potuerit, l. 2. §. si quis iudicio, hoc tit.
Unde & recte Quintil. lib. 3. *Deserui*, inquit, tempestatibus,
fluminibus, valetudine impeditus, id est, non per me ste-
tit, sed per illa. Et Seneca 4. de benefic. *Vadimonium*, in-
quit, promittimus, tamen deseritur, deserentem vis major ex- C
cusat. Ovidius: *Fecitque moras Achelous eunti Imbre tu-
mens*. Hæ exceptiones, & si quæ aliæ enumerantur, sunt
autem plurimæ in d. l. 2. communes sunt, ut ait Paulus in
hac l. 7. tam in libero, quam in servo, qui iudicio fisci de-
buit. Una tantum excepta, quod, qui iudicio fisci debuit,
reipublicæ causa absuerit, quoniam hæ exceptio in servo
locum non habet. Neque enim, ut hoc loco Paulus ait,
unde & id repetitur, etiam in l. ult. de regul. jur. servus rei-
publicæ causa abesse potest, cum & servi, ut Seneca ait
*controversia 13. nulla pars reipubl. sint, cum extra rempubli-
cam sint, neque in censu*, inquit, illos invenies, neque in te-
stamentis: *quintimo omnino omni jure, civili, prætorio, ordi-
nario, extraordinario pro nullis habentur, l. qui testamento, §.
servus, qui test. fac. poss. l. 1. de jur. deliber. l. nullo, ad leg.
Cornel. de fals.*

Ad L. II. de Probat. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non
qui negat.*

A D exceptiones etiam refero, quod ex hoc libro pro-
ponitur in l. 2. de probat. *Ei incumbere onus probandi*,
qui dicit, non qui negat. Indistincte ait, *qui dicit, qui affirmat*.
Sive igitur actor sit, sive reus: nam & reus, qui dicit, op-
posita exceptione probare debet, l. in exceptionibus, eod. tit.
de probat. Quæ lex utitur etiam exemplo stipulationis iudi-
cio fisci, qua si reus conveniatur, & objiciat exceptionem,
quod reipublicæ causa absuerit, & ob id non steterit: vel quod
dolo malo adversarii factum fuerit, quo minus sisteret se:
vel quod valetudo, aut tempestas sibi impedimento fuerit,
probare id eum oportet. Negatio non est exceptio: & ideo E
nec negationis meræ, cui scilicet affirmatio vi ipsa non
inest, ulla probatio est, l. 8. §. l. a. et, C. de probat. l. adse-
veratio, C. de non numer. pecun.

Ad L. LX. de Edil. edic. *Facta redhibitione, omnia in in-
tegrum restituntur: perinde ac si neque emptio, neque ven-
ditio intercessisset.*

A D rem eandem pertinet, quod ex eodem libro est in
l. 60. de edil. edic. facta redhibitione ab emptore rei
emptæ, id est, reddita re emptæ venditori ob morbum, aut
vitium, omnia restitui in integrum, perinde atque si neque
emptio, neque venditio intercessisset, etiam pignora resti-

tui, quæ venditio peremerat, l. 10. quibus mod. pignus, vel
hyp. Ideoque post redhibitionem venditori petenti præ-
tium, quod nondum ei solutum erat actione ex vendito,
obstare exceptionem doli mali, ut ostendit l. 59. quæ præ-
cedit.

Ad L. XIX. de Novat. *Doli exceptio, quæ poterat delegan-
ti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est.*
Idemque est, & in cæteris similibus exceptionibus. Imo &
in ea, quæ ex Senatusconsulto filiofamilias datur: Nam ad-
versus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuum pecu-
niam contra Senatusconsultum dederat, non utetur exceptio-
ne, quia nihil in ea promissione contra Senatusconsultum sit:
tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. Diversum
est in muliere, quæ contra Senatusconsultum promissit: nam
& in secunda promissione intercessio est. Idemque est in mi-
nore, qui circumscriptus delegatur: quia si etiam nunc minor
est, rursus circumvenitur. Diversum si jam excessit ætatem
25. annorum, quamvis adhuc possit restitui adversus prio-
rem creditorem. Ideo autem denegantur exceptiones adver-
sus secundum creditorem, quia in privatis contractibus, &
pactionibus non facile scire petitor potest quid inter eum, qui
delegatus est, & debitorem actum est: aut etiam si sciat, dis-
simulare debet, ne curiosus videatur. Et ideo merito deneg-
andum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris.

R Estat adhuc ex libro 69. lex 19. de novat. quæ initio
proponit hanc definitionem, sive regulam, *doli mali
exceptionem, quæ poterat deleganti opponi, cessare in personas
ejus creditoris, cui quis delegatus est.* Cujus regulæ sententia
& ratio hæc est: Si debitorem meum, qui se tueri poterat
exceptionem doli mali, delegaverim creditori meo, cui tan-
tundem debebam, quantum mihi debitor meus, ut ei de-
bitor meus stipulanti tantundem promitteret, & hac ratio-
ne debitor meus liberetur à me, & ego quoque liberarer à
creditori meo, quia delegatio, & quæ eam consequitur
novatio, pro solutione est, *l. qui debitorem, de fidejuss.* Re-
inquam, ita gesta, delegatus debitor exceptionem doli ma-
li, quam mihi opponere poterat, si eum non delegassem,
ex persona mea non poterit opponere creditori meo, cui
eum delegavi. Quod l. 12. hoc tit. ostendit esse verum in-
distincte, sive sciens debitor meus se exceptionem doli mali
tutum esse delegatus fuerit, quia remisisse eam exceptio-
nem videtur, sive ignorans, quia creditor meus suum per-
sequitur, suumve recepisse videtur per delegationem, &
suum negotium bona fide gessisse, si debitor ille meus,
quem creditori meo delegavi, re ipsa ei solvisset, solutum
non repeteret, l. repetitio, de cond. indeb. Quod tamen si
mihi solvisset per errorem, nesciens se tutum esse exceptio-
nem doli mali, repetere posset, l. qui exceptionem, eod. tit. de
cond. indeb. Et consequenter, si delegatus creditori meo
stipulanti sponderit, non poterit se tueri exceptione doli
mali, qua tamen adversus me se tueri potuisset. Suum, in-
quam, negotium creditor meus, cui debitorem meum
delegavi solutionis vice, bona fide gessit, quia nec fa-
cile scire potest, quid inter me, & debitorem meum
actum esset, aut si id scivit, dissimulare debuit, inquit Pau-
lus, *ne curiosus videretur.* Dissimulatio quædam bona
est: sicut & dolus quidam bonus, & quod alii inter se ge-
rant dissimulare, nec *πολυπραγμονα*, & alieni negotii cu-
riofum esse bonum est. At si quidem aliquis me pecuniam
mutuam roget, inquiram, immo & nonnunquam, ne in
fraudem incidam, inquirere debeo, quid illa pecunia fa-
cturus sit, quam in rem pecuniam illam consumpturus sit,
l. 3. §. sed si accepit, de in rem verso, l. ult. de exerc. act. l. 17.
in princ. ad Senatusc. Vell. quod & diligentiores patresfa-
milias facere solent. Seneca de Benefic. *Nomina*, inquit,
facturi in patrimonium, & vitam, id est, in mores debitoris in-
quirimus. *Pecuniam non dabimus, quam protinus scorto da-
turum sciemus, ne in societatem turpiter facti, atque consilii ve-
niamus, atque etiam pecuniæ damnum faciamus.* Nam qui
sciens pecuniam credit consumpturo in rem turpem, jus
crediti amittit, l. quod si minor, §. restitutio, de minor. l. 12. §.
si ado-

si adolescens, mand. l. 8. pro empt. Quam legem etiam in Italia valuisse Nicolaus apud Stobæum refert capite de legibus. *Εάν τις σάρκας ἐλεγγθὴ δανείσας χεῖρας ἀφαιρήται αὐτῆς, ἢ quis convictus fuerit luxurioso, sive prodigo pecuniam credidisse, jus crediti amittit.* Sed si mihi debitor meus pecuniam debitam solvat, sane non inquiram, unde eam sumptierit, aut confecerit, ne videar curare nimis alienum negotium. Ergo nec si mihi debitor meus vice sua aliquem delegaverit, qui expromitteret, inquiram quid inter illum, quem mihi delegavit, & creditorem meum actum sit: delegatio pro solutione est. Et hoc est, quod ait in fine hujus legis, reddens rationem regulæ initio propositæ: *In privatis contractibus, & pactionibus non facile scire petitor, id est, secundus creditor, potest, quid inter eum, qui delegatus est, & debitorem suum, qui eum delegavit actum sit, aut etiam, inquit, si sciat, dissimulare debet, ne curiosus, ne πολυπράγμων videatur.* Et observa separari hoc loco contractus à pactionibus. *In contractibus, inquit, & pactionibus.* Quam inepti igitur sunt, qui pactiones contractibus adnumerant. Alioquin satis fuisset Paulo dicere, *in contractibus, nec adjicere, & in pactionibus.* Conventio quidem est generale nomen. At contractus, & pactio duæ sunt conventionis diversæ species. Contractus obligationem parit: pactio obligationem non parit, sed exceptionem tantum: actionem non parit, sed exceptionem tantum. Observa etiam initio hujus legis proponi definitionem hujusmodi, doli exceptionem, quæ adversus primum creditorem debitori competeat, ei adversus secundum creditorem denegari, cui delegatus est. Et mox hanc definitionem porrigi etiam ad alias exceptiones, demptis duabus solummodo. Et tandem in extremo hujus definitionis reddit rationem. Rationi prætulit ampliationem regulæ, quia statim dubitari poterat, an regula eadem, quæ est de doli exceptione tantum, obtineret etiam in aliis exceptionibus, quæ poterant deleganti opponi: nempe an & aliæ exceptiones omnes cessent in persona secundi creditoris, cui debitor delegatus est. Et primum quidem Paulus ait, eam regulam obtinere in similibus exceptionibus, quæ scilicet ejus causam dantur, cum quo agitur: ut in exceptione pacti conventi, in exceptione rei judicatæ, in exceptione jurisjurandi, in exceptione quod metus causa factum sit. Deinde subjicit illo loco, *imo & in ea*; eandem regulam obtinere etiam in dissimilibus exceptionibus, quæ scilicet non rei causa dantur, quo cum agitur, sed odio actoris, odio creditoris, ut *l. qui exceptionem, de cond. indeb.* cuiusmodi est exceptio Senatusconsulti Macedoniani, quæ non filii familias debitoris causa, sed in odium creditoris, in odium fœneratoris, quasi poenæ causa comparata est, videlicet, si quis pecuniam injussu patris filio familias crediderit. Nam etsi adversus eum filius familias possit uti exceptione Senatusconsulti Macedoniani, & adversus successorem ejus, & adversus eum, quem ipse suggestit in negotio ipso, ut stipularetur pecuniam sibi reddi, *l. 7. §. non solum, ad Senatusc. Macedon.* & adversus fidejussorem, aut mandatorem, *l. 9. §. non solum, eod. tit.* non tamen eadem exceptione poterit filius familias uti adversus secundum creditorem, cui à creditore suo vice sua reus datus, & delegatus est per stipulationem, quia ut ait, *in hac stipulatione, seu obligatione secunda, nihil fit contra Senatusconsulti Macedon.* neque secundus creditor pecuniam filio familias credit, sed quam alii credidit, à filio familias sibi reddi stipulatur. Et hoc tanto magis Paulus dicendum esse ait, quod & filius familias sive primo, sive secundo creditori solverit pecuniam, quam sumpsit mutuam, solum repetere non potest. Quia exceptio Senatusconsulti Macedoniani, cum sit comparata in odium creditoris, non expungit, non tollit naturalem obligationem, sed civilem tantum obligationem. Odiâ restringuntur: quod odio creditoris comparatum est, id ita restringitur, ut tollat civilem tantum obligationem, non etiam naturalem, quæ quidem naturalis obligatio hanc vim habet, ut inhibeat soluti repetitionem, *ad l. qui exceptionem, l. 9. §. ult. & l. 10. ad Senatusc. Maced.* Verum ab hac definitione, sive regula, quam proposuit initio Paulus, eximitur exceptiones duas: exceptionem Senatusconsulti Vellejani, quæ & exceptio intercessionis dicitur

A in *l. 7. de except.* & exceptionem, quod minor 25. annis dolo advertari in contrahendo circumscriptus sit, de qua & in *d. l. 7.* Quæ exceptio est ex lege Latoria de circumscriptio adolescentium. Hæ duæ exceptiones debitori competunt, non tantum adversus primum, sed etiam adversus secundum creditorem, cui delegatus est. Quare exceptio Senatusconsulti Vellejani? quia mulier, quæ intercessit pro alio apud primum creditorem, etiam pro alio, nempe pro primo creditore intercedit apud secundum creditorem, cui delegata est, & ideo adversus utrumque juvatur exceptione Senatusconsulti Vellejani: quia, inquit, duæ intercessiones sunt, quia & in secunda promissione intercessio est. Quod confirmat *l. quamvis, §. si mulier, ad Senatusc. Vell.* Sed si, cum mulier, exempli gratia, Lucio Titio deberet centum, non ex causa intercessionis, sed ex alia causa, veluti mutui, aut empti, aut locati, si à Lucio Titio delegata sit C. Mævio creditori Lucii Titii, & promiserit, in hac promissione nulla intercessio est, & consequenter mulieri non datur exceptio Senatusconsulti Vellejani: quin & exceptio, quæ ei competeat, forte adversus primum creditorem, non competit etiam ei adversus secundum, *l. debitorix, eod.* Exceptio autem ex *l. Latoria*, quæ minori competit adversus primum creditorem, competit etiam adversus secundum, si cum adhuc minor esset, ei delegatus fuerit, & sponderit, quia & hic in secunda promissione circumscriptus est, aliter quam, ut & Paulus admonet, si major factus ei delegatus fuisset. Hoc enim casu, & si possit adhuc intra constituta tempora, ut Basilica addunt recte, *εἰς τὴν δευτέραν χρόνον*, restitui in integrum, opposita exceptione adversus primum creditorem, non tamen poterit restitui adversus secundum, cui jam major factus se obligavit ex delegatione prioris. Et hæc sufficient ad *l. 19. de novat.* Porro huic libro adscribitur etiam *l. pen. de tab. exhib.*

C Ad *L. pen. de Tab. exhib.* *Si sint tabule apud pupillum, & dolo tutoris deserint esse, in ipsum tutorem competit interdictum. Equum enim est ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum.*

QUæ lex ita accommodanda est ad exceptionem doli mali. Ait, interdictum de tabulis exhibendis dari adversus tutorem, cujus dolo factum est, ut tabulæ testamenti desinerent esse apud pupillum, ut interciderent, non etiam hoc casu, dari interdictum illud adversus pupillum, quod pupillum innocentem æquum non sit teneri ex delicto tutoris: dolo delictum est. Et hoc utique verum est, si pupillus ex dolo tutoris locupletior factus non sit: nam si locupletior factus sit, interdictum datur in pupillum, maxime si tutor solvendo sit: sicut & tunc ex omni causa, cum pupillus locupletior factus est ex dolo tutoris, constat dari in pupillum exceptionem doli mali, *l. 4. §. illa, & §. seq. de dol. except. l. sed & ex dolo, in princ. de dolo.*

D Ad *L. XVII.* Quod vi, aut clam. *Interdictum quod vi, aut clam per quemvis domino acquiritur, licet per inquilinum.*

HUic etiam libro adscribitur *l. 7. quod vi, aut clam*, sed falso, ut opinor, cum libro 67. proprie debeatur, qui fuit de interdicto quod vi, aut clam. Docet enim interdictum quod vi, aut clam, per quemvis, ut ait, etiam liberum hominem domino adquiri. *Adquiri*, ait improprie, quoniam per liberum hominem, qui in potestate nostra non est, nihil nobis adquiri potest. Ait improprie, inquam, pro *parari*, & conservari, & retineri, veluti per procuratorem meum mihi adquiri interdictum *quod vi, aut clam*, qui vicinum prohibeat opus novum facere, quia hoc ipso, quod vicinus procuratori meo prohibenti non parer, monstrat se vi, aut clam facere. Et similiter parari mihi interdictum, quod vi, aut clam per mercenarium, cujus opera in prædio meo utor, per hospitem, per inquilinum, cui domum locavi, & colonum, ut *l. si procurator, de nov. oper. nunt. l. 7. de procur. & l. 3. in princ. hoc ipso tit.* Et nihil amplius restat ex hoc libro.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

V ENIO ad Librum LXX. qui quidem liber proprie, & specialiter dicatus est exceptioni rei judicatae. Incipiam a l.6. de except. rei judic.

Ad L.VI. de Except. rei judic. Singulis controversis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit: ne aliter modus litium multiplicatus summam, atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiantur. Parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est.

IN qua Paulus rationem dandae exceptionis hujus exponit, id est, aequitatem hujus exceptionis: Singulis controversis, & litibus singulas actiones sufficere, unumque judicati finem. Pluribus actionibus, pluribus judiciis, & in singulis controversis, si opus esset, multiplicatus, inquit, litium numerus summam, & inexplicabilem faceret judiciorum difficultatem, sive ἀπρηξασίαν, maxime si diversa pronuntiarentur, quo nihil est reipubl. perniciosius, neque alienum magis ab utilitate communi. Parendum igitur esse rebus semel judicatis, nec rem actam apud judicem, iterum agendam, repetendam, retractandam esse: parendum esse exceptioni rei judicatae. Idque solemne, ac in usu frequentissimum esse. Ita ut hac exceptione opposita, jam non de eo quaeratur iterum, quod jam judicatum est, etiam si per injuriam judicatum sit, sed an sit judicatum, l.1. §. pari modo, de tab. exhib. Sicut re jurejurando decisa, quod rei judicatae instar obtinet, hoc tantum quaeritur, an juratum sit, l.5. §. dato, in duobus, in fin. de jurejur. statum reipublicae rebus judicatis maxime contineri, ut M. Tull. pro P. Sylla: Non temere igitur rescindendas, aut infirmandas esse. Idemque pro L. Roscio, quod huic loco congruit: Esse jura, esse formulas de omnibus, id est, de singulis rebus constitutas, ut hoc loco ait, singulis controversis singulas actiones praestitutas, ne quis aut in genere injuriae, aut in ratione actionis errare possit, expressas esse, ex singulorum damno, dolore, incommodo, ad quas privatae lites accommodantur. Idem vero Paulus in l.12. & 14. hoc ipso titulo docet.

Ad L. XII. eod. Cum quaeritur, hac exceptio noceat nec ne, inspicendum est, an idem corpus sit.

Ad L. XIV. eod. Et an eadem causa petendi, & eadem conditio personarum, quae nisi omnia concurrunt alia res est. Idem corpus in hac exceptione, non utique omni pristina qualitate, vel quantitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta: sed pinguius pro communi utilitate accipitur.

Ad §. Qui cum partem ususfructus habentem petit, si postea partem ad crescentem petat, non potest perire exceptionem: quia ususfructus non portioni, sed personae est.

Ad §. Actiones in personam ab actionibus in rem differunt: quod cum eadem res sit, non potest perire exceptio: sed obligationes singulae causas sequuntur, nec ulla earum altera petitione vitatur. At cum in rem non expressa causa qua rem meam esse dico: non potest perire una petitione adhibentur: neque enim potest semel res mea esse potest. Saepe autem potest.

Ad §. Si quis interdicitur possessione, postea in rem agens non repellitur per rem judicatum. Quoniam in interdictione possessio, in actione proprietatis vertitur.

Docet ita demum huic exceptioni locum esse, si rursus eadem omnino res in judicium deducatur, revocetur, quae priori judicio finita est, et alia actione agatur: nam etiamsi alia sit actio, modo sit eadem res, praescriptioni locus est rei judicatae, l.5. l.7. §. pen. hoc tit. l.4. §. ult.

de noxal. actio. Quod & formula ipsius exceptionis ostendit, de qua M. Tullius 5. de finibus, & 5. epistolar. ad familiar. Quod eadem de re agatur alio modo, & eadem res esse intelligatur, si idem corpus petatur, idemve jus, eademque quantitas. Ac praeterea si eadem sit causa petendi, eadem origo petitionis, idemque actor, idemque reus, qui fuit priori judicio, & conditionis ejusdem. Quod etiam ostenditur in l.11. §. eandem, & l.25. §. ult. & l.27. hoc tit. l.3. C. de petit. hered. Porro idem corpus in hac exceptione Paulus notat in l.14. §.1. pinguius accipiendum esse, πωγυρέρον: nam & si fundus post rem judicatam auctus, vel deminutus, si melior & deterior factus sit, si ex sylvia factum sit novale, non ideo alius fundus esse intelligitur, imo idem fundus, qui denuo petatur: nam & si mutata qualitas rei, propemodum interimat substantiam, tamen pro communi utilitate, ut ait, quae est ratio inducendae exceptionis rei judicatae, ne actum agatur denuo, in ea exceptione idem corpus non subtilius accipiemus, sed pingui Minerva, ut & si non sit prorsus idem, idem tamen esse intelligatur, & de eo agenti iterum obstet exceptio rei judicatae.

Ad §. Qui cum partem. Si quis petierit totum usumfructum fundi, cum haberet ususfructus partem tantum, nec obtinuerit, deinde petat partem illam, qua cecidit, repelli quidem eum exceptione rei judicatae, quia pars in toto est, & qui totum non obtinuit, nec partem igitur obtinuit, l.7. in princ. sup. hoc tit. Sed si post rem judicatam ei accreverit socii pars altera ususfructus, & eam petat, non repelli cum exceptione rei judicatae, quia de ea parte, quae post accrevit, judicatum non est. Ex quo intelligimus ususfructus partem sorte deficiente, & repudiante collegatario, accrescere etiam non habenti partem suam, etiam ei, qui partem suam amisit, re adversus eum judicata, ut l. interdum, de usufr. accresc. hac ratione, quia pars ususfructus non accrescit parti, sed personae; quae modo in usufructu partem habuerit, licet eam nunc non habeat judicio amissam. Ususfructus enim est jus, quod personae cohaeret, quod personam sequitur, non rem. Et in hac causa etiam nostri auctores notant, usufructum non obtinere instar rei, aut proprietatis: usufructum pro parte rei non computari. Quandoquidem si rei partem petiero rei vindicatione, quae domini, sive proprietatis lis est, nec obtinero, deinde alteram ejusdem rei partem petam quasi accreverit mihi, forte repudiante collegatario, proculdubio mihi obstabit exceptio rei judicatae, quia pars rei parti accrescit, non personae, & non habenti igitur partem suam, pars altera, pars collegae accrescere non potest, l. si Titio, §. ult. de usufr. Itaque hac in causa usufructus non est pro parte rei: alia est rei petita conditio, alia usufructus.

Ad §. Actiones. Sequitur in eadem lege §. actiones, differentia inter actionem in rem, & actionem in personam. Quod si eadem res mihi debeatur ex variis causis, actione in personam, veluti ex stipulatu, & ex testamento, vel ex empto, & vendito, & una earum egero, veluti actione ex empto, vel stipulatu, vel actione ex testamento, non potest perire exceptionem in personam, nisi expressa causa litis, expressa sit: Atque ita ergo si ex una causa egero, nec perire, non prohibeor postea agere ex altera causa, nec agenti mihi ex altera causa obstat exceptio rei judicatae, quia non est mihi eadem causa petendi, quae fuit in primo judicio. At si rem petiero meam esse actione in rem, quae rei vindicatione, quo genere agere possum generaliter, non expressa causa domini, simpliciter adserendo me ejus rei, de qua ago, dominum esse, & ita si rem petiero meam esse, non expressa causa, ex qua rem meam esse dicebam, & litem amisero, postea expressa causa domini, veluti, quod res à domino mihi vendita, & tradita sit, causa, inquam, veteri, non nova, quae mihi obvenit post rem judicatam. Si, inquam, postea expressa causa domini, veteri quadam, non nova, eandem rem vindicavero, vindicanti mihi obstat exceptio rei judicatae, quia priori petitione, quam concepi generaliter, nulla expressa causa domini, omnes causas adquirendi domini videor in judicium deduxisse,

xille, ut l. 11. §. pen. sup. hoc tit. Et ratio varietatis, seu differentie hujus ex eo pendet, quod eadem res ex pluribus causis deberi potest, ex pluribus obligationibus, ex pluribus contractibus, l. non est novum, de action. emp. Ac non nisi ex una causa res nostra esse potest, l. 3. §. ex plurimis, de acquir. possess. Domini causa duplicari, aut multiplicari non potest: qui semel rei factus est dominus, amplius ejusdem rei dominus fieri non potest: domini causa non recipit incrementum, §. sic itaque discretis, Instit. de action. Obligatio personalis recipit incrementum: qui mihi obligatus est, magis atque magis obligari potest ad rem eandem. Et hoc etiam repetitur in l. 159. de reg. jur. quæ conjungenda est cum hoc §. Recte autem ponit in hoc §. petito rem egisse in rem non expressa causa domini: nam si causam expresserit, veluti causam legati per vindicationem relicti, quamvis hoc iudicio superatus fuerit, postea si agat expressa alia causa domini, veluti donationis causa, non debet submoveri exceptione rei judicatae, quia hanc causam in prius iudicium non deduxit. Quæ est sententia l. 11.

AD §. ult. Quod est in §. ult. hujus legis, apertissimum est: Eum, qui egit interdicto de possessione, torte interdicto uti possidetis, vel utrobi, possessionem suam esse vocans, licet causam hanc possessionis non tenuerit, postea agentem de proprietate actione in rem, non repelli exceptione rei judicatae, quia alia res est proprietate, alia possessio: nihil habet commune proprietate cum possessione, l. naturaliter, §. 5. de acquir. possess. l. 3. in fi. uti poss. l. 9. de sentent. & interl. omn. jud.

AD L. XVII. de Except. Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat: quia & diversa corpora sunt: & causa restitutionum dispares, non nocet exceptio.

HIs adjungamus, quod de eadem exceptione etiam proditum est ex hoc libro in l. 17. de except. Species legis hæc est: Petii viam per fundum Sempronianum, quem tu esse constabat, ad fundum Titianum quasi meum, quem tamen tu possidebas, non ego, nec obtinui. Deinde peto à te fundum Titianum, quem tu possides actione in rem, an obstabit mihi exceptio rei judicatae, quod priori iudicio ceciderim? Minime: Quia, ut recte Paulus ait, diversa sunt corpora, quia non est idem corpus, quod demonstratur, quod denuo petatur: diversa sunt corpora, fundus Titianus, & fundus Sempronianus, à quo viam fundus Titianus deberi dicebam, vel locus viæ in fundo Semproniano, & dispares etiam sunt restitutionum causæ: dispar exitus horum duorum iudiciorum, quia petito fundo, restituitur res: petita via, cautio præstatur, l. qui restituere, de rei vindicat. l. pen. de aqu. quotid. & est. Potest autem via mihi non deberi ad fundum Titianum per fundum vicini, & fundus tamen Titianus esse meus. Ergo & si non obtinero iudicio de via, obtinebo forte sequenti iudicio de proprietate. Hæc est sententia perspicua admodum l. 17. quæ vulgo tamen male accipitur de exceptione præjudiciali.

AD L. CLXII. de Reg. jur. Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.

Restat nunc ex hoc libro tantum l. 162. de regul. jur. quæ est etiam aptanda ad præscriptionem, sive exceptionem rei judicatae hoc modo: Si duo sint coheredes, à quibus servo relicta sit fideicommissaria libertas, & servus eam petat ab uno ex heredibus, non etiam ab altero, & obtineat, quamvis altero servum petente in servitute, ei non obstat exceptio rei judicatae, summo jure, subtili jure, quia inter eum & servum res iudicata non est: propter necessitatem tamen, cui plane succumbimus, ut eleganter ait l. pen. §. ult. de excusat. tut. propter necessitatem, inquam, quia libertas pro parte præstari non potest, ut ostenditur in l. iudicatae, de except. rei judic. ex qua sumo conveniens exemplum ad hanc leg. 162. propter hanc necessitatem rei, quia libertas individua est, pro qua iudicatum est priore iudicio.

Tom. II. Post.

cio, repellatur alter coheres, qui hominem in servitutem petit exceptione rei judicatae. Hoc in libertate propter necessitatem receptum est, quia divisionem non recipit, quæ ratio necessitatis etiam redditur in aliis omnibus rebus individuis, l. 10. §. 1. comm. divid. Non debet igitur, ut est proditum in hac regula juris, quod ita propter necessitatem receptum est, trahi ad argumentum, ut dicitur: non debet, inquam, trahi ad alias res, quæ petita fuerunt ab uno ex coheredibus, non etiam ab altero, videlicet si divisionem recipiant. Et hoc est, quod ait. Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.



JACOBI CUJACII J. C.

In Lib. LXXI. PAULI AD EDICTUM;
RECITATIONES SOLEMNES.

SEQUITUR, ut veniam ad Librum LXXI. Liber LXX. fuit de exceptione doli generali, quæ concurrat cum aliis exceptionibus. Hic liber est de exceptione speciali, quæ soli competit reo ob dolum malum actoris. Est etiam de plerisque aliis exceptionibus, veluti de exceptione jurisjurandi, de exceptione litigiosi, de exceptione quod libertatis onerandæ causa factum sit.

AD L. I. de Dol. mal. excep. Quo lucidius intelligi possit hæc exceptio, prius de causa videamus, quare proposita sit, deinde de quemadmodum dolo fiat. Per quæ intelligemus, quando obstat exceptio, deinde adversus quas personas locum habeat. Novissime inspicimus intra quæ tempora competit exceptio.

AD §. Ideo autem hanc exceptionem prætor proposuit, ne cui dolum suum per occasionem juris civilis, contra naturam æquitatem proficiat.

AD §. Sed an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur.

AD §. Et quidem dolo fit tam in contractibus, quam in testamentis, quam in legibus.

AC de exceptione doli mali primum docet hoc libro Paulus: quare proposita sit in l. 1. de dol. except. quod & fecit superiori libro, de exceptione rei judicatae, l. 6. de except. rei judic. Deinde exponit quemadmodum quid à parte actoris fiat per dolum malum, ut hoc cognito simul etiam cognoscatur, quibus casibus huic exceptioni locus sit. Hoc explicabitur inf. in l. 5. latius. Tum exponit adversus quas personas hæc exceptio locum habeat. Ad quam partem respicit l. 6. de except. quæ est ex hoc libro. Et docet hanc exceptionem dari non tantum adversus eum, qui dolum malum admisit, sed etiam adversus successorem ejus, sive sit successor universi juris, universorum bonorum (veluti heres, aut bonorum possessor) sive successor unius rei, veluti legatarius, aut donatarius, vel quis alius, qui in dominium unius rei succedit, qui successerit in dominium unius rei ex causa lucrativa: ut legatum est causa lucrativa, donatio causa lucrativa, quia nihil ob eam rem legatario, vel donatario abest: huic, qui successit in rem ex causa lucrativa, nocet exceptio doli ex persona auctoris sui, veluti ex persona testatoris, ex persona donatoris. At non nocet etiam emptori rei, vel ei, qui vicem emptoris obtinet, qui ex lucrativa causa rem non habet, quia emptor ex lucrativa causa rem non habet, quia ei pretium abest. Is, qui permittit rem, ex causa lucrativa non habet, quia pro ea aliam rem dedit. Iis, inquam, successoribus in rem, qui rem non habent ex causa lucrativa, non nocet exceptio doli ex persona auctoris sui, si ipsi dolo careant, l. 4. §. si quis autem, & §. auctoris, hoc tit. Et in hac re igitur distat valde ii, qui rem habent ex causa lucrativa ab iis, qui rem habent ex causa onerosa. Qui tamen in jure usucapionis nihil inter se distant, nam & iis, qui causam lucrativam, & iis, qui causam onerosam habent, nihil nocet mala fides auctoris sui, quo minus usucapere possint, si ipsi bona fide rem acceperint.

FFF 2

rint,

rint, nec ex persona auctoris sui utuntur accessione temporis, qua de re agitur in *l. an vitium, de divers. & temp. præsc.* Non nocet etiam exceptio doli mali parentibus, aut patronis, nec si quid ipsi dolo malo fecerint, si eam opponant liberi, aut liberti: sicut nec actio de dolo in eos institui potest, *l. potest, §. adversus, hoc tit. l. licet, de obs. par. aut pat. præsc.* Non nocet etiam exceptio doli iis, qui dignitate excellunt, si iis humiliores exceptionem hanc opponant. Non nocet etiam iis, qui vitæ sunt emendatoris, si à flagitiosæ vitæ hominibus opponatur, *l. non debet, de dolo.* Non ergo adversus omnes personas exceptio doli mali locum habet, nec doli quidem proprii. Et novissime docet Paulus, intra quæ tempora hæc exceptio competat in *l. 5. §. ult. hoc tit.* quæ est etiam ex hoc libro, ubi id explicabitur. Rationem autem proponendæ hujus exceptionis, hanc esse dicit in *l. 1. ne cui dolus suus, ne cui malitia, aut machinatio sua (ad d. licet, & dolum socii ex l. si duo, si quis caut.)* Ne cui, inquam, dolus suus per occasionem, inquit, *juris civilis proficit contra naturalem æquitatem*, ne quis ex dolo suo lucretur, quæ fuit etiam ratio introducendæ actionis de dolo, *l. 2. in princ. hoc tit.* Ait per occasionem juris civilis, ut *l. ult. C. pro empto.* Si pupillus rem suam vendiderit sine tutoris auctoritate, quæ venditio ipso jure non valet, & pecunia emptoris locupletior factus fuerit, eandem rem post pubertatem vindicanti obstare exceptionem doli mali, *ne occasione juris, quo irrita venditio constituitur à pupillo facta sine tutoris auctoritate, ad iniquum compendium trahatur.* Occasione juris sæpe abutimur, ei adhaerendo nimis contra æquitatem naturalem. Unde & sæpe qui occasione juris summi libertati sunt, in eos tamen ex æquitate datur actio, *l. si ex duob. §. 1. de pecul.* Summum jus plerumque est summa iniquitas. Docet etiam Paulus in hac *l. 1.* quibus modis quid fiat dolo malo: id deprehendere, & percipere facile esse ex facto, id est, ex qualitate rei gestæ, ex insidiis, *l. dolum, l. si voluntate, C. de rescind. vend. l. dolum, C. de dolo*, dolum probari ex perspicuis insidiis. Ub male Accursius legit *indiciis*, pro *insidiis*, ut jampridem meminimus docere. Et exempla vero multa admissi doli Paulus exponit in *l. 5.* per quæ intelligere licet, quando hæc exceptio competit. Iis adjicit Paulus in hac *l. 1. dolum admissi non tantum in contractibus*, ut puta, si quis aliquem deceperit, ut stipulanti promitteret, quod non debebat promittere, vel ut stipulanti aliter quid promitteret, quam convenerat, *l. si quis cum aliter, de verb. obligat.* sunt innumera ejus rei exempla. Sed non admitti dolum tantum, aut dolo non fieri tantum in contractibus, sed etiam in testamentis, ut puta, si quis sciens dolo malo in fraudem alterius testamentum deleverit, aut mutaverit, aut mutari à testatore prohibuerit. Unde & illa in testamentis cautio, sive clausula, *dolus malus abesto*, in antiqua inscriptione urbis Romæ, qua parte testamenti quadam additur, *dolus malus abesto, & vaser*, scilicet, Jurisconsultus. Denique si quis ex testamento quid dolo malo petat contra voluntatem testatoris, *l. 4. §. præterea, hoc tit.* dolo etiam fieri in legibus, ut si heres scriptus in fraudem legis Juliæ, & Papiæ tacitam fidem accommodaverit restituendæ hereditatis, legative præstandi ei, qui capere non potest si quis interpretationem legum circumveniat, *l. ita fidei, de jure fisci*, si leges calumnietur, & verba earum captet, *l. pen. de exhib.*

Ad L. III. de Doli except. *Item si ob id, quod antequam dominium ad me transferatur, venditori dederim decem, & agam ex empto, ut decem recipiam: ita puto competere mihi actiõnem, si paratus sum ex dupla stipulatione eum liberare.*

Sequitur *l. 3.* quæ de statulibero loquitur, cui scilicet testamento directæ libertas relicta est sub conditione, si heredi decem dederit, quæ conditio si eum heres vendiderit (statuliber vendi potest interim dum pendet conditio) si, inquam, heres eum vendiderit, antequam conditionem impleverit, conditio impleri potest in personam emptoris ex *l. 12. tabul. l. statuliberi, §. ult. de statulib.* si modo emptor dominium ejus nactus sit, id est, si traditus ei ho-

mo à venditore fuerit: traditione transfertur dominium rei emptæ, non emptione nuda. Et species *l. 3.* hæc est: heres mihi ignoranti hujusmodi statuliberum vendidit quasi servum, non statuliberum, & stipulatus sum ab eo duplam evictionis nomine, si is homo mihi quandoque evinceretur: servus decem dedit heredi, eidemque venditori meo, atque ita protinus ereptus, sive evictus est in libertatem ex judicio defuncti directo, antequam mihi traderetur, id est, antequam dominium ejus in me translatum esset. Post traditionem, translato dominio in emptorem, non recte fuisset in persona venditoris impleta conditio, quæ debuisset impleri in persona emptoris. Nunc si agam ex empto cum venditore, ut decem recipiam, quæ habuissim, si mihi servus traditus fuisset, quæ forte tantum, aut pluris sunt, quam servus ipse, ut, inquam, decem recipiam vice ipsius servi, quia ut servum ipsum recipiam, qui jam pervenit ad libertatem, rite impleta conditio in venditoris persona agerem frustra, & agendo ex empto, ut decem recipiam, paratus non sum venditorem liberare ex stipulatione duplæ, qua mihi obstrictus evictionis nomine, summovebor exceptione doli mali, quia iniquum est, & pretium hominis me ferre in duplum, & decem, quæ venditori dedit quasi pro capite, sive libertate sua. Et hæc est sententia legis 3. Ex qua, quod valde notandum rectissime sentiunt, qui colligunt, non tantum re evictæ emptori post traditionem committi stipulationem duplæ. Quid enim refert, quo tempore res evincatur? nam & quæ evincitur venditori, emptori, qui de ea sibi tradenda actionem habet, quodammodo evinci videtur. Id enim quisque apud se habere videtur, de quo actionem habet, *lis apud se, de verb. sign.* quæ est notissima. Et eleganter Cyprianus quodam loco: *Mercatorem dum emit, tamen si merces suas nondum habeat, eas tamen se habere reputare.* Si venditor per contumaciam rem non tradat emptori, competit tantum actio ex empto in id, quod interest, si ob id rem non tradat, quod evictam sibi tradere non potest, quia tam emptori, quam illi evictæ est: competit emptori actio ex stipulatione duplæ, & in hanc rem hic locus singularis est. Cui nihil adversatur, quod sæpe legitur in jure, *dupla stipulationem committi, si res, quæ tradita est emptori, evincatur.* Nec enim ideo sequitur, & eam quoque non committi, si res evincatur venditori ante traditionem, quod nec negari potest: cum in æquo sit, rem evinci emptori, aut evinci auctori suo, quandoquidem sive evincatur sententia judicis, rei judicatæ exceptio, quæ nocet venditori, noceat etiam emptori, *l. exceptio, de except. rei judic.* sive evincatur ipso jure, ut in specie proposita, impleta conditio, statulibero, qui ante venierat perducto ad libertatem, libertatis causa adversus omnes superior potentiorque semper erit.

Ad L. V. eod. *Pure mihi debes decem, ea tibi sub conditione legavi: Interim heres si petat, doli exceptione non est summovendus, cum possit etiam deficere conditio. Itaque legatorum stipulationem interponere debetis, sed si non caveat heres, doli exceptione summovebitur: Expedi enim legatario retinere summam, quam mitti in possessionem rerum hereditariarum.*

Ad §. Si cui sit legata via, & is, lege Falcidia locum habente, totam eam vindicet, non oblata æstimatione quartæ partis: summoveri eum doli exceptione, Marcellus ait, quoniam suo commodo heres consulit.

Ad §. Si donavi alicui rem, nec tradidero, & ille, cui donavi, non tradita possessione, in eo loco edificaverit me sciente, & cum edificaverit nactus sum ego possessionem, & petas à me rem donatam, & ego excipiam, quod supra legitimum modum facta est: an de dolo replicandum est? dolo enim feci, qui passus sum eum edificare, & non reddo impensas.

Ad §. Actoris, qui exigendis pecuniis prepositus est, etiam posterior dolo domino nocet.

Ad §. Si servus venit ab eo, cui hoc dominus permixto, & redhibitus sit domino: agentis venditori de pretio, exceptis opponitur redhibitionis, licet etiam is, qui vendidit, domino pretium solverit. Etiam mercis non traditæ exceptione summovebitur, & qui peculium domino jam solvit. Et ideo is, qui vendidit,

Adit, agit adversus dominum. Eandem causam esse Pedius ait ejus, qui negotium nostrum gerens vendidit.

Ad §. Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo: non poteris adversus petentem uti exceptione: quoniam creditor suum petit. In eadem causa est maritus: nec hic enim debet exceptione summo veri, qui suo nomine agit. Numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum, qui dotem petit, non datur uxorem, nisi dotem accepisset, nisi jam diverit: Itaque conditione tenetur debitor, qui delegavit, vel mulier, ut vel liberet debitorem, vel si solvit, ut pecunia ei reddatur.

Ad §. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur: ita etiam exceptio eodem tempore danda est: Nam hæc perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure: is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.

Sequuntur multa alia de hac exceptione in l. 5. b. tit. ex quibus duo tantum explicabo. Legavi tibi sub conditione certa decem, quæ mihi pure debebas. Pendente conditione, si heres à te decem petat, jure petet, nec jure repellitur exceptione doli mali: quia conditio legati deficere, & legatum non deberi potest. Verum hoc ita procedit, ut interim heres recte decem petat, quæ pure debentur, si paratus legatario, eidemque debitori cavere legati nomine, id nempe, quam conditio existiterit præstitum iri: alioquin si nolit cavere, repellitur exceptione doli mali, quia, quod notandum, legatario, eidemque debitori commodius, & utilius est decem retinere, quæ debet, quam herede non cavente legati nomine, mitti, ut fieri adsolet, in possessionem rerum hereditariarum. Utilior est retentio pecuniæ debite, quam post solutam eam pignus prætorium, quod missio in possessionem rerum hereditariarum constituit, herede cessante in præstanda auctione vulgari legati nomine. Et hoc proponitur initio hujus legis §. Quod ait: Interim, id est, pendente conditione legati ab herede decem peti posse oblata cautione legati, pugnare videtur cum l. pecuniam, de reb. cred. Et res digna est, quæ luculenter explicetur. Lex pecuniam ait. Eum, qui pure stipulatus est sibi decem dari, eum, cui debentur pure decem ex stipulatione, si postea jussu ejus debitor eam pecuniam Titio, id est, alteri promiserit sub conditione, interim decem, eum, cui pure promissa sunt, primum scilicet stipulatorem petere non posse. Cur tamen debitori decem, quæ debet, legatis sub conditione, heres, cui eadem decem pure debentur, interim ea petere potest? Placet valde quod Accursius observat, hanc legem §. in princ. loqui de legatario conditionalis: Neque enim eadem est ratio legatarii, & stipulatoris conditionalis: nec tamen placet ratio differentiarum, quam Accursius adfert, quæ nec Bartolo placuit. Verior enim ratio diversitatis hæc est: Quia legatarius conditionalis non est creditor, propterea quod dies legati nondum cessit, & ideo non potest petitionem heredis, cui pure debetur, remorari, maxime offerentis cautionem legati nomine. Stipulator autem conditionalis est creditor, quia statim, atque interposita est stipulatio vires accipit, licet conditio nondum existiterit, l. usufructus, de stipul. serv. l. is, cui sub conditione, de oblig. & act. stipulator, inquam, conditionalis est creditor, etiam interim: & merito igitur eum, cui eadem summa pure debetur, remoratur à petitione ejus summæ.

AD §. Si cui. Facilior est §. 1. hujus leg. Si lege Falcidia interveniente, is, cui via legata est, totam viam petat, non oblata æstimatione Falcidiæ, repellitur exceptione doli mali, ut l. 7. ad l. Falcid. quia via petit, & incommodo heredem adficere tentat, petendo viam totam. Contra heres excipiendo de dolo, ut ait, suo commodo consulit. Æstimmatur hoc casu via tota quanti sit, vel quanti venire possit, & ejus æstimationis offertur pars quarta pro Falcidia, & ita legatarius recte vindicat viam totam, non aliter. Stulti sunt, qui ipsius viæ quartam partem offerendam esse somniant, quia via est individua, nec potest scindi in partes, cum sit res incorporea. Stultiores etiam sunt, qui censent offerendam esse quartam partem loci, per quem via debetur. Quia

alia res est via, qua de agitur, alia locus: hic res corporalis: illa res incorporalis: hic scilicet locus non est in legato, illa est in legato. Reliquas species doli, quæ proponuntur in hac l. 5. persequar die crastina.

AD §. Si donavi. Exposui initium l. 5. de doli except. & §. 1. Sequitur, ut exponam §. si donavi, cujus §. species hæc est. Donavi tibi fundum, cujus pretium exsuperabat modum legis Cinciae, quem scilicet lex Cincia imposuit donationibus, ne in infinitum donare liceret. Fundum itaque magni pretii, immodici pretii donavi tibi, sive promisi stipulanti donationis causa, aut cum esses mihi ex liberis, aut parentibus, donavi tibi eum fundum nuda voluntate, necdum tradidi. Donatio inter parentes, & liberos perficitur nuda voluntate, nudo consensu, nudo pacto ex constitutione Divi Pii: hodie etiam inter omnes, ut notissimum est ex constitutione Justiniani. Ante Justinianum donatio non perficiebatur nuda voluntate sine traditione, aut mancipatione, nisi, ut dixi, inter parentes, & liberos ex constitutione Divi Pii, quo casu ex pacto nascebatur actio, l. 4. C. Theod. de don. Tu vero in eo fundo ædificasti me sciante, & patiente, atque ita nactus es possessionem fundi: post, casu quodam, possessio ejusdem fundi ad me rediit: si mecum agas ex stipulatu, vel ex pacto, & fundum petas totum quasi tibi donatum, ego vero opponam tibi exceptionem immodicæ donationis, quo de genere exceptionis agitur in §. si eum, qui, inf. hac l. & in l. 21. & 24. de donat. cujus formula hæc est: Quod supra modum legis Cinciae donatio facta sit. Lex enim Cincia certum modum donationibus imposuit, de quo & in l. 9. §. 1. & l. 11. & l. 23. eod. tit. Si, inquam, tibi petenti totum fundum ex causa donationis, opponam exceptionem immodicæ donationis, in eo, quod excedit modum legis Cinciae, tu merito replicabis de dolo malo, si non reddam tibi impensas ædificii, quia me sciante ædificasti: si me ignorante ædificasses, non posses tibi servare mercedem fabricorum, & cæteros sumptus in ædificando factos, per replicationem doli mali, sed quia me sciante, & volente quodammodo eos sumptus fecisti, recte eos tibi servabis in hac specie, opposita replicatione doli mali. Unde notandum est valde id quod dicitur, eum, qui ædificavit in alieno fundo, impensas tibi servare posse per retentionem, domino vindicanti opposita exceptione doli mali; l. 14. inf. hoc tit. l. 14. comm. divid. l. 32. §. Lucius, de usufruct. leg. l. idque, §. 1. de act. empti, l. si in area, de cond. indeb. §. certe illud, Instit. de rer. divis. Id ita procedere, si sciante, & patiente domino soli ædificaverit, non si invito, aut ignorante domino. Et in hanc rem hic §. valde est singularis.

AD §. Actoris. In §. actoris de servo actore agitur, non qui præpositus est rebus omnibus, non qui positus est supra res, & rationes omnes domini sui, sed qui præpositus tantum est pecuniis exigendis domino debitis, & hujus actoris servi ait, posteriorem dolum domino nocere. Quæ verba sunt obscura, neque enim apparet quid hic faciat ille articulus etiam, nec cujus doli comparatione, posteriorem dolum dicat. Neque vero quisquam est, qui id liquido explicet. Puto verba sic esse ordinanda: Etiam actoris, qui præpositus tantum est exigendis pecuniis, posteriorem dolum domino nocere. Ac præterea puto, ut in §. sequi. Paulus tractat de procuratore specialiter dato ad agendum in rem alienam, ita & ante hæc verba, actoris, qui exigendis pecuniis, &c. tractatse Paulum de eodem procuratore, in hoc dato specialiter, ut ageret cum debitoribus mandatoris, & docuisse Paulum, dolum ejus procuratoris, non quidem priorem, quem admiserat ante litem contestatam cum debitoribus domini, sed posteriorem tantum, sive præsentem, ut loquitur l. 4. §. quæsum 2. sup. hoc tit. & ibi Basilica recte interpretantur, τὸν μετὰ προνάρωσιν: dolum scilicet admissum post litem contestatam cum debitoribus domini, domino nocere opposita exceptione doli mali, ex persona procuratoris, qui quid in lite fecit dolo malo. Et mox subjecisse Paulus videtur quod exstat hoc loco, etiam actoris, qui exigendis pecuniis præpositus est, nedum procuratoris dati ad agendum posteriorem dolum, id est, dolum admissum, posteaquam pecu-

cunias exigere cepit, vel admissum in pecuniis exigendis, A sicut procuratoris dolum admissum, posteaquam de pecuniis domino debitis agere cepit, domino nocere. Et hac in re scilicet distare procuratorem specialiter datum ad agendum à procuratore omnium rerum, cui generaliter libera rerum administratio commissa est. Illius posteriorem tantum dolum: hujus, qui generale mandatum habuit, dolum omnem, id est, tam priorem, quam posteriorem domino nocere, ut d. §. *quæsitum*. Ac præterea illum, qui speciale tantum mandatum habet ad agendum, agere tantum posse cum debitoribus domini. Hunc, qui generale mandatum habet, & agere, & exigere, & novare, & aliud pro alio permutare posse, ut etiam ex hoc libro Pauli proditum est in l. 58. de *procur.*

Ad L. LVIII. de *Procur.* Procurator, cui generaliter libera B administratio rerum commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare.

Ubi tamen in Florentinis deest verbum *novare*, quod aliz editiones agnoscunt, atque etiam Basilica, in quibus ita est, *ἢ μετα τῆς τῶν*, quod est novare, *ἢ ἀνταλλαγῆν ποιεῖν*, quod est permutationem facere. Itaque in Florentinis verbum illud deest, non abest, sed deest. Et adde ad d. l. 58. eum etiam, qui generale mandatum habet, solvere posse creditoribus domini, l. 59. eod. l. *quodlibet*, de *solut.* & institutorem præponere posse, l. 6. de *insti. act.* & societati renuntiare, l. 65. §. *renuntiare*, pro *soc.* & jusjurandum deferre, l. 17. §. *ult. de iurejur.* Eadem vero differentia constituenta inter actorem ad pecunias exigendas constitutum tantum, & actorem omnium rerum domini sui. Illius actoris, qui specialiter constitutus est ad pecunias exigendas, dolum tantum posterior domino nocet: hujus autem actoris, cui generaliter omnes domini res commissæ sunt, & prior, & posterior dolum domino nocet. Nihil est apertius.

Ad §. *Si servus L. V. de doli excep.* Species hæc est: Procurator, cui specialiter mandaveram, ut Stichum servum meum videret, eum vendidit, & mox redhibitus est mihi ob morbum, aut vitium aliquod latens: post redhibitionem, quæ omnino emptionem venditionem rescindit, si procurator cum emptore agat de pretio actione ex vendito, repellitur exceptione redhibitionis, ut ait, quæ est doli mali, l. 59. de *edil. edic.* Repelletur, inquam, hac exceptione, quamvis jam ipse pretium mihi prorogaverit ex arca sua, nondum acceptum ab emptore, sed ego illi tenebor actione mandati contraria, ut id, quod pretii nomine de suo mihi prorogavit, ei restituiam, quia redhibitione facta, perinde omnia in integrum restitui debent, atque si neque venditio, neque emptio intercessisset, l. 60. de *edil. edic.* Eodemque modo procuratori, qui servum, vel quamlibet rem vendidit mandatum domini, necdum tradidit emptori, licet jam pretium de suo domino solverit, agenti de pretio adversus emptorem actione ex vendito, obstat exceptio mercis non traditæ, rei, quæ venit, non traditæ, cujus formula hæc exstat in *l. qui pendentem, de act. emp.* Si ea pecunia, qua de agitur non pro ea re petiitur, quæ venit, neque tradita est. Hæc est exceptio mercis rei non traditæ. Verum actione mandati à domino consequitur quod ei prorogavit. Idemque subjicit in hoc §. omnino servari in procuratore voluntario, qui vendendi mandatum non habuit, id est, in negotiorum gestore. Nam & hic re domino redhibita, vel non tradita emptori, si pretium petat ab emptore, repellitur, licet domino solverit pretium de suo. Eo tamen nomine in dominum salva ei est & integra actio mandati contraria.

Ad §. *Si eum, qui.* Explicabimus etiam §. *Si eum, qui,* qui est pen. §. *ult.* reservabimus crastinæ recitationi. Sunt elegantes, & summe notandæ omnes species, quæ proponuntur in hac lege. Species hæc est: Eum, qui mihi volebat donare ingentem pecuniam supra modum legis Cinciz, delegavi creditori meo, cui tantundem debebam. Quæritur, an exceptio immodicæ donationis, quæ mihi opponi poterat ex l. Cincia, possit opponi creditori meo, cui donatorem de-

legavi? Et recte ait, non posse, quia creditor meus suum, petit, suo nomine agit, non meo, & in promissione ei facta, nulla donatio est. Quod confirmat l. 19. de *novat.* quæ à me fuit exposita lib. 69. Et cum generaliter definivisset doli exceptionem, quæ deleganti opponi potest, cessare in persona creditoris, cui quis delegatus est, & subjecisset idem servari in similibus exceptionibus, veluti pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, quod metus causa factum sit, etiam licet addere immensæ, vel immodicæ donationis, vel, quod libertatis onerandæ causa factum sit, ex l. 1. §. *sive autem, tit. seq.* Et eodem modo, si mulier nuptura, eum, qui sibi donare volebat certam summam supra legitimum modum, marito delegaverit, ut eam summam marito promitteret dotis nomine, deneganda ei erit adversus maritum, qui dotem ab eo petit, id est, pecuniam dotis nomine promissam, exceptio immodicæ, aut immensæ donationis ex persona mulieris, quia maritus quodammodo creditor est, l. ex *promissione*, de *obligat. & act. l. ult. §. in maritum, quæ in fraud. cred.* Qua ratione etiam ex persona mulieris exceptio doli mali marito non nocet, qui dotem persequitur sibi promissam ab eo, quem sibi mulier delegavit, cum indotatam uxorem ducturus non fuerit: namque ob id pro creditore habetur, quod pro oneribus matrimonii dotem sibi promissam persequatur suo nomine. Sed ut subjicit, si jam diverterit, si jam divortio factio solutum sit matrimonium, atque ita res sit in eam causam redacta, ut dos reddenda sit mulieri, & dotem petat à promissore sibi delegato, nondum exactam, tunc sane ex persona mulieris plane locum habebit exceptio doli mali, l. si *donaturus*, in *fi. de cond. caus. data, causa non sec.* At manente matrimonio marito agenti adversus debitorem mulieris sibi delegatum ab uxore dotis causa, non obstat exceptio doli ex persona uxoris, sed quia adversus mulierem tutus erat exceptione doli, integra illi erit, & salva adversus eandem mulierem conditio certi, ut repetat ab ea, quod marito solvit ex delegatione: vel conditio incerti, ut scilicet fundus, quem marito solverit, factio & opera mulieris à marito liberetur. Veluti muliere ipsa dotem solvente marito, ut l. *quum in fundo*, §. *ult. de jure dot.* Quod & in alio creditore quolibet servatur, cui creditor debitorem suum delegavit, ut & si adversus eum creditorem, cui debitor delegatus est, non possit se debitor tueri exceptione doli, qua se tueri poterat adversus delegantem, integra tamen sit ei conditio certi, vel incerti, integer regressus adversus delegantem, ut indemnis damno servetur ab eo, cui delegatus est. Et nota, de creditore, vel quasi creditore, veluti marito, qui dotem persequitur, hæc dici, cui debitor debitoris delegatus est, de quo etiam nominatim loquitur l. 19. de *novat.* exposita libro 69. Nam de donatario, qui causam lucrativam habet, si debitorem suum donator delegaverit, donatario, inquam, cui donator debitorem suum delegavit, exceptio doli nocet, quæ deleganti poterat opponi, l. *Julianus, hoc tit.* Quod hic recte glossa notavit: Semper enim in hac quæstione separanda est causa lucrativa à non lucrativa: creditor non habet causam lucrativam, qui suum repetit. Itaque recte in d. l. 19. *Doli*, inquit, *exceptio, quæ poterat opponi deleganti, cessat in persona creditoris: recte creditoris.* Nam non cessat in persona legatarii, vel donatarii. Quod confirmatur etiam l. 6. de *except.* quam exposuimus.

Ad L. XIV. de *Donat. inter vir. & uxor.* Quod si vir uxori, cuius ædes incendio consumptæ sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum ædifici constructio postulat.

Paulus in l. 5. de *doli excep.* varias proposuit species, in quibus locum habet exceptio doli mali, quibus, priusquam veniam ad §. *ult. d. leg. 5.* qui expediendus restat ex eodem libro, adjiciam alias duas species. Priorem summam ex l. 14. de *donation. inter vir. & uxor.* Donationes factæ inter virum, & uxorem non valent, nisi certis ex causis, veluti si fiant manumissionis, aut sepultura

turæ gratia, aut divortii, aut exilii, aut mortis causa: quæ non valent, revocantur per rei vindicationem, si res donatæ existent, vel si consumptæ sint, per conditionem sine causa, vel ex injusta causa, l. 5. §. ult. & l. 6. hoc tit. de donat. inter vir. & uxor. quæ valent si repetantur, obstat exceptio doli mali, ut in specie hujus legis 14. Si vir uxori, cujus ædes incendio consumptæ erant, pecuniam donaverit, qua eas reficeret, donatio valet. Quia ea tantum donatio non valet, ex qua is, cui donatur, locupletior fit, quod multæ admodum leges ostendunt in hoc titulo. At mulier ex ea pecunia non videtur facta locupletior, quæ tantum amiserat, quantum accepit. Pecunia scilicet, quæ illi donata est à viro in refectioem diruti consumptive ædificii, non auget patrimonium mulieris, sed supplet tantum, vel explet lacunam, quæ patrimonio mulieris contigerat. Itaque repetenti marito eam pecuniam merito opponetur exceptio doli mali: quod dolo malo faciat, qui rite perfectam donationem revocat.

Ad L. II. Jud. solvi. Cum lite mortua nulla res sit: ideo constat, fidejussores ex stipulatu judicatum solvi non teneri.

Aliam speciem suppeditat l. 2. judicatum solvi, quæ est etiam ex hoc libro. Si pro lite reus satisfecerit judicatum solvi, cui stipulationi inest etiam clausula de re defendenda, & de dolo malo, Lite mortua, ut ait, quia jam nulla res est, quæ defendi possit, fidejussores ex stipulatu non tenentur, cum effectu scilicet, quia stipulatori obstat exceptio doli mali. Et mori dicitur lis, ut l. 3. quæ in fraud. cred. generaliter quidem, quæ finita est solutione, transactione, vel acceptilatione, l. 13. inf. hoc tit. vel lege concessis novis tabulis, ut vocabant, vel absolute, l. pen. de dolo, vel adrogatione ejus, quo cum agebatur, l. 11. de judic. Sed specialiter, & proprie mori dicitur lis lapsu temporis, constitutione præfinito ad finiendas lites, l. properandum, §. hujusmodi, C. de judic. Atque ita lite mortua, id est, lite non finita intra præfinitum tempus, quod hodie est triennium, intra quod unaqueque lis finiri debet: lite, inquam mortua, transactis legitimis temporibus, finiendis litibus præstitutis, quia jam nulla res est, quæ defendi possit, fidejussores, qui judicatum solvi sponderant, liberantur per exceptionem doli mali. Et hæc sunt duæ species, quas velim addi d. l. 5. Restat d. l. 5. §. ult.

AD §. ultimum leg. 5. modo explicatæ. In quo Paulus ostendit, quod & se hoc libro explicaturum pollicitus erat in l. 1. hoc tit. de dol. except. exceptionem doli finitam, & circumscriptam non esse tempore certo, sicut & actionem de dolo, quæ finiebatur olim anno utili, hodie finitur biennio: sed exceptionem doli perpetuo competere, allata etiam elegantissima ratione diversitatis inter actionem, & exceptionem: quia actor quidem in sua potestate habet, quando utatur jure suo, quando agat, & merito culpatur, si non agat intra legitimum tempus movendæ actioni præscriptum, is autem, quo cum agitur, non habet potestatem, quando conveniatur. Et ei igitur defensiones dandæ sunt, quibus uti perpetuo possit, nisi si quæ specialiter circumscriptæ sint certis temporibus, ut exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ circumscribitur hodie biennio. Exceptio igitur doli mali est perpetua. Adjectio etiam de dolo, quod notandum, puta, doli clausula, quæ adjicitur actioni de peculio: Et si quis dolo malo captus fraudatusve fuit, l. in bonæ fid. de pecul. perpetua est, nisi forte prætor ex causa eam non patiat egressi tempus actionis de dolo, l. quæsitum, §. ult. eod. tit. de pecul. quem §. male Accursius accepit de replicatione doli, cum sit de adjectione de dolo alii actioni adplicata. Idem Accursius hoc loco docet, aliquando non expectato actore, reum provocare posse ad judicium, ultro contestando exceptionem, quam habet. Quo genere, exceptio si temporalis fuerit, perpetua fit: sicut & actionem temporalem contestatione perpetuari constat, ut exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ finitur quinquennio jure veteri, & biennio

A jure novo. Et hoc satis probat aperte l. si intra, C. de non numer. pecun. & l. ult. C. de cond. ex lege. Item notat recte Accursius, aliquando à reo creditorem interpellari, ut agat, si quid sibi deberi putet (quod studiosi urbe, in qua aliquandiu morati sunt studiorum causa, discessuri, recte facturi sunt) ne intempeslive (ut glossæ referunt) multis in locis, dum conscendunt equum, dum pedem habent in stapia, ut loquitur, sic vocatur in antiquis inscriptionibus, pes hæsi stapiæ, atque ita dilaceratus est ab equo, Græci vocant ἀναβολαῖα, ne intempeslive, inquam, in jus vocentur. Quæ de re tractatur in l. diffamari, C. de ingen. manum. Verum hæc nihil officium rationi traditæ in hoc §. quod reus non habeat potestatem, quando conveniatur. Quoniam hæc raro contingunt, ut antevertat reus actorem. Et hæc ratio Pauli confirmatur etiam l. pen. C. de temp. in integr. restitut. Non est autem novum, ut qua ex causa actio est temporaria, ex eadem sit exceptio perpetua; nam & interdictum unde vi est annuum, exceptio de vi perpetua, l. 5. C. de exception. Unde & Doctores generaliter efficiunt, ea, quæ sunt temporalia ad agendum, esse perpetua ad excipiendum. Ac proinde actionem quidem rescissoriam, quæ datur iis, quorum res usucaptæ sunt, cum absent reipublicæ causa esse annuam, l. in honorariis, de ob. & act. actionem autem ejus exemplo comparatam, l. 28. §. pen. ex quibus causis major. possessori esse perpetuam, ut ibi Odofredus notat. Nunc restat tantum ex hoc libro l. 2. quar. rer. actio non datur.

Ad L. II. Quar. rer. actio non datur. Si filiosfamilias delatum sit jusjurandum, & juraverit, patrem suum dare non oportere: danda est patri exceptio.

C Ad §. Si in alea rem vendam, & ludam, & evicta re conveniar: exceptione summovebitur emptor.

Ad §. Si servus promittat domino pecuniam, ut manumittatur, cum alias non esset manumissurus dominus, eamque liber factus spondeat: dicitur, non obstat exceptionem patrono, si eam petat: non enim onerandæ libertatis causa hæc pecunia promissa est: alioquin iniquum est, dominum & servo carere, & pretio ejus. Totiens ergo onerandæ libertatis causa pecunia videtur promissa, quotiens dominus manumisit, & propterea veliit libertum pecuniam promittere, ut non exigat eam, sed ut libentius eum timeat, & obtemperet ei.

QUæ est de exceptione jurisjurandi, & de exceptione, quod in alea gestum sit, & de exceptione, quod libertatis onerandæ causa factum sit. Si patre litigante cum creditore, filiosfamilias ejus delatum sit jusjurandum, & filius juraverit patrem dare non oportere, patri prodest exceptio jurisjurandi, ut l. ult. de except. sibi que imputabit adversarius, quod filiosfamilias jusjurandum detulerit. Et ita etiam exceptio pacti, si filiosfamilias pactus sit æs alienum à patre non peti, prodest, l. si tibi, §. ult. & seq. de pact. Jusjurandum pro pacto cedit, l. tutor, de jurejur. Et hoc est, quod pertinet ad initium hujus legis.

AD §. Si in alea. In §. 1. agitur de exceptione, quod in alea gestum sit, de qua & in l. in exceptionibus, de probation. Si in alea rem vendam, ut ludam, & emptori ea res evincatur, emptori agenti, etiam ex empto evictionis nomine, obstat exceptio, quod in alea gestum sit, quia sibi imputare debet, qui in alea, lusu prohibito, vetito legibus, emit rem à lusore, qui pecuniam mox aleæ permittiturus erat. Quo argumento etiam recte dices, & in alea creditæ ad ludendum efficacem repetitionem non esse. Obstat enim hæc exceptionem, quod in alea mihi credideris. Et hujus rei argumentum præbet l. quod si minor, §. restitutio, de minoribus. Et est summe notanda.

AD §. ult. In §. ult. hujus legis 2. agitur de exceptione, quod libertatis onerandæ, vel opprimendæ causa factum sit, de qua & in l. i. h. s. & l. 7. de excep. Cui exceptioni locum esse Paulus docet, non si servus domino pecuniam promiserit pro capite, ut fieret liber, quoniam hæc conventio licita est, & frequentissima: sed si servo ultro manumisso, postea

postea dominus pecuniam ab eo stipuletur, non tam, ut eam exigat, quam ut libertum sibi devinctum, & obnoxium habeat, quo plus eum libertus reveretur, aut timeat, quove magis ei obtemperet, quæ res maxime onerat libertatem. Atque ideo, & hæc conventio rata non est. Nam si ex ea dominus agere pergat, repellatur exceptione, quod libertatis onerandæ causa factum sit, de qua exceptione si plura scire desideras, adi, si placet, Observat 16. cap. 8. Hic vero est finis libri 71.



JACOBI CUJACII J. C.

In Lib. LXXII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

PARTEM hodie explicaturus sum Libri LXXII. post exceptiones, sive præscriptiones, de quibus scripsit tribus libris superioribus. Sequentibus aliquot libris Paulus exposuit, quæ essent communia omnium obligationum, & quo jure essent verborum obligationes, sive stipulationes, quæ cæterarum obligationum omnium firmandarum causa introductæ sunt auctore eodem Paulo lib. 5. *sentent. l. 7.* Sunt denique stipulationes *mandata* omnium obligationum. Et ut ait *l. 5. s. conventionales, de verb. oblig.* tot sunt genera stipulationum, quot pene dixerim rerum contrahendarum: namque pendent ex negotio ante gesto: nec quidquam valent stipulationes, nisi præcedat negotium aliquod, cui formando subjiciantur. Et hunc vero ordinem etiam servavit Tribonianus in Digestis. Nam post exceptiones dedit titulum de obligationibus, & actionibus, & titulum de verborum obligationibus. Et generaliter quidem de obligationibus ex hoc libro id habemus, quod existat in *l. 43. de ob. & act.*

Ad L. XLIII. de Oblig. & act. *Obligari potest paterfamilias, suæ potestatis pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. Servus autem ex contractibus non obligatur (†)*

Obligari posse patremfamil. suæ potestatis. Ubi frustra videtur addere suæ potestatis, quoniam nullus videtur esse paterfamilias, quin sit suæ potestatis. Imo paterfamilias nihil aliud est, quam homo sui juris, suæ potestatis, suæ spontis. Ergo, ut dixi, frustra videtur addere suæ potestatis, nisi sit aliquis paterfamilias non suæ potestatis. Et sane non suæ potestatis paterfamilias videtur esse, qui in potestate curatorum est, ut loquitur *l. 1. de cur. sur. veluti is, cui bonorum suorum administratione ob dissolutos mores interdictum est, de quo etiam in l. 12. tabul. in eo pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque potestas esto.* Hic non videtur esse suæ potestatis. Quamobrem etiam constat, eum ex contractibus obligari non posse, *l. 6. tit. seq.* Ergo ut paterfamilias obligetur, necesse est, ut prorsus sit suæ potestatis, ut nec sub tutorum, neque sub curatorum potestate agat. (††) Necesse est etiam, quod Paulus subjicit, ut sit *pubes*: nam impubes, sive sit in potestate patris, sive sub tutoribus agat, non potest obligari ex contractibus. Ille, qui est in potestate patris, ne patre quidem auctore obligari potest, *l. ult. s. pupill. l. seq.* At ille, qui est in potestate tutoris, tutore auctore obligari potest: sine tutoris auctoritate non item, videlicet, jure civili, ut additur hoc loco. Proinde sine tutoris auctoritate civiliter obligari non potest, ita ut cum eo agi possit ex causa obligationis. Naturaliter enim, sive jure naturali etiam sine tutoris auctoritate pupillus obligatur, si ex negotio, quod gessit cum alio locupletior factus sit: nam hoc natura æquum est, ne quis locupletior fiat cum aliena jactura. Et hoc est ex constitu-

tionem divi Pii, quæ ex ea obligatione utilem actionem dedit, *l. 13. s. ult. & l. seq. de cond. indeb. l. pupillus, de auct. tut. l. 3. s. pupillus, de negot. gest. l. 3. commod.* Pubes autem, etiam si curatorem habeat, sine curatoris auctoritate obligari potest, *l. puberes 101. tit. seq. Puberes, inquit, sine curatoribus suis: quia ait, suis: ergo sine curatoribus, quos habent, promittendo stipulatoribus obligantur.* Item necesse est, ut paterfamilias, quod & hic Paulus proponit, sit compos mentis: furiosum enim certum est ex contractibus nullo jure obligari posse, natura manifestum est, *l. 1. s. pen. hoc tit. l. 6. tit. sequenti*, quod & consequentia ipsa qualitatibus propositarum initio legis, quæ in paterfamilias desiderantur, ut obligari possit, nempe ut omnino sit suæ potestatis, ut pubes, ut compos mentis, suadet subjicisse Paulum his verbis: *Furiosus autem ex contractibus non obligatur.* Et recte ait *ex contractibus*: nam ex re ipsa, vel ex quasi contractibus, quoties actio ex re venit, sine conventionione ulla, obligatur etiam sine curatore: ut si patri, ipso jure, furiosus heres extiterit, re ipsa æri alieno obligatur: vel etiam si furiosus communem fundum habeat cum alio, qui in eum fundum aliquid impenderit utiliter, judicio communi dividundo obligatur, quia obligatio non ex conventionione venit, sed ex re ipsa nascitur per se, *l. furiosus, hoc tit. l. 3. s. & si furiosus, de negot. gest.* Itaque consequentia rerum suadet quodammodo, ut in fine legis legamus: non servus, ut vulgo legitur, sed furiosus autem ex contractibus non obligatur. Ut quod dixit, *pupillum* non obligari jure civili sine tutoris auctoritate, respondeat propositioni superiori, patremfamilias puberem obligari: & quod sequitur, & *compos mentis*, ei respondeat extrema clausula, furiosum autem ex contractibus non obligari. At ut nihil mutes, licet quidem per me, verum hac lege, ut si legas, *servus* repetas *ἀπὸ καὶ τῶν*, verba superiora, *jure civili*, pupillum jure civili non obligatur, ut, inquam, & in servo hæc repetas, servus autem jure civili ex contractibus non obligatur: nam jure naturali servus ex contractibus fere omnibus obligatur, *l. 14. hoc tit. l. 19. in princip. de negot. gest. l. 13. in princ. de cond. indeb.* Nihil sane faciebat hæc adnotatio de servo ad propositionem hujus legis, quoniam certissimum est, servum non esse patremfamilias. Verum ad hæc, de filiofamilias quæri potest, quoniam propositum est de patrefamilias, an filiofamilias obligari possit ex contractibus. Sed hoc jam ante definitum fuit in *l. filiofamil. hoc tit.* Filiofamilias ex omnibus causis tanquam patremfamilias obligari solere, & ob id agi in solidum cum eo posse, ut repetit, tanquam cum patrefamilias, *l. 39. sup. hoc tit. l. ult. s. pupillus, tit. seq. l. 6. s. si filiofamil. de action. emp.* Si tanquam paterfamilias: ergo non nisi pubes, & sanæ mentis. Quod ergo initio constitutum fuit, ut paterfamilias obligari possit, qui modo suæ potestatis esset, quique pubes, & sanæ mentis, tractum est postea etiam ad filiofamilias. Porro huic legi conjungendam esse opinor *legem 20. de novat.* quæ etiam est ex hoc libro.

Ad L. XX. de Novat. *Novare possumus, aut ipsi, si sui juris sumus: aut per alios, qui voluntate nostra stipulantur.* Ad *s. Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare. Tutor potest, si hoc pupillo expediat. Item procurator omnium bonorum.*

Hæc lex ait novare nos posse obligationem per nosmetipsos, si sui juris sumus, interposita stipulatione scilicet, in quam veterem obligationem transfundamus: per nosmetipsos, si sui juris sumus, vel per alios, qui voluntate nostra stipulantur novandæ prioris obligationis causa: veluti per filiofamilias, aut per servum jubendo, vel ratum habendo, ut idem Paulus ait *5. Sentent. tit. 8.* vel per procuratorem specialem, vel ut ait *in fine hujus l.* per procuratorem omnium bonorum, cui scilicet generaliter sit concessa libera administratio omnium bonorum, quod & superiore libro traditum, *l. 58. de procurat.* quæ & forsitan huic libro reddenda est, & connectenda extremo hujus legis, quod est de procuratore omnium bonorum, quem ait novare posse obligationem domini: & quem *d. l. 58.*

(†) Vide Merill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 21.

(††) Vide Merill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 21.

l. 58. adjicit, etiam exigere posse res alienum domini. Et addit aliud pro alio permutare. His autem verbis, si sui juris sumus, Paulus hoc loco non excludit filiosfamilias, aut filiumfamilias. Nam filiusfamilias etiam si sui juris non sit, tamen patris obligationem sine voluntate patris novare non potest, suam tamen obligationem novare potest, l. filius, hoc tit. Ergo his verbis, si sui juris sumus, non excluduntur prorsus, qui sunt alieni juris, neque enim excluditur filiusfamilias. Verum meo quidem iudicio his verbis excluduntur ii, qui sub curatoribus agunt, qui sub tutoribus, aut curatoribus agunt, ut in l. 43. quam ante exposui, & l. 2. §. 1. de pollicit. Unde & mox subjicit recte in hac l. 20. pupillum ad differentiam scilicet ejus, qui sui juris est, qui paterfamilias est: sui juris pupillum, inquam, quamvis sit paterfamilias, sine tutoris auctoritate novare obligationem non potest. Tutorem novare posse pupilli obligationem, si hoc pupillo expediat. Quid hoc est? An non etiam pupillus ipse sine tutoris auctoritate, si hoc ei expediat, poterit novare obligationem suam? an non poterit meliorem conditionem suam facere etiam absque tutore? Et ita quidem suadet hic locus, ut dicamus ducto argumento ex contrario sensu, cum dicat, tutorem posse novare, si hoc pupillo expediat, pupillum autem dicat abscisse, non posse novare: & sane quamvis aliter Accursius sentiat, hoc puto tamen esse verius, ut nec si hoc revera pupillo expediat, possit pupillus novare obligationem suam: sicut nec hereditatem potest adire, quamvis lucrosa sit, §. neque, Inst. de auctor. tut. non potest adire hereditatem, quamvis re ipsa sit lucrosa, sub incerto scilicet. Et similiter igitur, nec in dubiam ire aleam amittendae obligationis pernovationis causam, etiam si in veritate hoc ei expediat, cujus rei arbitrium non debet permitti pupillo, cujusve rei periculum tutori, qui iudicio valet, recte permittitur. Unde & recte Doctores hoc loco interpretantur, tutorem posse, si hoc pupillo expediat, id est, si hoc putet pupillo expedire. At pupillus ipse id discernere non potest.

Ad L. LXXXIII. de Verbor. obligat. Inter stipulantem, & promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens, daturum facturumve eum, non obligatur: nam de se quemque promittere oportet, & qui spondet, dolum malum abesse absuturumve esse: non simplex abnutivum spondet: sed curaturum se, ut dolum malum absit. Idemque in illis stipulationibus, habere licere: item neque per te, neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat.

Ad §. Si Stichum stipulatus, de alio sentiam, tu de alio: nihil actum erit, quod & in iudiciis Aristoteles existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit. Nam stipulatio ex utriusque consensu valet: iudicium autem etiam in invitum redditur, & ideo actori potius credendum est: alioquin semper negabit reus, se consensisse.

Ad §. Si stipulante me Stichum, aut Pamphilum, tu unum daturum te sponderis: constat, non teneri te, nec ad interrogatum esse responsum.

Ad §. Diversa causa est summarum: veluti, decem, aut viginti dare spondes? Hic enim etsi decem sponderis, recte responsum est: quia semper in summis quod minus est, sponderi videtur.

Ad §. Item si ego plures res stipuler, Stichum puta, & Pamphilum: licet unum sponderis, teneris. Videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse.

Ad §. Sacram, vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor: quamvis sacra, profana fieri: & usibus publicis relicta, in privatos usus reverti: & ex libero servus fieri potest. Nam & cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit: liberatur si sine facto ejus res sacra esse coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. Nec revocatur in obligationem, si rursus lege aliqua, & res sacra profana esse coeperit, & Stichus ex libero servus effectus sit. Quoniam una, atque eadem causa, & liberandi, & obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit. Nam & si navem, quam sponderis, dominus dissolvit, & iisdem tabulis compegerit: quia eadem navis esset: inciperes obligari. Pro quo &

dici posse Pedius scribit: Si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo, donec nascatur: & si nascatur, sine culpa promissoris consumptum sit, rursus expectare debeam, donec iterum nascatur, & dari possit, & per has vires, aut cessaturam, aut valituram stipulationem: sed haec dissimilia sunt, adeo enim cum liber homo promissus est, servitutis tempus expectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit, Illum, cum servus esse coeperit, dare spondes? Item, cum locus ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari? Quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest: & ea duntaxat, quae natura sui possibilis sunt, deducuntur in obligationem: vini autem non speciem, sed genus stipulari videtur, & tacite in ea tempus continetur: homo liber certa specie continetur, & casum adversamque fortunam spectari hominis liberi, neque civile, neque naturale est. Nam de his rebus negotium recte geremus, quae subijci usibus dominioque nostro statim possunt, & navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur: licet mutato consilio perficiatur: tamen & perempta prior navis, & haec alia dicenda est. Sed si reficienda navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur, & compositus rursus, eadem esse incipit: sicuti de aedibus deposita signa, ea mente, ut rependantur, adium sunt: sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit. Hic tractatus etiam ad praetorias stipulationes pertinet, quibus de re restituenda cavetur, & an eadem res sit, quaeritur.

Ad §. Si rem, quam ex causa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex causa lucrativa: evanescit stipulatio, sed si heres exstitero, dominio extinguitur stipulatio. Si vero a me herede defunctus eam legavit, potest agi ex stipulatu. Idemque esse, & si sub conditione legata sit: quia & si ipse debitor rem sub conditione legatam dedisset, non liberaretur. Sed si conditione deficiente remanserit, petitio infirmabitur.

Ad §. Stichum, qui decessit si stipuler: si quidem condici etiam mortuus potuit, ut furi: utiliter me stipulatum, Sabinus ait: Si vero ex aliis causis, inutiliter: quia & si debetur morte, promissor liberetur. Idem ergo diceret, & si mora facta defunctum stipularer.

Ad §. Si quis ancillam sistere se in aliquo loco promiserit, quae praegnans erat: etsi sine partu eam sistat, in eadem causa eam sistere intelligitur.

Haec lex multa in se continet de stipulationibus. Ego hodie initium tantum legis exponam. Docet initio, de se quemque stipulanti promittere debere, non de alio, puta, se daturum, vel facturum: si de alio promiserit: Promittis L. Titium illud daturum, facturumve? promitto: inutilem esse stipulationem, & adeo inutilem esse, ut ea sit solummodo utilis, per quam negotium geritur inter stipulantem, & promittentem, inter contrahentes, ita scilicet, ut promissor obligetur stipulatori. At inter stipulantem, & promittentem non geritur negotium, si non se quis, sed alium daturum facturumve promittat. Itaque stipulatio non valet alieni facti, l. sicut reus, infr. de fidejuss. l. 38. in princ. hoc tit. nisi, sunt addendae duae exceptiones, nisi simul, qui promittit alium facturum, poenam promittat, ni alius fecerit, l. novissima, jud. solvi, §. versa vice, Inst. de inut. stip. Qua ratione etiam sustinetur stipulatio interposita a procuratore, vel defensore, ratam rem dominum habiturum, vel amplius neminem petiturum, quia subjectam poenam habet, quanti ea res erit, l. 19. rem ratam hab. Altera exceptio haec est, nisi quis ita promiserit, hocve sensu & hac mente, curaturum, vel effecturum se, ut alius daret, vel faceret, quia hoc modo suum, non alienum factum in stipulationem deducit, ut §. si quis alium, Inst. de inut. stip. Et ut ostenditur §. 1. hujus legis, hoc sensu accepta haec stipulatio, quae est frequentissima, dolum malum abesse, absuturumque esse, sustinetur, qua non simplex quis, ut ait, abnutivum promittit, quod Philoxenus interpretatur ἀνυποκρίνον, id est, non simpliciter promittit, se nihil dolo malo facturum, heredemve suum, sed etiam adnutivum promittit, κατὰ μορῶν, videlicet curaturum se, ne quis alius quid in ea re dolo malo faciat, dolum

malum abesse, abfuturumque esse, non a se tantum, herede suo, sed etiam ab omnibus aliis, præstaturum se omnium dolum. Eodemque modo accipitur hæc stipulatio, *habere licere: rem, quam emi de te mihi habere licebit*: qua emptor sibi prospicit de evictione generaliter: nempe daturum operam venditorem, præstaturumque ne quis eam rem evincat emptori, qua de re in *l. ex empto, §. qui autem, de act. empt.* Eandemque interpretationem recipit hæc stipulatio, *neque per te, neque per heredem tuum fiet, quo minus mihi ire agere liceat per tuum fundum*. Cui stipulationi respondet, & hoc respondisse intelligitur, curaturum se, ut per quemcumque alium stipulatori ire agere liceat. Denique promissor non simplex abnævum promittit, id est, se non facturum, quo minus ire agere liceat, sed etiam se facturum ut per omnes ire agere liceat, ut eunti agenti nemo impedimentum adferat, ut *l. 20. hoc tit.* Et similiter qui promittit, quive constituit certam personam pro fidejussuram, quæ conventio valet, *l. eum, qui, §. 1. de const. pec. de se promississe intelligitur, non de alio, nempe datum se illum fidejussorem; mandaturum se illi, ut pro se fidejubeat: effecturum se, ut ille pro se fidejubeat. Atque ita hæc stipulatio etiam alieni facti stipulatio non est. Reliqua persequemur proxima recitatione.*

A *D §. si Stichum.* Venio ad *§. si Stichum.* In stipulationibus, si contrahentes dissentiant in corpore, quod in stipulationem deducitur, ut si quis stipuletur *Stichum*, & de alio sentiat ipse, de alio promissor, nulla stipulatio est. Idemque in jud. iis Aristo existimabat, petito scilicet *Sticho*, nullum esse judicium, si de alio *Sticho* sentiat actor, de alio reus. Quam sententiam Aristonis merito hoc loco improbat Paulus, quia non eadem est ratio stipulationum, & judiciorum. Stipulationes ex utriusque partis consensu perficiuntur, *l. continuus, §. 1. inf. hoc tit. l. 1. §. pen. de pact. l. 5. de transact.* Verborum conceptio solemnium est summa pars perficiendæ stipulationis. Judicia autem redduntur invitum, in non consentientem. Trahimur in iudicium, litemque contestamur inviti, *l. summa, §. ult. de pecul.* Unde & actionibus nomen, si Theophilo credimus, quod invitos agant & propellant in iudicium. Et ideo licet petito *Sticho*, de alio *Sticho* actor sentiat, de alio reus, iudicium consistit, & is *Stichus* censetur in iudicium venisse, de quo actor sensit, alioquin reus, cujus proprium est fugere & negotium trahere, quantum potest, semper diceret se non consensisse, *l. solemus, de judic.* Et ex hac varietate etiam fit, ut novatio, quæ fit per stipulationem, dicatur voluntaria: quæ autem fit iudicio accepto, dicatur necessaria, *l. aliam, de novat. l. ult. de separat.* Non poterat quidem iudex esse inter privatos, nisi is, de quo inter partes convenisset, ut M. Tull. docet in orat. *pro Cluent.* At is, de quo convenisset, iudex dari & esse poterat, iudiciumque constitui, etiam si de re non convenisset, id est, etiam si in re, quæ in iudicium deduceretur, partes dissentirent, & aliud actor se petere, & aliud a se peti reus existimaret. Et ita est explicanda hujus *§.* sententia. Nunc excutiamus quod & obicit Accursius. *Nulla*, inquit Paulus, *stipulatio est, si contrahentes dissentiant in corpore.* Atqui (ut obicit Accursius) nulla emptio venditio est, si contrahentes in corpore dissentiant. In hac scilicet specie, alioquin pugnaret *lex in venditionibus, de cont. empt.* Sed in hac specie, si in emptione fundi dictum sit, accedere *Stichum* forte villicum, & de alio emptor, de alio venditor senserit, neque enim ideo minus venditio fundi valet, *l. si in emptione, de cont. empt.* Et is *Stichus* debetur, de quo emptor intellexit, ut jam pridem ostendi, probavi, & vici in ea lege esse legendum. Neque vero huic objectioni respondeas, ut priore loco tentat Accursius, in illa specie contrahentes dissensisse in accessione, id est, in *Sticho*, consensisse tamen in re principali, id est, in fundo. Nam & si dissensus, qui fuit in accessione, non vitiet consensum, qui fuit in re principali, vitiare tamen dissensus debet de accessione conventionem. Quoniam omni ex parte contractum, qui solo consensu consistit, ut emptio, venditio, perfectum, esse oportet. Atquin non est perfectum, qua

parte dissentiant contrahentes: nec minus accessio desiderat consensum utriusque, quam res principalis. Itaque posterior responsio Accursij, quam & olim sequutus sum, verior est, ut in illa lege verbum *senserit, si de alio venditor, si de alio emptor senserit*, ut, inquam, verbum illud sic accipiatur, non ut revera de alio *Sticho* senserit emptor, de alio venditor, sed ut sensisse dicantur, & dissensisse dicantur in *Sticho*, id est, ut fuerit ambigua oratio illa, *Stichum* accedere, quod duo essent *Stichi*, ut *l. 2. de reb. dub. & diceretur* de alio sensisse emptor, de alio venditor; quod & vicinitas legis cum lege, quæ illam præcedit, quæque aliud proponit exemplum ambiguae orationis, suadet. Itaque & in specie *d. l. si in emptione*, & in specie *legis si cum in lege*, ubi, quia ambigua est oratio, interpretatio fiet adversus venditorem, qui dixit *Stichum* accessurum venditioni fundi, nec evidentius explesserit quem *Stichum*. Et is ergo debetur, quem emptor elegerit, qua in re contractus etiam & judicia mutant, differuntque inter se. Nam si ambigua fuerit actio, id est, formula, quam quis dictavit, ejus interpretatio relinquatur actori, qui formulam edidit, & dictavit, non reo, qui eam excepit. At si ambigua fuerit lex venditionis vel stipulationis, ejus interpretatio relinquatur, non venditori, vel stipulatori, qui eam dixit obscurius, non sine suspitione fraudis, sed hujus ambiguitatis interpretes erit emptor, aut promissor: quæ differentia inter contractus & judicia ita palam scripta est in *l. in contrahenda, de reg. jur. & confirmatur* innumeris legibus.

A *D §. si stipulante.* Sciendum est, quod pro certo principio certave ratione hujus *§.* traditur, noluisse prudentes duriore conditione quemquam spondere utiliter, quam quis ab eo stipulatus esset: alioquin interrogato non congrueret bene responsum. Et ideo si stipulanti de te *Stichum*, aut *Pamphilum* sub distinctione, atque adeo tibi permittenti arbitrium dandi ejus, quem elegeris, tu tibi respondendo hanc electionem ademeris, & pure *Stichum* sponderis, non teneris, quia in duriozem causam spondidisti: levior fuit stipulatio, quam quod tu spondidisti. At si stipulanti *Stichum & Pamphilum* conjunctim, sponderis *Stichum* tantum, stipulatio valet, quia in leviozem causam obligaris, nimirum ex una stipulatione tantum, non ex duabus, quæ propositæ erant, quoniam quot sunt res, tot sunt stipulationes, *l. 1. §. pen. l. scire, l. quod dicitur, hoc tit.* Item eadem ratione si stipulanti decem, aut viginti disjunctim, sponderis decem, stipulatio valet, quia sumpsisti quod levius erat, & quia pro eo etiam est, ac si ille, qui te interrogavit, stipulatus tantum fuisset decem. Nam & si stipulanti 10. aut viginti simpliciter, respondisses spondeo, non obligaris nisi in 10. Quia in summis, in quantitatibus, ut ait, id quod minus est, semper sponderi videtur: & nihil refert respondeas simpliciter, spondeo: an ita, decem spondeo, *l. 1. 2. hoc tit.*

A *D §. Sacram.* In hoc *§.* multa & præclara de jure continentur. Certum est, quod proponitur etiam initio hujus *§.* inutilem esse stipulationem, si quis stipuletur liberum hominem sibi daturus, quia dari non potest: vel si quis stipuletur rem divini juris, puta rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebatur, ut si quis stipuletur liberum hominem, quem servum esse credebatur. Item inutilis est stipulatio, si quis rem usibus populi perpetuo expositam stipulatus sit, veluti theatrum, amphitheatrum, vel quo exemplo utitur, forum, aut Basilicam: Foro, in quo judicia fiunt conjungit Basilicam, in qua negotiationes exercentur, *l. pediculis, §. item, de auro & arg. leg.* Proxima enim foro erat Basilica negotiatorum. Plutarchus in *Catone: Τὴν Βασιλικὴν διέπων τὸ Βασιλευσθεῖον ἢ ἀγορὰν παρελάθει.* Et Plautus in *Captivis: Sub Basilicam omnes abiget in forum.* Ad summam inutilis est stipulatio, si quis stipuletur rem sacram, vel religiosam, si rem in perpetuum relictam usui publico, si liberum hominem: neque vero convalescit hæc stipulatio, quamvis postea res sacra, aut religiosa profana fiat: vel res, quæ erat in usu publico, convertatur in privatum usum: vel homo liber fiat servus, atque adeo hæc stipulatio in pendentem non est, hoc colore, quod convale-

valescere possit. Nec enim potest convalescere: qui contractus ab initio inutilis est, ex post facto convalescere non potest. Quinimo contractus, qui ab initio utilis est, ex post facto inutilis fiet, si in eam causam, eumve casum recidat, à quo incipere non potest, ut si quis stipulatus sit rem profanam utiliter, quæ mox in sacrum dedicata sit: vel servum, qui mox ad libertatem pervenit, modo hæc contigerit sine facto promissoris, l. 51. sup. hoc tit. l. 91. inf. hoc tit. Et rursus stipulatio ab initio utilis, quæ mox facta est inutilis, rursus utilis fieri, & revalescere non potest: ut si res profana in stipulationem deducta, quæ stipulatio erat utilis, quum evanuerit, eadem re mox Deo consecrata, non antequam convalescat, si rursus eadem res fiat profana. Idemque est, si servus, qui erat utiliter in stipulatione deductus, liber fiat sine facto promissoris. Namque stipulatio evanescit, usque adeo, ut nec convalescat, resuscitetur, restituitur, rursus eodem homine in servitutem redacto. Et hæc est sententia Pauli, cui mox Paulus subjicit, ut respondeat, non quod ea moveatur, hanc rationem, quam male quidam accipiunt, quasi sit ratio sententiæ Pauli, quum sit ratio, quæ impugnat sententiam Pauli. Ratio, quam Paulus à se removet, sententiæque suæ ratio hæc est: *Quod una eademque est causa obligandi, & liberandi, quod contrariorum una eademque sit causa, sed contraria tamen, ut recte glossa supplet, & Aristoteles tradit, ut in hunc locum adnotavit glossa: quod, inquam, una eademque sit causa obligandi, & liberandi, sed contraria. Obligamur enim, quia dare possumus, quod habemus. Liberamur vero, aut non obligamur, quia dare non possumus, l. 103. inf. l. si unus ex sociis, de servitut. rusticor. præd. Ulpianus libro regul. tit. de legatis. Liber homo, inquit, aut res populi, aut sacra, aut religiosa legari nullo modo potest, quia dari, inquit, non potest: Ergo si vera est hæc propositio, si cum res est profana, quam promissimus, obligamur, quia dare eam possumus, & si mox sacra fiat, antequam detur, liberamur, quia jam dare eam non possumus. At si rursus eadem res profana fiat, obligamur igitur, quia dare eam possumus. Idemque de libero homine dici potest: si servum promissi, obligor, qui si mox fiat liber, liberor: ac denuo, si fiat servus, denuo obligor, si vera est propositio illa, qua etiam Celsus utebatur, qui erat in hac sententia, ut exilium maret, subinde obligari, & liberari nos, & rursus recidere in pristinam obligationem, l. qui res, §. aream, de solution. l. si chorvis, quæ est Celsi, §. ult. de leg. 3. Et utebatur Celsus similitudine navis alienæ, quam si promissero, obligor, mox si dominus eam dissolverit, liberor: ac rursus si eam jisdem tabulis dominus compegerit, rursus obligor, quasi nave revocata in pristinam obligationem, quod & Paul. ipse fatetur. Adjecit & Pedius hanc similitudinem confirmandæ sententiæ Celsi; si promissero ex fundo meo vini amphoras centum, obligor, ut quum natum erit, quum vindemia lecta erit, tot amphoras vini stipulatori præstem. At si natum vinum, lectumque, mox consumptum sit sine culpa mea, liberor, & rursus sequenti anno, si natum sit quod suppeditet, & expleat totidem amphoras, nec consumptum sit, obligor. Quod etiam Paul. non diffitetur, neque tamen iis movetur similitudinibus: has imagines, quæ contra eum ponuntur, ait ostenditque esse dissimiles, quod quomodo ostendat, quomodo eas imagines, vel similitudines discutiat, mox aperiam. Paulus in hac linter, §. sacram, pro vero, & certo tradit, quod & certissimum est, extinguere stipulationem, si servus, qui promissus est, sine facto promissoris, & ante moram promissoris ad libertatem pervenerit: vel si res profana, quæ promissa est, sine facto promissoris in sacrum dedicata fuerit, nec restitui stipulationem, si rursus idem homo in servitutem redigatur, aut si rursus eadem res profanetur; & contra se positas similitudines à Celso, & Pedio, quas exposuimus supra, esse dissimilitudines docet hoc modo, falsasve similitudines, falsas imagines, si liber homo in stipulationem deducatur, prorsus inutilem esse stipulationem, nec suspendi, quoad is homo servus fiat, quin etiam ita conceptam stipulationem illam: *hominem, quum servus esse cæperit, dari spondes? non valere: quod nefas sit casum servitutis in li-**

Tom. II. Post.

bero homine spectare, vel expectare: quod nefas sit adversam fortunam expectare liberi hominis. Nulla vero major adversa fortuna libero homini contingere potest, quam quæ illum servum facit, l. si in emptione, §. liberum, de contr. empt. non esse tas casum servitutis in homine libero expectare: nefas, sive, ut veteres loquebantur, infas est, quod non tantum civilis sed etiam naturalis ratio abhorret. Et hoc quoque Paulus hoc loco, neque civile, neque naturale esse ait, ut casum, adversamque fortunam expectemus liberi hominis: eodemque sensu, hominem homini insidiari nefas esse, l. 3. de justit. & jur. litem ex lite confurgere nefas esse, l. 3. C. de fruct. & lit. exp. Et similiter non valere talem stipulationem rei sacræ, vel religiosæ, quum profana esse cæperit: quia natura sui, ut ait, non est stipulatio possibilis, & ea duntaxat, quæ sunt possibilia, & ut ita dixerim, *possibilia*, id est, quæ statim subjici usibus, dominioque nostro possunt, deducuntur in obligationem, non etiam ea, quæ dari nobis statim non possunt, ut l. 35. sup. hoc tit. l. 1. §. si id quod, de obligat. & act. At si stipuler ex vinea illa centum amphoras vini, qua similitudine Pedius utebatur, hæc stipulatio natura sui est possibilis, quia vinum ex vinea nasci potest: ac si jam natum, factumve sit, confestim ex stipulatu agi, sed nondum vino nato, factoque, tacite inest stipulationi tempus, quo vinum ex vinea percipiatur, sive hoc anno, sive sequenti anno vindemia bene cesserit, nec vinum effusum, vel consumptum fuerit sine facto promissoris, l. 73. supra, hoc tit. Ac præterea specialiter hoc vinum, aut hujus vini amphoræ tot in stipulationem non veniunt, sed generaliter veniunt in stipulationem tot amphoræ vini, quot quandocunque in vinea illa nascuntur. Denique in hanc stipulationem venit non species certa, aut corpus certum, sed quantitas, sive genus. At illum hominem liberum, aut illam rem sacram, qui stipulatur, certum corpus, certam speciem, non genus stipulatur: species perire potest, genus perire non potest. Unde apparet, quam sit dissimilis imago illa, sive similitudo Pedii, quamve parum faciat adversus Pauli sententiam. Quod ad alteram de nave, qua Celsus utitur, ea quoque est dissimilis. Nam si navem alienam prom. sero, quam dominus dissolverit, refixis omnibus tabulis, ea mente, ut eam resciceret, non perinde extinguatur obligatio, atque si servus alienus, quem quis stipulanti promiserat, à domino manumissus fuerit. Hoc enim casu extinguatur obligatio, servo promisso sine facto promissoris ad libertatem deducto, quia & morte hominis extingueretur, quæ contigisset sine facto promissoris, & ante moram. Atqui manumissio similis est morti, ut eleganter ait l. si mihi alienum, de solut. Atque ita igitur extincta obligatio sane non restituitur, si postea idem homo in servitutem redigatur, quia novus homo videtur esse, neque enim redigitur in pristinam servitutem, l. 27. in fine, de adimend. leg. At illo casu, si navis à domino refixis tabulis resoluta sit rescicendi causa, nondum tabulæ ejusdem navis esse desuisse, nondum intercidisse ea navis videtur, manente carina eadem. Ac proinde rescicte navi iisdem tabulis, eadem prorsus navis esse intelligitur, quia & intercidisse interim non intelligitur. Ergo & interim cessasse potius ab effectu suo, quam extincta videtur obligatio esse, ut idem Paulus in quæstionibus docuit, in quibus & de hac ipsa quæstione tractavit, l. quæ res, §. aream, de solut. Eodemque modo domo promissa, licet tigna, ex quibus forte constat, deposita, & exempta sint, si modo ea mente deposita sint, ut reponantur, nondum domus intercidisse, nondum tigna ejusdem domus esse desuisse intelliguntur, nam & deposita ejusdem domus esse intelliguntur, quoniam deposita sunt, ut & in melius reponerentur. Itaque valde dissimilis est imago illa, qua Celsus utebatur: nec igitur ex ea Celsus recte duxit argumentum: similitudines claudicare non oportet, sed omni ex parte congruere rei, cui similiter adsimilantur. Recta esset similitudo, quod & Paulus hoc loco notavit, si navem poneret Celsus ea mente dissolutam refixis omnibus tabulis, ut tabulæ in alium usum converterentur. Et ideo, hoc etiam casu, si postea mutato consilio navis iisdem tabulis compacta sit, non restituitur obliga-

Ggg 2

tio,

tio, quæ semel dissolutione navis extincta fuisse intelligitur, quia dissoluta est ea mente, ut non reficeretur, ut tabulæ alij rei servirent, vel accomodarentur. Quæ igitur postea, mutata sententia, iisdem tabulis reficitur navis, profecto nova est navis, non eadem navis, quæ fuit ante: similique modo domo destructa & solo æquata ea mente, ut esset area, quæ rursus non inædificaretur, etiamsi postea mutato consilio ex eadem materia domus restituta sit, non restituitur obligatio semel extincta, domo promissa usque ad aream deposita, quia & perempta prior domus, & hæc, quæ rursus exædificata est, alia domus dicenda est. Denique ut hæc in pauca contraham: navis domusve refecta eadem est navis, & eadem domus, si ea mente dissoluta, aut deposita sit, ut reficeretur ex eadem materia. Quod si ea mente, ut non reficeretur, sed ut in alios usus materia converteretur, quæ post mutato consilio reficitur ex eadem materia, nova est navis, novaque domus. Hujus rei disquisitio est elegans & perutilis. Nam sæpe quæritur in jure, quando eadem res esse intelligatur, ut in exceptione rei judicata. Et in extremo quoque hujus §. Paulus notat, non tantum hoc quæri in stipulationibus conventionalibus, de quibus actum est *sup. in hoc §.* sed etiam in stipulationibus prætoriiis, ubi de re restituenda agitur, & quæritur, an eadem sit res, quod latius exposuimus in commentario ad hunc titulum. Ergo hæc disquisitio, sit ne res eadem an alia, non tantum in conventionalibus stipulationibus usui esse potest, sed etiam in prætoriiis, quæ ita concluduntur, eandemque rem recte restitui.

Ad §. Si rem. In hoc §. docet Paulus, obligationem etiam extinguí, quæ ex stipulatione nasci solet: si qua stipulatione stipulatus sim mihi rem dari ex causa lucrativa, veluti ex causa donationis, eadem mihi priusquam agerem ex stipulatu obvenit: id est, si dominium ejus adquisiero ex alia causa lucrativa, veluti ex testamento, jure legati, aut jure hereditario: dominio, inquit, extinguitur stipulationem, id est, dominij acquisitione, ex alia causa scilicet lucrativa: non enim extinguitur dominio, quod obvenit ex causa non lucrativa, veluti ex causa emptionis aut permutationis, aut dotis. Et hic est locus regulæ juris, quæ dicitur, *duas causas lucrativas in eandem rem, & in eundem hominem concurrere non posse*. Qua ratione, & si prius ex stipulatu rem quasi donatam nactus fuero, legatum ejusdem rei, quæ alia donatio est, inutile constituitur, nec amplius ea res mea fieri potest jure legati, aut jure hereditario, quæ jam mea facta est jure donationis, aut jure stipulationis, quæ subsequuta donationem est, *l. si servus legatus §. si Stichum, de leg. 1.* Quod usque adeo verum est, ut si rem ipsam nactus sim ex causa donationis, postea non possim ejusdem rei pretium petere ex causa legati, quia & pretium locum ejusdem rei tenet, *§. si res aliena, Inst. de leg.* Addit exceptionem unam Paul. si cum res mihi deberetur ex causa stipulationis interpositæ, donationis gratia dominus ejus rei me heredem instituerit, & a me eandem rem, alij pure vel sub conditione legaverit. Hoc enim casu integra mihi est actio ex stipulatu, quia non intelligitur ad me pervenisse jure hereditario quod alij præstare necesse habeo, vel habeo, *l. non quocumque, de leg. 1.* Vis videre quam hoc sit verum? Debitor certæ rei non videtur mihi eam rem dedisse, aut solvisse, si ab eo legata fuerit pure, vel sub conditione, *l. qui res, in prin. de solut.* Non videtur eam dedisse, ergo neque ego videor eam accepisse: & consequenter integra mihi est actio ex stipulatu. Sed si conditio legati defecerit, stipulatio extinguitur, vel actio ex stipulatu, perinde atque si nunquam ea res legata fuisset, *quia in æquo est, rem non legare, aut conditionem deficere, sub qua res ea legata est*. Recte autem ponit Paulus in hoc §. rem mihi promissam ex causa lucrativa, nactum me esse ex alia causa lucrativa: nam si eam nactus sim ex causa non lucrativa, veluti ex causa emptionis, quamvis stipulatio in eam causam reciderit, a qua incipere non poterat, propterea quod rei meæ stipulatio non valet, tamen valebit stipulatio hoc casu, quum res facta est mea ex causa non lucrativa: quia quanti ea res est, tantum mihi abest, nempe pretium, quod pro ea dedi. Itaque vel pretij

A petitio, quod mihi abest, mihi superest ex stipulatu.

Ad §. Stichum. Restat ex lege 83. de verbor. obligat. §. pen. & ult. qui nunc explicabuntur, & simul duæ leges, quæ restant ex hoc libro. Exposuit Paulus in hac lege varia stipulationum genera, quæ ab initio inutiles sunt, veluti si quis factum alienum promiserit: vel si disensum sit in corpore, quod in stipulationem deducebatur: vel si in duriorum causam promiserit quis, quam interrogatus esset: vel si rem sacram aut religiosam, aut rem populi, aut liberum hominem quis stipulanti promiserit. Exposuit etiam varia genera stipulationum, quæ cum essent ab initio utiles, postea factæ sunt inutiles, veluti in stipulationem deducta re profana, aut re privata, aut servo homine, & mox eadem re in sacrum, vel in publicum redacta, eodemve homine perducto ad libertatem: aut nave, vel domo promissa, mox ea mente dissolvat, ut non reficeretur. Itemque ejus rei, quæ in stipulatum deducta est ex causa lucrativa, dominio quæsitio ex altera causa lucrativa. Hæc breviter docuit Paulus tota hac lege: qua ex causa ab initio inutiles stipulationes sunt, ex eadem etiam, quæ ab initio sunt utiles, ex post facto inutiles fieri, quod & docet in §. pen. in hac specie.

Ad §. Pen. Si quis Stichum stipulatus sit jam mortuum, quem vivere credebat, hæc enim stipulatio est inutilis ab initio, quia nullius rei nulla debetio est, *l. 69. sup. hoc tit.* Imo etsi Stichus, qui ex stipulatu debebatur, nullus esse cœperit, ante moram debitoris, id est, si vita decesserit, stipulatio inutilis sit, *l. 23. hoc tit. l. si mihi alienum, de solut. l. venditor, de hered. vend. l. 6. de usufr. leg.* Excipitur unus casus in hoc §. penul. Si stipulatur hominem, quem mihi promissor debebat tanquam fur, & ex causa conditionis furtivæ, qui jam mortuus erat: nec enim mors hominis furtivi furcem liberat conditione furtiva, quia & contigisse ea semper intelligitur post moram, *l. ult. de condit. furt. l. 56. de obligat. & act. l. inter, de furt.* Et hoc quod attinet ad causam conditionis furtivæ, mors hominis furtivi ab ea furem non liberat, liberat tamen ab actione ex stipulatu, quamvis interposita fuerit ex causa furtiva, videlicet si priusquam stipulationi mora fieret, mors hominis contigerit, quia stipulatio purgavit priorem moram. Et ita est proditum in *l. 29. §. ult. hoc tit.*

Ad §. Ult. Ancilla prægnante vendita, certe partus non est venditus, *l. si prægnans 42. de evict.* quia nec partus pars ancillæ esse intelligitur, qui scilicet jam editus est, *l. partum, de verb. significat.* Id tamen actum videtur inter contrahentes, ut partus sequatur emptorem ancillæ: & quamvis evicto partu non competat actio ex stipulatione duplæ, de qua est intelligenda *d. l. si prægn.* competit tamen actio ex empto evictionis nomine, quod partus evictus sit in id, quod interest, *l. 8. eod. tit. de evict. l. non quocumque, §. Julianus, de leg. 1.* Et sic ancilla prægnante precario rogata, licet partus rogatus non sit, id actum videtur, ut partus in eadem causa habeatur, *l. 10. de precar.* Quod obtinet etiam in donata ancilla prægnante, *l. cum pater, §. pater filie 17. de legat. 2.* Verum, ut Paul. ostendit in hoc §. ult. ancilla prægnante iusti promissa, id actum non videtur, ut & partus sistatur, aut ancilla nondum enixa, quia cum partu nihil actori negotij est: & ideo ancilla partu levata, si sistatur, in eadem causa iusti videtur. Hæc est ratio §. ult.

Ad L. XXIX. de Stipul. serv. Si communis servus sic stipulatus sit, decem illi domino, decem alteri dare spondes? dicemus, duos reos esse stipulandi.

Hæc lex docet, duos reos stipulandi constitui, si servus communis duorum, exempli gratia Caij & Seij, sic stipulatus sit: *Decem Cajo domino meo, eadem decem Seio alteri domino meo dare spondes?* Sic, inquam, duos reos stipulandi constituit: & ideo singulis dominis solida decem debent, sed unius petitione totam obligationem dissolvi, *l. 2. de duob. reis*. Ratio autem hujus sententiæ hæc est, quam vulgo

vulgo neque tradunt, neque percipiunt, quia in hac stipulatione Cajus, & Sejus verbis non conjunguntur, alioquin singulis deberentur quinque tantum, id est, viriles partes, l. 37. *inf. hoc tit. sed conjunguntur re tantum, perinde atque si ita servus communis dixisset, decem illi domino dare spondes? eadem decem alteri domino dare spondes? Namque in illo sermone, decem illi domino, eadem decem alteri domino dare spondes? est ζευγμα κατ' ἑλλησιν, ut in l. Mævio, de leg. 2. Mævio fundi partem dimidiam, Sejo eandem partem dimidiam lego, est ζευγμα. Mævius & Sejus re tantum conjuncti sunt, perinde atque si dixisset, Mævio fundi partem dimidiam, Sejo eandem partem dimidiam lego. Hæc est ratio hujus legis, quæ plurimum facit ad illam l. Mævio, & illa ad hanc quoque.*

Ad L. XXXIV. de fidejuss. Hi, qui accessionis loco promittunt: in leviolem causam accipi possunt, in deteriolem non possunt. Ideo si à reo mihi stipulatus sim à fidejussore mihi, aut Titio: meliolem causam esse fidejussoris, Julianus putat, quia potest, vel Titio solvere. Quod si ea reo mihi, aut Titio stipulatus, à fidejussore mihi tantum interrogem: in deteriolem causam acceptum fidejussorem, Julianus ait. Quid ergo si à reo Stichum, aut Pamphilum, à fidejussore Stichum interrogem? utrum in deteriolem causam acceptus est sublatæ electione, an in meliolem? Quod & verum est: quia mortuo eo liberari potest.

IN hac lege hæc generalis definitio proponitur, quæ per hunc titulum late diffusa est: eos, qui accessionis loco promittunt, veluti fidejussores, qui ex stipulatu semper obligantur, & reos constitutæ pecuniæ, qui etiam non male promittere dicuntur, nam verbum *promittere* latissime patet, uno verbo accessiones alienarum obligationum in leviolem causam accipi posse, non in deteriolem. Ex qua definitione infert statim Paulus, ab eo, qui promittit se daturum mihi, recte me accipere fidejussorem, qui promittat se daturum mihi, aut Titio, quia melior, & levior est causa fidejussoris, quam rei principalis, qui mihi tantum solvere potest: fidejussor etiam me invito Titio solvere potest, qui est adjectus solutionis gratia, l. 12. *s. pen. de solut. s. plane solutio, Inst. de inutil. stip.* At ex diverso, ab eo, qui promiserit se daturum mihi, aut Titio, non recte accipio fidejussorem, qui promittat mihi tantum, quia in deteriolem causam intervenit, districtè se obligans, mihi tantum dare, sibi que eripiens facultatem solvendi Titio, quam habet reus principalis. Hæc sunt apertissima. Verum quaritur ad ea, an recte interveniat fidejussor pro eo, qui promittit mihi Stichum, aut Pamphilum, si fidejussor promittat Stichum tantum, reus promittit mihi Stichum, aut Pamphilum: fidejussor promittit Stichum tantum, an recte acceptus fidejussor est? Causa dubitandi est, quia in deteriolem causam acceptus videtur, propterea quod non habet electionem, quam reus principalis habet, ut in *l. inter stipulantem, s. si stipulante, de verb. oblig.* Contra vero in meliolem causam acceptus videtur, quia mortuo Stichum, quem solum promittit, ipse liberabitur, reus vero principalis non liberatur, quia Pamphilus, qui supererit, manebit in obligatione, *l. si in emptione, s. pen. de contrab. empt. l. Stichum aut Pamphilum, de solut.* Et hoc esse verius ait, nempe fidejussorem recte acceptum quasi in meliolem causam, qui promittit Stichum tantum pro eo, qui promiserat disjunctim Stichum, aut Pamphilum. Obijci potest *d. s. si stipulante legis inter stipulantem.* At dico illum *s. loqui de reo principali, qui interrogatus de Stichum, aut Pamphilo, respondit de Stichum tantum: quem non teneri ait, videlicet non tantum, quod in duriolem causam promiserit, sed etiam quod non sic responderit, ut interrogatus est. At in specie proposita fidejussor sic respondit, ut interrogatus est. Interrogatus est de Stichum tantum, & ut docuit, in leviolem causam, facta comparatione ad obligationem rei principalis. Quid autem ex diverso dicendum est, si fidejussor promiserit Stichum, aut Pamphilum, qui interveniebat pro eo, qui Stichum tantum promiserat? id docet l. 8. *s. si quis Stichum, hoc tit. & dicit hoc casu, fidejussorem non obligari, non tantum**

quod in duriolem causam acceptus sit, quia liberato reo morte Stichum, futurum sit, ut ipse non liberetur: sed etiam, quod in aliam causam, aliamve obligationem intervenerit, quia uterque non fuit in principali obligatione. Duabus rationibus utitur, quarum vel altera sufficeret. Nam & si pro eo, qui decem promiserat fidejussor ita accipiatur, ut decem, aut Stichum promittat, quamvis in duriolem causam non interveniat, quia perempto Stichum, nec ipse, nec reus liberabitur, & quantitas, quæ promissa est perire non possit, tamen non tenetur, quia in aliam obligationem acceptus est, neque enim utrumque fuit in principali obligatione, quæ est sententia *s. si quis Stichum, d. l. octava.* In specie autem hujus legis, quia, quum pro eo, qui Stichum, aut Pamphilum promiserat, fidejussor promittit Stichum tantum, fidejussor non videtur acceptus in aliam obligationem, quia uterque homo fuit in principali obligatione, disjunctim tamen, l. 28. *de verbor. oblig. l. illud, aut illud, de const. pec.* Et quod hac in re spectat Paulus, fidejussorem scilicet, qui promittit Stichum tantum pro eo, qui promiserat disjunctim Stichum, aut Pamphilum, fidejussorem, inquam, posse liberari morte Stichum ante moram contingente, qua tamen non liberaretur reus principalis, quia Pamphilus superesset in obligatione. Quod, inquam, Paulus spectat mortem Stichum, & frustra objicit Accursius *leg. cum hi, s. ult. de transact.* ubi dicitur, annua quantitate legata ad habitationem, & transactione ita facta inter heredem, & legatarium, ut pro pecunia domus præstetur habitandi causa, etiam si ejus transactionis prætor auctor non fuerit, valere transactionem, nec spectari casum ruinæ, vel incendii, qui contingere potest, quod ruere domus possit, aut consumi incendio. Neque vero mirum hoc videri debet: hic enim casus longe distat à morte hominis, quam spectat Paulus in hac l. mors hominis est certa, ruina ædium, vel incendium, incertum: mors, naturalis: casus autem illi, fortuiti, ac plane casus. Quam differentiam etiam Bartolus animadvertit hoc loco, explicavit tamen obscurius. Sequitur liber 73.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXXIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

EXPLICABIMUS tres leges, quas solas habemus ex libro 73. Dixit superiore libro de conventionibus stipulationibus. Ab hoc libro incipit tractare de prætoris stipulationibus, & hunc tractatum perducit usque ad librum ultimum. Ac primum in l. 2. *de prætor. stipulat.*

Ad L. II. de Prætor. stipul. Prætorie stipulationes, aut rei restitutionem continent, aut incertam quantitatem.

Ad s. Sicuti stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua caveatur, ut opus r. stituatur. Ideoque sive ædor, sive reus decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente, vel victo, totum opus restitui debet: quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.

Ad s. Incertam quantitatem continet stipulatio judicatum solvi, & rem ratam dominum habiturum, & damni infecti, & his similes, in quibus respondetur, scindi eas in personas heredum, quamvis possit dici, ex persona heredum promissoris non posse descendente à defuncto stipulationem, diversam conditionem cujusque facere. At in contrarium summa ratione fit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente, in partem ejus committatur stipulatio, hoc enim facere verba stipulationis, quanti ca res est. Sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat: in solidum eum damnandum, Julianus scribit. In quantum autem ipse ea stipulatione, vel fidejussores, an omnino teneatur, dubitari potest: & videndum ait, ne non committatur. Sed si lite contestata possessor decesserit: unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est.

Præ-

Praetorias stipulationes alias continere dicit rei restitutionem, sive de re restituenda cavere, ut ait *l. inter stipulantem, §. sacram, in fin. de verbor. obligat.* Et has esse individuas, quia res pro parte recte restitui non potest, *l. si duo, depos.* Alias vero continere incertam quantitatem, id est, quod stipulatoris interest, vel quod idem est, quanti ea res est, utilitatem stipulatoris: & has esse dividuas, quia in pecuniae praestationem desinunt, cujus facillima partitio est. Illarum vero, quae rei restitutionem continent, quaeque individuae sunt, pro exemplo dat stipulationem ex operis novi nuntiatione, qua vicinus, qui molitur opus aliquod novum, vicino nuntianti novum opus repromittit, vel satisfiat de opere restituendo, id est, de deponendo eo, quod fecerit, vel reponendo eo, quod deposuerit, si iudicatum erit jus ei non fuisse faciendi novum opus, *l. stipulatio, de novi oper. nunt.* Haec stipulatio individua est, quia opus restitui pro parte non potest, *d. l. stipulatio, §. quæstum, l. 4. §. ult. de verbor. obligat. l. 11. §. officium, de aqu. & aqu. plur.* Et ideo si stipulator vita decesserit pluribus relictis heredibus, & unus ex iis agat ex stipulatu, agit in solidum in hoc, ut opus restituatur, nec, si vincat, aliter ei satisfacit, quam toto opere restituto, & è contrario si promissor vita decesserit pluribus relictis heredibus, & cum uno eorum agatur ex stipulatu, cum eo agitur in solidum, nec si vincatur, aliter iudicatio satisfacit, quam si totum opus restituerit, quia, ut eleganter Paulus ait in lege 2. *Quamdiu aliquid superest, tandiu non potest videri opus restitutum.* Operis restitutio actus individuus est, sicut & operis institutio, *l. stipulationes non dividuntur, de verbor. obligat.* & generaliter facta omnia sunt individua. Harum vero stipulationum, quae incertam quantitatem continent, id est, id quod interest actoris, sive stipulatoris, pro exemplo dat stipulationem iudicatum solvi, & stipulationem rem ratam dominum habiturum, & stipulationem damni infecti. Et his similes, inquit, veluti stipulationem legatorum, stipulationem Falcidiae, stipulationem evictionis, sive stipulationem duplae, quae omnes praetoriae stipulationes sunt, & his omnibus promissor stipulatori cavet pecuniae, sive incertae quantitatis, id est, de aestimatione ejus, quod interest, de aestimatione litis, sive quanti ea res est, quae quidem aestimatio ante pronuntiationem, & taxationem iudicis plane incerta est, *l. non autem, de recept. qui arb. l. ult. si quis in jus voc.* quia plerumque difficilis est probatio quanti cujusque interest, ut ait *l. ult. hoc tit.* Et difficilis igitur sententia, quae definit, quanti cujusque interest. Seneca 3. de Benefic. *Difficilem esse sententiam, quae non rem, sed vim rei quaerit.* Et in his quidem stipulationibus, quae concluduntur in id, quod interest, respondetur, ut ait, scindi eas, dividi eas in personas heredum pro hereditariis portionibus, pro hereditariis partibus: igitur & heredum omnium tam promissoris, quam stipulatoris, hoc est, esse dividuas, nimirum quia in pecuniae praestatione consistunt, sive in praestatione ejus, quod interest, cujus aestimationem iudex fecerit. Ac sane quod ad heredes stipulatoris attinet, si is, qui stipulatus est iudicatum solvi, vel de rato, vel damni infecti, vel legatorum nomine, vel quo alio simili genere stipulationis, pluribus relictis heredibus vita decesserit, summa ratione dicitur, uno ex heredibus stipulatoris vincente, stipulationem in partem ejus committi, quia pro parte tantum sua ejus interest, nihil pro parte caeterorum, ut *l. 3. de verbor. obligat. l. si procurator, rem ratam hab.* Et hoc est, quod ait, *Hoc facere verba stipulationis, quanti ea res est,* quae hunc sensum habet: *Quanti interest,* quam in rem omnes haec stipulationes concluduntur. Non pluris igitur, quam cujusque heredum interest, committi stipulationem. Ergo non ultra portionem ejus, qui vicit. Et eodem argumento dicitur de stipulatione damni infecti in *l. 18. §. emptor, in fine, dam. infec.* quod illa stipulatio damni infecti ita concludatur, quanti ea res erit. Ait idem Paulus, si nihil interest, ex ea agi non posse, nisi poena subiecta sit, quia poenae petitio est, etiamsi nihil interest. Et haec de heredibus stipulatoris. Haec omnia attente colligenda sunt, quoniam haec quaestio, sive tractatio est ex difficilioribus juris totius: Et haec lex secunda male omnino percepta. Nunc

dicamus de heredibus promissoris, promissore defuncto pluribus relictis heredibus. Paulus, qui ante dixerat generaliter, scindi stipulationes has in heredum personas, nunc ait, *dici posse,* hoc est, non improbabiler dici posse, uno ex heredibus promissoris victo committi stipulationem in solidum, in id omne, quod stipulatoris interest, haec ratione, quod non possit stipulatio, quae a defuncto descendit, qua & se, & heredem suum obligavit (Hoc enim in his omnibus stipulationibus praetoriis nominatim caveri solet: *me, heredemque meum: per me, heredemque meum*) Quod, inquam, stipulatio, quae a defuncto descendit, qua & se, & heredem suum obstrinxit, diversam heredis cujusque conditionem facere non possit, quam defuncti fuerit. Nam & unus heres ex pluribus propius accedit ad vicem defuncti. Committi autem stipulationem in solidum, est committi stipulationem, vel uno victo, adversus omnes heredes, non adversus eum solum, qui victus est. Ita tamen, ut singuli teneantur tantum pro portionibus hereditariis, quod etiam ostenditur in *l. 2. §. item si factu, & l. 3. & l. 4. §. ult. de verbor. obligat.* Ubi & haec differentia proponitur inter heredes promissoris, & heredes stipulatoris. Itaque his verbis Paulus, quae sunt in hac *l. quamvis possit dici,* omnino voluit, non tentavit, hanc differentiam inter heredes promissoris, & heredes stipulatoris statuere, nec tamen per eam corrigere quod ante proposuit in his stipulationibus, quae incertam quantitatem continent, scindi eas in personas heredum: nam & inter heredes promissoris scinduntur, & inter heredes stipulatoris. Hoc tantum interest, quod vincente uno ex heredibus stipulatoris, in partem tantum ejus committitur stipulatio: victo autem uno ex heredibus promissoris, stipulatio committitur in omnes pro portionibus hereditariis, stipulatio committitur in partes omnium heredum promissoris. His addit Paulus in hac lege: *sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat in solidum eum damnandum Julianus scribit:* Sensus hic est: Si unus ex heredibus possessoris, qui possidebat rem alienam, ejusdemque promissoris, qui scilicet ante acceptum iudicium in rem, id est, antequam conveniretur actione in rem, & hoc iudicio lis cum eo contestaretur, ut fieri solet, satisfecerit iudicatum solvi, cum quo quis iudicio in rem litem contestaturus est, petitori satisfiat iudicatum solvi ante litem contestatam. Si, inquam, unus ex heredibus possessoris, ejusdemque promissoris iudicatum solvi, totam rem, totum fundum, qui petitor possideat, hunc solum damnari iudicio in rem in solidum, quia totius rei restituendae facultatem habet, nec quidquam coheredes ejus iudicii exitum contingere, quod Julianum scribere ait. Et vero extat haec Juliani scriptura in *l. si possessor, de rei vind.* ubi additur de hoc etiam dubitari non oportere, quin is scilicet, qui totam rem possidet, in solidum sit damnandus iudicio in rem. At ut hoc loco refert Paulus, mox subjecit Julianus, de illo dubitari non oportere, dubitari tamen posse in quantum ipse, ne dicas ipse, id est, promissor, sed ut Dinus, in quantum ipse, id est, unus ille heres possessoris, ejusdemque promissoris iudicatum solvi, cum quo scilicet herede actum est actione in rem, quique eo iudicio in solidum damnatus est, quod totam rem possideret, vel fidejussores ejus, qui pro defuncto iudicatum solvi sponderunt, in quantum hoc casu ex stipulatione iudicatum solvi, & an omnino teneantur. Et, inquit Paulus, videndum esse ait idem Julianus, scilicet ne non committatur hoc casu stipulatio iudicatum solvi. Quibus verbis modeste, ut juris auctoribus, moris est, plane confirmat, uno ex heredibus possessoris, ejusdemque promissoris iudicatum solvi damnato in solidum iudicio in rem, quod totam rem possideret, esse quidem adversus eum actionem iudicati, sed nullo modo adversus eum ex hac causa, vel fidejussores, qui iudicatum solvi sponderunt, stipulationem iudicatum solvi committi. Recte. Ratio haec est, quia non ut heres damnatus est, sed ut possessor: non hereditario, sed proprio nomine, *l. 12. §. ult. ad exhib.* alioquin pro parte tantum hereditaria damnatus fuisset, non in solidum. Et stipulatio iudicatum solvi heredem solum, cujus & in ea mentio fit, sive iudicatum, ut heredem tenet. Qua ratione, ut

ut tradit in extremo hujus legis: Si post præstitam cautionem *judicatum solvi*, quæ semper præstatur ante litem contestatam, ante judicium acceptum, l. 8. *judic. solvi*, l. de die, §. si servus, l. filiusfamilias, l. Julianus, qui satisd. cog. Et post litem contestatam cum possessore judicio in rem, si possessor duob. aut pluribus heredib. relictis vita decesserit, non dum finito judicio, unus ex heredibus ejus, licet totam rem possideat, non majore ex parte damnatus est, quam pro qua re heres est. Quia jam non, ut cum possessore, sed ut cum herede, judicium, quod cœpit à defuncto, peragitur, quali in heredem translatum jure hereditario, & ideo nec stipulatio judicatum solvi in eum committitur ultra portionem hereditariam. Et hoc quoque Juliani verba in d. l. si possessor, nimirum verba hæc, ante judicium acceptum, innunt satis, nempe aliud esse dicendum, si post judicium acceptum, id est, post litem contestatam possessor pluribus heredibus relictis vita decesserit, licet unus ex iis totam rem possideat. Et hæc est perspicua hujus legis interpretatio. At dubitari potest, cur stipulationes quæ incertam quantitatem continent, quanti ea res est, in hac lege separantur à stipulatione ex novi operis nungiatione, cum & hæc quanti ea res sit concludatur, l. stipulatio, §. sive autem, & §. ult. de nov. oper. nuntiatio. At ut respondeam, non quidem pure stipulatio ex operis novi nungiatione concluditur, quanti ea res est, non pure, sed sub conditione, ut ibidem ostenditur, si stipulatori placuerit, si stipulator maluerit persequi quanti ea res est, quam operis restitutionem, & ideo invito stipulatore, non potest promissor oblata æstimatione quanti ea res est, se liberare ab operis restitutione. At in his omnibus stipulationibus, quæ incertam quantitatem continent, invito stipulatore promissor oblata æstimatione litis, oblata æstimatione ejus, quod interest, se liberare potest à præstatione facti in stipulationem deducti, l. 13. in fine, de re judic. Quia vero, ut jam ante dixi, in omnibus stipulationibus prætoriiis, adjicitur heredis nomen, vel successoris, ejusque, ad quem ea res pertinet: hæc verba sunt ex formula, qua dicitur, heredis, vel successoris, ejusve, ad quem ea res pertinet, ut l. fluminum, §. adjicitur, de dam. infec. l. 3. rem ratam hab. quod ex singularum formulis intelligere licet, quas alibi expressi: Ideo hoc ipso libro Paulus in l. 70. de verb. signif.

Ad L. LXX. de Verb. signif. Sciendum est, heredem etiam per multas successiones accipi: nam paucis speciebus heredis appellatio proximum continet. Veluti in substitutione impuberis: Quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto: ubi heredis heres non continetur, quia incertus est. Item in lege Ælia Sentia filius heres proximus potest libertum patrum ut ingratum accusare, non etiam si heredi heres extiterit. Idem dicitur in operarum exactione, ut filius heres exigere possit, non ex successione effectus.

Ad §. Verba hæc, Is, ad quem ea res pertinet, sic intelliguntur, ut qui in universum dominium, vel jure civili, vel jure prætorio succedit, contineatur.

Docuit, in his omnibus stipulationibus prætoriiis, heredis appellatione, non contineri proximum heredem tantum, qui statim à morte stipulatoris promissorive successit in universum jus, universumve dominium, sed etiam extendi in heredem heredis ulteriorem: & breviter in heredis heredem in infinitum per longas successiones, ut ait, per longissimam successione, ut loquitur l. 194. de regul. jur. & l. 2. C. de in lit. jur. Heres, inquit Horatius, heredem alterius, velut unda supervenit undam. Eodemque modo Symmachus in epistol. Bona instar undarum, ac fluctuum à succedentibus sibi dominis occupari. Pleraque etiam esse alias species, in quibus heredis nomen latissime patet. Et paucas vero esse species ait, in quibus heredis nomen referatur ad proximum tantum, ut in hac substitutione pupillari: Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto, qua heres proximus tantum continetur, non heres heredis, qui & incertus testatori fuerit, l. qui liberis, §. ult. de vulg. subst. Et in lege Ælia sentia, qua filius heres potest à liberto paterno operas exigere, vel liber-

tum patrum ingrati accusare: In hac, inquam, l. continetur filius heres proximus patris, non filius exheredatus, qui heres extiterit heredi patris, l. cum patronus 22. §. cum libertus, de oper. libert. Addit in fine hujus l. 70. quod etiam respicit ad prætorias stipulationes, in eis hæc verba: Is, ad quem ea res pertinet, complecti quoscunque alios juris universi successores, veluti bonorum possessores, vel fideicommissarios Trebellianos, & bonorum emptores, & iis similes, de quibus diximus in l. 53. de oblig. & act.

Ad L. XVI. de Tutor. & cur. dat. Nec ille desinit tutor esse. Quod & in omnibus, qui ad tempus excusantur, juris est.

Est etiam ex hoc libro 73. lex 16. de tut. & cur. quæ pertinet ad stipulationem prætoriam, rem pupilli salvam fore. Et docet tutorem, qui abesse cœpit reipublicæ causa, quæ absentia necessaria est, non desinere tutorem esse, sed ad tempus excusari à tutela, & in locum ejus etiam ad tempus alium tutorem, vel curatorem dari, nec scilicet pro tempore absentia eum teneri actione tutelæ, vel ex stipulatione rem pupilli salvam fore. Ex antegesto, quod scilicet gessit ante absentiam, teneri, ut l. 3. §. si quis absurus, de suspect. tut.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXXIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

VOBIS pene desui, fratres, animo meo Charissimi: sola majestatis providentia lucis adhuc tuenda copiam dedisti: credo non tam mea, quam vestra causa, ne extremus ille casus, qui me corripuerat, meis laboribus, quibus levarem vestros, immaturum finem ageret, ad quem proclivis ferebatur tamen animus meus, qui & se ab illo propius haut abesse quodammodo præsentit, neque dolet: tempus est enim de illa perpetua, non de hac exigua vita cogitare, atque ita se comparare, ut nos deprehendat suprema dies abire paratos. Quare deinceps non tam vasto, sive profundo me committere decrevi, quam id fuit, cujus speciem prætulit opus Pauli ad Edictum: in quo tamen bene est, jam non diu jactabimur: est enim terra in manibus, cum ex eo supersint residui tantum libri quinque, & hi quidem admodum leves, adeo ut & brevi ad exitum adduci possint, quod ut præstem, hoc solum hodie curo: neque enim quod per me affectum jam est, id imperfectum reddere volo: neque vero debeo, vel novis plerisque morem gerere, qui id à me imperfectum relinqui mallent, quod ejusdem laboris participes & socii non fuerint, vel ignavis quibusdam, & languentibus, qui & jam deseruerunt in medio cursu potius, quam studiosis, diligentibus, eruditiss, & probis, qui & non injuria conquerebantur, si cæpto desisterem, cujus ipsi tandiu fastidium expessissent. Itaque ex lib. 74. qui primus est ex libris quinque residuis, sumam l. 44. de obligat. & act. qua nulla in hoc libro utilior, aut rerum ubertate plenior.

MEmini me ab hinc triennio, cum totius hujus tituli interpretationem suscepissem, & eam interpretari: verum idem nunc iterare juvabit: nam & quæ tunc copiose, nunc dabuntur arctius & strictius: & contra quæ tunc sunt coarctata veluti in aggerem, nunc explicabuntur fufius, & omnino eadem erit res, eadem sententia, ratio tradendi diversa, & idcirco fortasse melior locupletiorque: non est una eademque interpretandi ratio, nec uni etiam assuescere, vel uni penitus addicere se est hominis strenui, & diligentis.

Ad L. XLIV. de Oblig. & act. Obligationum fere quatuor causas sunt: aut enim dies in his est, aut conditio, aut modus, aut accessio.

Ad

Ad §. Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio, aut conferitur in diem. Ex die, veluti, Calendis Martiis dare spondes: ejus natura hæc est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem, usque ad Calendas dare spondes? Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse: non magis, quam legatum. Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis definit deberi: plane post tempus stipulator, vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summo veri poterit. Sic & in tradendo, si quis dixerit, se solum sine superficie tradere: nihil proficit, quo minus & superficies transeat, quæ natura solo coheret.

Ad §. Conditio vero efficax est, quæ in constituenda obligatione inseritur, non quæ post perfectam eam ponitur, veluti, centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit. Sed hoc casu existente conditione locus erit exceptioni pacti conventi, vel doli mali.

Ad §. Modus obligationis est, cum stipulamur decem, aut hominem: nam alterius solutio totam obligationem interimit: nec aliter peti potest, utique quandiu utrumque est.

Ad §. Accessio vero in obligatione, aut personæ, aut rei fit. Personæ, cum mihi, aut Titio stipulor. Rei, cum mihi decem, aut Titio hominem stipulor: ubi quaeritur, an ipso jure fiat liberatio homine soluto Titio.

Ad §. Si ita stipulatus sum. Si fundum non dederis, centum dare spondes? sola census in stipulatione sunt, in exolutione fundus.

Ad §. Sed si navem fieri stipulatus sum, & si non feceris, centum: videndum, utrum duæ stipulationes sint: pura, & conditionalis, & existens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, & quasi novatio prioris fiat: quod magis verum est.

Initio hujus legis proponit Paulus obligationum, quæ scilicet verbis contrahuntur, sive stipulationum, fere quatuor esse causas, diem, conditionem, modum, accessionem: quæ tamen obligationum causæ non sunt per se, sed per accidens, quia & sine iis constitui & perfici obligationes possunt, ut puta si pure contrahantur: pura obligatio ab omnibus iis causis pura est, quia neque dies illi inseritur, neque conditio, neque modus, neque accessio. Fere autem, ut ait, sunt quatuor: fere, quia, ut Accursius notat recte, his etiam addi potest locus, quo promissor stipulanti se pecuniam daturum promittit, quæ obligatio etiam non est pura, quia & tacite dies inest, quo in eum locum perveniri possit, l. 41. §. pen. l. 73. tit. seq. l. 6. §. ult. ad SCtum Trebell. Et quia ex ea stipulatione stipulator agere non potest pure, id est, sine adjunctione ejus loci, de quo convenit, quin periculum plus petitionis incurrat, §. loco, Inst. de act. licet etiam loco adjungere satisfactionem, id est, obligationem contractam sub satisfactione, quæ etiam dici potest quodammodo non esse pura, atque ita etiam Jurisconsultus eam obligationem, quæ fit sub satisfactione, separat à pura obligatione, l. 5. in prin. de solut. Idem vero Accursius, quod ait, propter locum, cui addidit satisfactionem, additum esse hunc articulum fere, idque esse philosophicum temperamentum, placet satis. Nam & Macrobius in somnium Scipionis: *Verbum*, inquit, quo hanc definitionem temperaret, adjecit, fere. Et ordine tractemus de singulis hisce causis, ac primum de die, sive tempore. Dies inseritur obligationi, vel à quo incipiat, vel in quem desinat, & finiatur obligatio. Dies, à quo incipiat, inseritur hoc modo: *Calendis Martiis tot nummos dare spondes?* Nam etsi incipiat hæc quidem obligatio statim ipso jure ante Calendas Mart. tamen non incipit cum effectu, quia nulla ejus executio est, antequam Calendæ Martiæ veniant: neque enim ex ea agi potest ante eum diem, quod comprobat legum ingens numerus, & quasi series, & est certissimum, l. 14. l. 73. l. 124. tit. seq. l. c. 9. §. 1. de rebus cred. l. qui res 98. §. ult. de solut. l. 7. de compensat. l. 186. de reg. jur. l. cedere diem 213. de verb. sig. §. omnis, Inst. de verb. obligat. Neque enim incipiente obligatione, semper incipit agendi facultas: non semper cœpta obligatione, & ex ea agendi facultas est. Idem hoc loco Paulus scribit aperte, dum ait: *Naturam obligationis incipientis ex die hanc esse, ut ante diem non exigatur: obligatio igitur nascitur statim, actio non nascitur ante diem.* Dies autem, in quem desinit, aut confertur obligatio, obligationi adjicitur hoc modo: *De-*

cem annua usque ad annum 25. etatis meæ mihi dari spondes? vel hoc modo: *Usque in Calendas Martias mihi dare spondes?* l. 56. §. qui ita, tit. seq. l. Firmo 26. §. ult. quando dies leg. l. pen. de fidejuss. Neque vero existimandum est, idem esse ad diem, & in diem contrahi obligationem: nam in diem contrahi dicitur, sive ad diem, sive ex die contrahatur: ad diem vero, quæ contrahitur usque ad diem certum, ita ut eo die concludatur, consistat, finiatur: quæ autem contrahitur ex die, nunquam dicitur contrahi ad diem, quod prope notius est, quam ut pluribus inculcandum sit. Ad hæc etiam notandum est, ex die quidem obligationem jure contrahi, ad diem vero, quod scilicet semel contracta & enata obligatio perimatur, jure non contrahi, proinde ipso jure ad diem ex stipulatu obligationem constitui non posse, sicut nec legati nomine ex testamento, decem annua illi dato usque in annum decimum, legatum non valet, l. 56. nemo potest, de leg. 1. Et similiter assignatio liberti non recte confertur ad tempus, licet ex tempore fiat rectissime, l. ult. de assign. libert. Libertas etiam non datur ad tempus, l. 33. de manum. test. Verum hæc in re stipulatio, vel legatum collatum ad diem, eo maxime distat à libertate, & assignatione liberti, quod in his dici adjectio supervacua est, l. 34. de manu. test.

Ad L. XXXIV. de Manum. test. *Ideoque si ita scripta sit, Stichus usque ad annos decem liber esto: temporis adjectio supervacua est.*

Quæ est ex hoc ipso libro Pauli, & huic loco coaptanda est. In illis vero, id est, in stipulatione, & legato temporis adjectio, ad quod obligatio collata est, non est supervacua, quia tamen ipso jure non valet stipulatio collata ad diem, sicut nec legatum collatum ad diem, perducitur tamen ad effectum, uti contrahenti, aut testatori placuit, apposita exceptione pacti conventi, vel doli mali stipulatori, vel legatario petenti post diem. Cur autem ipso jure constitui obligatio ex stipulatu, vel ex testamento ad diem non possit, ita ut post eum diem expiret, & evanescat ipso jure, Paulus explicat hac ratione, quia, inquit, quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi definit, non temere deberi definit, sed certis tantum legitimisque modis. Denique certi sunt, & legitimi modi, quibus tollitur obligatio, solutio, acceptilatio, novatio, nudus consensus: in his modis non est tempus, non pactum, non sententia judicis. Ergo & iis modis ipso jure non tollitur obligatio. Et quod legimus sæpe in jure: *Obligationem tolli vicennio, vel tricennio, vel alio tempore legibus statuto, debitorem liberari vicennio, aut tricennio, hoc fit per exceptionem, quæ & præscriptio dicitur, non ipso jure.* Tempore legitimo liberatur debitor, non ipso jure, sed beneficio exceptionis, siquidem ea uti velit, & liberatur à civili obligatione, nam à naturali obligatione debitori nullo modo liberatur, neque ipso jure, neque per exceptionem, quod omnium optime probat lex 30. §. 1. ad leg. Aquil. Et perperam Bart. in contrarium adducit leg. ult. §. 1. rem ratam haberi, quia loquitur ille §. de debitore, qui tempore liberari poterat, qui tamen nondum erat tempore liberatus, qui solvit procuratori creditoris, antequam esset liberatus, exacta ab eo cautione de rato. Ad hæc pertinet etiam lex 7. C. de sent. & interloc. omn. jud. quæ idem proponit, quod & hoc loco Paulus, hæc sunt verba l. 7. *verborum obligationem certo tantum jure tolli, non quolibet jure, non quolibet modo.* Certis modis constituitur, & tollitur obligatio, non quibuscunque. Ideoque ita ratiocinari licet, ut Mar. Tull. pro Cæcinnâ: *Si certis modis majores nostri obligationes tolli voluerunt, intelligimus, inquit, alio modo noluisse.* Verum, ut dixi, datis exceptionibus prætor tuetur voluntatem contrahentium, adversus rigorem juris civilis, si contrahentes tempore certo obligationem finire voluerunt, iidemque tuetur voluntatem testatorum, si legatum, vel fideicommissum reliquerint ad tempus. Quin & constitutiones, ut Justinianus refert in l. ult. C. de legat. permiserunt ad tempus donationes fieri, puta rebus donatis ea lege, ut post quinquennium donatori restituantur.

l. 2. C. de donat. quæ sub modo. Eadem etiam permiserunt A contractum fieri ad tempus, & cogitasse eum opinari de *l. 2. C. de pult. inter. empt.* quæ probat hanc legem venditionis, & traditionis, ut res vendita post certum tempus reddito pretio ad venditorem redeat. Et ad hæc ipse Justinianus constituit, ut similiter legata, & fideicommissa ad tempus relinqui possint: an ut tempore ipso jure perimerentur? sic omnino statuendum, alioqui nihil novi constitueret.

Ad L. LIX. Mand. §. Ille illi salutem: mando tibi, ut Blæsius Severo affini meo octoginta credas, sub pignore illo, & illo. In quam pecuniam, & quidquid usurarum nomine accesserit, indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blæsius Severus, præstaturum. *Postea sæpe conventus mandator, non respondit. Quæro, an morte debitoris liberatus B sit. Paulus respondit, mandati obligationem perpetuam esse: licet in mandato adjectum videatur, indemnem rationem tuam esse ex causa mandati, in eum diem, quoad vixerit Blæsius Severus, præstaturum.*

Ad §. Paulus respondit, non videri mandati conditione paritum, cum in mandato adjectum sit, ut idonea cautio à debitore exigereetur, si neque fidejussor, neque pignora accepta sint.

Non discedam ab hac inspectione, sive tractatione, quin prius explicaverim *l. si mandatu 59. §. ille illi, mand.* in quo §. proponitur casus singularis, & summe notandus, in quo, neque ipso jure, neque remedio exceptionis, obligatio mandati collata ad tempus, tempore perimitur, qui casus diligenter excutiendus est, quoniam idem Accursium valde perplexum habet, qui in eum attentit quatuor interpretationes, nec in qua consisteret exposuit. Ego speciem, & rationem veriore adferam. Species hæc est: Mandavi tibi, ut Blæsius Severo certam pecuniam crederes, indemnem te' omni damno per me præstitum iri, in eum diem quoad vixerit Blæsius. Ego contuli obligationem ad diem vitæ, seu mortis Blæsii: tu fidem meam mandatumque secutus, Blæsius pecuniam credidisti, mox Blæsius redacto ad inopiam, convenisti me, ut te indemnem servarem, non respondi ad conventionem, moram feci. an & mortuo Blæsius debitore principali, me convenire potes? Sic omnino videtur rectissime, quia etsi ad diem, quoad viveret Blæsius, collata sit obligatio, quæ conventio jure prætorio, id est, beneficio prætoris, beneficio exceptionis servatur, hoc tamen casu non servatur, quia mora mea vivo adhuc Blæsius perpetuavit obligationem. Et hoc exemplo commodissime utemur ad *l. si servum 91. §. sequitur, tit. seq.* ubi definitur moram debitoris perpetuare obligationem. Non est omittenda similitudo, qua hoc loco Paulus utitur, ut doceat non esse novum, ut quod non fit ipso jure, fiat remedio exceptionis: obligatio ipso jure non constituitur ad tempus, constituitur tamen remedio exceptionis. Sic etiam, inquit, hæc est similitudo: si quis in vendenda, & tradenda domo, quæ ex duabus partibus constat, videlicet solo, & superficie, *Leum, qui 23. de usurp. & usucap.* dixerit venditor, se solum tradere emptori sine superficie, ea lex traditionis nihil valet ipso jure, & superficies sequitur emptorem, quia hoc naturalis ratio exigit, nempe, ut superficies solo cohæreat, nec ab eo divelli possit, utque jus soli sequatur, *l. domo 21. de pignor. act. l. Paulus 29. §. domus, de pignor. l. ult. de superfic.* Galli, qui scripserunt de jure, dixerunt, *le pied saisi le chef.* Verum emptori vindicanti totam domum, obstat exceptio pacti in traditione conventi, quod à prætoribus tuendum est, *l. in traditionibus 48. de pact.* Exceptio, inquam, pacti, vel doli mali, quæ semper concurrat cum exceptione pacti: per eam venditor consequetur, ut sibi in superficie habitare liceat, & ut emptori non liceat, *l. si fundum 81. §. qui fundum, de leg. 1.* Atque ita hoc casu, quod non fit ipso jure, fit per exceptionem.

Ad §. *Conditio l. 44. de obligat.* Quæ diximus heri de causa temporis, quæ adjicitur quandoque stipulationi, sive de die certo, qui quandoque stipulationi ad Tom. II. Post.

adjicitur, eadem dicamus hodie ex §. *conditio*, de conditione, quæ est altera causa stipulationis, proposita initio hujus legis. Conditio apponitur stipulationi, si, vel stipulatio fiat ex conditione, vel ad conditionem. Utroque modo dicitur contrahi stipulatio sub conditione, sive fiat ex conditione, sive ad conditionem, id est, sive inseratur conditio obligationi, ut ab ea incipiat obligatio, veluti, *decem dare spondes, si navis ex Asia venerit? sive inseratur conditio obligationi, ut in eam desinat obligatio, veluti decem dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?* Et illo quidem modo, id est, ex conditione, recte contrahitur obligatio, & suspenditur obligationem. Hoc vero modo, id est, ad conditionem, non contrahitur recte, sicut neque ad diem, si jus summum spectes; si jus prætorium, quod hujusmodi conventiones tueretur, interposito exceptionum remedio, etiam ad conditionem recte contrahitur obligatio, etiam ad conditionem recte confertur obligatio. Et ut ait, existente conditione, locus erit exceptioni pacti, vel doli mali, qua repellatur actor, vel stipulator, si pergat agere post conditionem impletam. Denique perficiendæ, & constituendæ obligationi ipso jure addi conditio potest, perfectæ non item. Conditio si existat, constituit, non etiam extinguit obligationem ipso jure, quia conditio non est legitimus modus extinguendæ obligationis. Quæ igitur conditio obligationem constituit, efficax est, ut Paulus ait hic, quæ vero conditio eo respicit, ut perimat obligationem, non est efficax, id est, effectu caret, sive auxilio prætoris, sive prætoris exceptionis. Quid est igitur quod lego multis in locis juris nostri, conditionem resolvere obligationem? quid est perimere, & extinguere? Non certe conditiones resolvere obligationem ipso jure, sed beneficio exceptionis datæ à prætoribus, vel quæ potestate judicii bonæ fidei tacite inest. Nam in judiciis bonæ fidei nullam exceptionem peti, & opponi necesse est, quia omnes insunt tacite, & omisæ ab adversario, supplentur officio judicis. Et ita vi exceptionis, vel expressæ, vel tacitæ, non ipso jure conditio resolvit obligationem, quando id actum est inter contrahentes, *l. 2. de in diem addit. l. 1. de lege commiss. l. 3. de contrab. empt.* Quid item est (& hæc erit altera objectio) quod ait *l. quibus 40. §. quidam Titio, de condit. & demonst.* Paulus hoc loco ait, stipulatione ita concepta, *centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?* stipulationem esse puram, & præsentem, sed resolveri sub conditione. Aliud suadere videtur *d. §. quidam Titio.* Cujus species hæc est: *Heres meus nisi mater mea moritur, Titio centum ne dato:* testator nihil dixit, nihil adjecit præterea, nihilque proposuit, aut præmisit. Ait hoc genere sub conditione, vel datum, vel ademptum legatum videri, nempe hoc sensu, *si mater mea moritur, dato centum illi, si non moritur ne dato.* Et tamen ex sententia hujus §. *conditio*, ita concepta stipulatio, *centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?* non ex conditione concepta videtur, nisi navis non venerit, sed initio pure, & mox ad conditionem collata, si navis ex Asia venerit, ut scilicet tum promissor liberetur. Non est cur legata, quod Accursius tentat hac in re separemus à stipulationibus: separari debent non negotia ipsa, sed formulæ eorum. Si dixerò statim ab initio contrahendæ stipulationis, *nisi navis ex Asia venerit, centum non dato,* ex eventu, vel sub conditione, *si navis venerit:* vel ad conditionem, *si navis non venerit,* stipulatio facta videtur. Denique conditionalis stipulatio est, quæ sub contraria conditione resolvitur, sicut in illo §. *quidam Titio*, conditionalis legatum est, quod sub contraria conditione resolvitur, sive admittitur; si vero dixerò in stipulando, *centum dabis, nisi navis ex Asia venerit?* pura stipulatio est, quæ tamen sub conditione resolvitur, ut in hoc §. *conditio*.

Ad §. *Modus.* Nunc sequitur, ut tractemus de modo, qui adjicitur stipulat. *Modus* specialiter dicitur apponi stipulationi, cum apponitur disjunctio, quæ ponat in arbitrio promissoris, hanc, vel illam rem dare, utram maluerit. Namque injicitur ita modus petitioni stipulatoris, ut non possit alteram rem petere absque, & pure, prærepta electione promissori, non potest etiam utramque rem petere, sed ut

H h h

stipu-

stipulatio concepta est, debeat disjunctim alterutrum, hanc vel illam petere, nisi velit incidere in periculum plus petitionis. Denique hæc disjunctio imponit modum petitionis. Finge stipulatus sum Stichum, aut Pamphilum: alterius, inquit Paulus, solutio totam obligationem interimit, neque tamen alterum petere stipulator potest pure, id est, sine disjunctioe, quia plus petit, quamdiu uterque est, inquit, id est, quamdiu ambo vivunt, ut l. 2. §. Scævola, de eo, quod certo loco: nam si alter interierit, is solus, qui superest peti potest, perinde atque si solus deductus esset in stipulationem, l. 95. Stichum, §. 1. de solut. l. si in empio- ne 34. §. pen. de contrah. emp. Licebit tamen debitori, qui moram non fecerit, offerendo æstimationem mortui, quæ forte vilior est, se liberare à præstatione hominis superstitis, l. cum res 47. §. sed si Stichus, de leg. 1. alterius enim solutio, id est, alterius rei, vel æstimationis ejus (æstimatio est vice rei) totam obligationem interimit, ponitur quidem ab initio utrumque in obligatione, si ita stipulor Stichum, aut Pamphilum dari, quod ostendit l. si duo rei 128. iii. seq. l. illud 25. de constit. pecun. l. miles 6. §. 1. de re judic. l. 5. §. ult. qui, & à quibus manum. Utrumque, inquam, ponitur in obligatione, non solvitur tamen, neque etiam petitur utrumque, utique si utrumque sit in rerum natura, quia modalis, id est, disjunctiva obligatio est. Et de modo hæc sufficiunt.

AD §. Accessio. Sequitur de accessione in §. accessio. Ea duplex est, accessio personæ, vel accessio mixta ex persona, & re. Accessio solius rei non est causa obligationum, nisi sit modus. Quod sic declaro: si stipuler illud, & illud, pura est obligatio, cui nulla annexitur causa: si stipuler illud, aut illud, modalis stipulatio est. Itaque quam facit tertiam causam obligationum, accessionem non possis dicere esse accessionem rei solius, sed vel accessionem personæ, vel accessionem personæ, & rei. Accessio personæ est, si stipuler mihi, aut Titio dari, quo genere quidem obligatio Titio non quæritur, quia alteri per liberam personam adquiri obligatio non potest. Titio tamen solvere invito stipulatore promissor potest, l. 12. §. pen. de solut. videlicet antequam stipulator egerit, & litem contestatus fuerit, ut l. 57. de solut. l. fidejussor obligari 16. in princip. de fidejuss. Denique Titius accedit solutionis, non obligationis gratia: & ideo passim in jure appellatur adjectus solutionis gratia, ut ei solvatur, si malit debitor ei solvere, non ut debitor ei obligetur, quod fieri nequit per liberam personam. Et quod maxime notandum est, hic, qui dicitur adjectus solutionis gratia, semper adjicitur posteriore loco, veluti mihi, aut Titio, non priore loco: nam si ita stipularer, Titio, aut mihi, nihil ago, l. qui res 98. §. si servus, de solut. l. 45. Gajus, sol. matr. præcedere debet obligatio solutionem, aut solutionis mentionem tacitam præcedere debet creditor, sequi adjectus, alioqui præpostere res agitur, & nullum est, quod agitur. Unde & in l. 1. §. pen. de stipul. servor. præpostere scriptum est, servum ex re proprietarii stipulatum fructuario, aut proprietario, quia cum ita obligatio conferatur in fructuarium, quod sit inutiliter ex re proprietarii, consequens est, & inutiliter conferri solutionem in proprietarium, qui extremo loco nominatus est. Scribendum igitur proprietario, aut fructuario, ut in eum consisteret obligatio, ex l. 21. eod. iii. §. si servus. Et hæc de accessione personæ. Alia est accessio non personæ, sed etiam rei, accessio mixta ex persona & re, ex personis, & rebus, quæ fit hoc modo: mihi decem, aut Titio Stichum, alia re designata in personam meam, & alia in personam Titii, ut l. 34. qui hominem, §. stipulatus, de solut. l. ult. §. cum mihi, iii. seq. Et hoc casu Stichus Titio soluto, Paulus ait in hoc §. accessio, quæstionis esse, utrum promissor liberetur ipso jure, an per exceptionem, id est, an ipso jure valeat accessio rei. Non respondet aperte Paulus. Sed d. §. cum mihi ostendit, non valere solutionem rei, nempe quia aliud ponitur in solutione, quam fuit in obligatione, in obligatione sunt decem, in solutione Stichus. Et absurdum videtur, ut aliud sit in solutione, quam quod est in obligatione, si eadem res ponatur in solutione,

quæ posita est in obligatione, id est, si accessio personæ tantum fiat, non etiam rei: qui solvit adjecto, proculdubio ipso jure liberatur, §. plane solutio, Inst. de inutil. stipul. Non idem est si fiat accessio personæ, & rei, nam re soluta adjecto, quæ designata est in ejus persona, promissor ipso jure non liberatur, sed per exceptionem. Et ita etiam hoc loco respondisse Paulum conjecturam facit §. pen. qui sequitur, cum quo jungenda est l. 46. mand. quæ est ex eodem libro: Si stipuler mihi decem, aut Titio Stichum, decem sunt in obligatione, Stichus in solutione, quæ modo fiat Titio, solutio tamen Stichi ipso jure non liberat reum, quia Stichus non fuit in obligatione, sed liberat reum per exceptionem pacti, vel doli ex conventionione contrahentium. Sic in specie §. pen. stipulatione ita concepta (nullo alio modo præcedente, nullave alia conventionione) si fundum non dederis, centum dare spondes? Centum sola sunt in obligatione, fundus in solutione tantum, solutio tamen fundi ipso jure non liberat reum, quia fundus debitus non fuit, solutio pecuniæ liberat ipso jure, non solutio fundi, qui non debebatur, sed liberat per exceptionem, quia ita voluit stipulator, ut dando fundum se debitor liberare possit à præstatione pecuniæ. Sed ut ante diximus, hoc exigimus, ut solvat fundum re integra, antequam lis de pecunia contestata sit.

Ad L. XLVI. Mandati. Si quis pro eo sponderit, qui ita promissit, si Stichum non dederis, centum millia dabis? & Stichum redemeris vilius, & solveris, ne centum millium stipulatio committatur: constat posse eum mandati agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est: ut quotiens certum mandatum sit, recedi à forma non debeat. At quotiens incertum, vel plurimum causarum: tunc licet aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, quam quæ ipso mandato inerunt: si tamen hoc mandatori expedierit, mandati eris actio.

Sententia autem d. l. 46. hujusmodi est: Fidejussi pro eo, qui ita promiserat, si fundum non dederis, centum dare spondes? & fidejussi, ac cavi non me daturum fundum, quia cavilem alia de re, quam quæ posita est in obligatione: quæ cautio esset inutilis, sed cavi me daturum centum pro reo principali, si ipse moram faceret, aut non responderet. Mandavit mihi ut fidejuberem, cum eo, qui fidejubes pro nobis, mandatum contrahitur, quoniam mandamus ei, ut fidejubeat: cum eo vero, apud quem fidejubemus, stipulationem contrahimus: in mandati igitur obligatione fuerunt centum tantum, ut fidejuberem in centum, non etiam in fundum, & ego solvi fundum stipulatori, forte redemptum viliori pretio, an actione mandati pretium ejus repetam à reo principali? Sic videtur, & ita Paulus tradit in d. l. 46. quia eum liberavi saltem per exceptionem. Et inde ita concludit eleganter Paulus in illa l. si certum sit mandatum, ab ejus forma stricta mandatarium recedere non posse, ut puta, si certus homo debeat, & pro debitore fidejussero, alterius rei præstatione defungi non possum: quinimo si alteram rem solvero stipulatori, apud quem fidejussi, non habeo mandati actionem adversus reum principalem, pro quo solvi, quia neque me, neque illum liberavi aliud præstando, quam quod erat in obligatione. At si mandatum sit incertum, aut causalibus pluribus implicitum, præstationibusve duabus, aut pluribus, ut in hac specie, si fundum non dederis, centum dare spondes? videntur in mandato duæ esse præstationes, præstatio fundi, & præstatio pecuniæ. Et generaliter, ubi hoc, vel alio modo mandatum est incertum, fidejussor non obstringitur, ita ut id tantum solvendo, quod est in obligatione, se & debitorem liberare possit, sed solvere etiam potest, quod reo magis expediat, ac deinde quasi re illius bene gesta cum illo agere mandati: licet, inquit, aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, id est, absoluta mandati fides solutione aliarum rerum, quam quæ mandato, id est, obligationi insunt: si tamen hoc mandatori expedierit, puta ut fundus redimeretur, vel solveretur, qui non erat in obligatione, non pecunia, quæ erat in obligatione longe major, mandati erit actio.

Ad

AD §.ult.l.44.de oblig.&c. Conferenda nobis est species hujus §.cum specie §.superioris. In specie superioris stipulatio incipit à conditione: Si fundum non dederis, centum dare spondes: & pecuniæ tantum contrahitur obligatio, non fundi, quia fundus non ponitur ad obligationem, sed ad solutionem tantum. Unde & fundo soluto, pecuniæ obligatio dissolvitur, qui utique & solvi invito potest: quia non potest stipulator immutare legem, sive conditionem initio appositam stipulationi, l. 12. §. 1. de sol. Denique in hac specie centum sunt in obligatione, fundus in præstatione, sive exsolutione tantum. In specie autem hujus §.ult. stipulatio non cepit à conditione, verum ita concepta est, fundum dare spondes? si fundus non dederis, centum dare spondes? vel ita, ut ibi ponitur: navem fieri spondes? si navem non feceris, centum dare spondes? nihil refert in dando, an in faciendo concipiatur stipulatio. Et hoc genere videtur utrumque esse in obligatione, fundus & pecunia: fundus pure, pecunia sub conditione; videntur, & vero sunt duæ stipulationes, una pura, altera conditionalis, quia quot sunt res, tot sunt stipulationes, tot item formulæ. Unde quæritur, an si existat conditio posterioris stipulationis, ut puta, si promissor moram fecerit in dando fundo, an sit in arbitrio stipulatoris, vel pecuniam petere ex posteriore stipulatione, vel fundum ex priore, quasi manente utraque obligatione, nec priore translata in posteriorem. Et Paulus in hoc §.ult. verius esse statuit, duas quidem esse ab initio stipulationes ante moram promissoris, verum existente conditione posterioris, id est, post moram promissoris, nempe postquam potuit dare fundum, nec dedit cum interpellaretur, & priorem stipulationem novari, & transferri, sive transfundi in posteriorem, ita ut jam non ex priore agere stipulator possit, de fundo scilicet, sed ex posteriore tantum, ac proinde jam fundum non esse in obligatione, sed in solutione tantum, ut & in specie §.pen. Et ita etiam hunc §.ult. Græci interpretes sunt interpretati, ut in utraque specie fundus sit in solutione tantum, pecunia in obligatione, quod etiam confirmat l. 1. §. item si ita legatum, ad leg. Falcid. quæ hac in re nullam fecit differentiam inter hanc, & superiorem speciem. Sic igitur statuamus in utraque specie, pecuniam esse in obligatione, fundum in exsolutione. Verum addamus, hoc ita procedere, nisi id actum sit inter contrahentes, ut mora facta in dando fundo, utrumque sit in obligatione, pecunia & fundus: nam absque dubio stabitur voluntati contrahentium, de qua non ambigitur, l. ita stipulatus 115. in fi. tit. seq. alioqui sola pecunia est in obligatione, quoniam id plerumque actum videtur, ut post moram obligatio fundi transfundatur tota in obligationem quantitatis, & fundus sit in solutione tantum: debitori tamen, quod tenendum, est semper integrum est, etiam post moram fundum solvere, & se absolvere pecuniaria obligatione tamdiu, quamdiu stipulator ex ea obligatione de pecunia litem non contestatur, nisi aliud tempus ex conventionem præscriptum sit solutioni fundi, quoniam qui non respondet ad tempus illud, ei non est integrum postea fundum offerre contra placita, l. 57. de solut. l. 84. tit. seq. quæ est ex hoc libro, & in fine hujus quætionis illius species explicabitur. His etiam adde leg. 1. de peno leg. quæ ostendit idem etiam observari in legatis. Finge: testator ita cavet: Heres meus penum uxori meæ dato, si penum non dederit centum dato. In hac etiam specie penus est in solutione, quantitas in obligatione, quasi penoris legato translato, ut ait, & transfuso in quantitatem legati, videlicet si moram fecerit heres in præstando penore, ut l. si penum 24. quando dies leg. ced. Ab initio, sive ante moram heredis duo sunt legata, post moram heredis unum tantum legatum, videlicet pecuniæ legatum, in illud priore legato transfuso, l. cum sine 19. quan. dies leg. ced. Heredi autem semper est facultas quandoque penum solvere, & se liberare re integra, id est, antequam uxor quantitatem petierit apud judicem lite contestata, nisi aliud tempus solvendo penori testator præfinierit, quod ostendit d. l. 1. de peno leg. Potest autem uxor statim quantitatem petere, atque dari potuit penus, & debuit, nec data est, id est, statim post moram heredis. Et hac

Tom. II. Post,

A quidem in re, ut dixi, jamque satis ostendi, nulla est differentia inter speciem §.ult. hujus l. & speciem §.pen. Notandum tamen alia in re ex sent. Papiniani in d. l. ita stipulatus, esse differentiam inter hanc, & illam speciem. Nam si stipulatio incipiat à conditione, hoc modo: si Stichum, vel si fundum non dederis, centum dare spondes? stipulatio in centum non committitur, quamdiu Stichus, aut fundus est in rerum natura, & dari potest, licet sæpius conventus promissor non responderit, licet etiam moram fecerit, quoniam omne tempus vitæ promissori liberum est ad solvendum Stichum, vel fundum, si & in rerum natura sit Stichus, vel fundus. At si ita concepta sit stipulatio, fundum dare spondes? si fundum non dederis, centum? ex priore mora promissoris, id est, si cum primum potuit fundum dare, cum non dederit, non fuerit ei commodum fundum dare, statim committitur posterior stipulatio, d. l. ita stipulatus: est alia differentia satis aperta, quia cum res incipit à conditione, una tantum stipulatio est, cum incipit à præstatione fundi, & adjicitur, ut fundo non dato centum dentur, ab initio duæ stipulationes sunt, d. l. si penum 24. post moram debitoris una stipulatio, d. l. cum sine 19. unumve legatum. Et hæc est sententia hujus quætionis, & legum ad eam pertinentium distinctio, quæ tamen non omnes prima specie invicem consentire videntur, videlicet Lita stipulatus 115. tit. seq. l. 1. de peno leg. l. cum sine 19. l. si penum 24. quando dies leg. ced. l. 1. §. item si ita legatum, ad leg. Falcid. Hæc, inquam, est earum omnium legum distinctio certissima, & clarissima. At præterea videamus, quomodo explicandum sit, quod vulgo objicitur huic §.ult. nimirum stipulationem pœnalem, quæ subjicitur priori stipulationi de re, vel pecunia, vel factio aliquo, non novare priorem stipulationem, quod est verissimum. Et hic tamen dicitur, nave non fabricata, atque ita existente conditione posterioris stipulationis, transferri priorem in posteriorem, id est, quali novationem prioris fieri. Obstat quod dixi stipulationem pœnalem non novare priorem stipulationem, l. prædia 28. de act. emp. l. duo 71. l. si quis à socio 41. & l. seq. pro soc. qui Romæ 122. §. Flavius, tit. seq. Quæ sententia etiam summa ratione nititur, quia si pœnalis stipulatio novat priorem, jam nulla erit pena promissoris, quia pœna tantum debetur, non res incepta deducta in stipulationem, & pœna forte mitior est reipsa, aut certe non multo major. Denique si novatio sit, nihil sit in pœnam debitoris, pœna est quæ extra rem infligitur. Ergo commissa stipulatione pœnali, jure recto non tantum pœna peti potest, sed etiam res. At ut respondeam denuo, quæ subjicitur stipulatio in specie hujus §.ult. si navem non feceris, centum dari, non subjicitur pœnæ causa, sed est quasi conditio, sub qua prior obligatio resolvitur, non ulla pœna irrogatur, ut d. l. si penum, alioqui si pœnæ causa posterior stipulatio subjecta sit, tunc profecto nulla novatio fiet, & ex utraque stipulatione erit actio, quoniam id actum intelligitur, ut utrumque debeat, res & pœna cessationis, aut contumaciæ, quod & agi nominatim potest, d. l. ita stipulatus in fine. Et tamen sive id actum sit, ut utrumque, sive ut alterutrum præstetur, quod ait illo loco d. l. ita stipulatus, idem esse defendendum, in quo laborat Accursius, hoc idem esse defendendum ex sententia Sabini, ut ex posteriore stipulatione statim agi possit, atque moram promissor fecerit in dando homine comprehenso priori stipulatione, cum dandi ejus bonam copiam haberet. Addamus huic §.ult. legem tituli sequentis, quæ, ut dixi paulo ante, etiam est ex hoc libro.

Ad L. LXXXIV. de Verb. oblig. si insulam fieri stipulatus sum: & transferri tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sum, posse te facientem liberari, placet: quod si jam litem contestatus sum: nihil tibi prodesse si ædifices.

HIC §.ult. est de stipulatione navem fieri, l. 84. de stipulatione insulam fieri. Idem vero juris est in utraque, nempe ut si promissor navem, vel insulam fecerit antequam ex stipulatu ageret stipulator, & litem contestaretur, omnimodo liberetur, ut si ante litem contestatam fecerit

H h 2

cerit

cerit navem, vel insulam, omnimodo liberetur, & à posteriore stipulatione, quam si non faceret, promisit centum, & à præstatione ejus, quod interest, etiamsi fecerit post moram, aut facere paratus sit, id est, tempore illo elapso, quo facere potuit, & debuit, nec fecit. Denique integrum ei est facere, antequam litem contestetur stipulator, post litem contestatam si fecerit, nihil ei prodest. Hæc est sententia l. 84. quam confirmat etiam l. 1. de penu leg. & l. 57. de solut. Post litem contestatam res non est integra: fabrica insulæ, vel navis, non est in arbitrio promissoris, ut eam præstando, se judicio jam contestato absolvere possit. Huic sententiæ non obstat l. hoc edicto, sup. in princ. de publican. quæ ait post litem contestatam actione pœnali in duplum adversus publicanum, qui rem actori eripuit, vel abstulit dolo malo à publicano restituta re actori ablata, publicanum evitare pœnam dupli. Ergo etiam post litem contestatam licet purgare moram: Respondeo hoc juris esse in hac specie ex edicti verbis (ut & ea lex significat) quo in publicanum, quæ datur actio dupli, est arbitraria, & omnibus actionibus arbitrariis inest hæc conditio, ut damnetur reus, si arbitrio judicis res non restituatur. Ergo si neque restituatur ante litem contestatam, neque post litem contestatam arbitrio judicis, qui suscepit cognitionem: in judiciis arbitrariis hoc juris est, ut possit se reus absolvere judicio pœnali, vel quo alio graviore, si quando ante sententiam rem restituat arbitrato judicis.

Ad L. VIII. Judicatum solvi. Si petitor post satisfactionem ante judicium acceptum heres possessori exiterit, extinguitur stipulatio.

Ad L. XI. eod. Si servus, qui in rem actione petebatur, lite contestata decesserit: deinde possessor litem deseruerit: quidam fidejussores ejus pro lite datos non teneri, putant: quia mortuo homine, nulla jam res sit, quod falsum est: quoniam expedit, de evictione actionis conservandæ causæ, item fructuum nomine rem judicari.

Restant tantum ex hoc libro duæ leges, l. 8. & l. 11. tit. Judicatum solvi, de stipulatione judicatum solvi, quam in judiciis in rem reus, id est, possessor præstat, ante litem contestatam semper datis fidejussoribus. In leg. 8. hanc stipulationem extinguere, si actor reo heres extiterit: extinguere, confusione scilicet, quia in eandem personam concurrunt jus actoris & rei, quod ut sit, natura non fert. In leg. 11. additur etiam quosdam existimare homine petito, pendente lite, pendente judicio, post litem contestatam mortuo sine culpa rei, mortuo suo fato, quosdam existimare etiam hoc casu extinguere stipulationem judicatum solvi, & fidejussores liberari pro lite datos, id est, cui pro reo caverunt judicatum solvi, ut in leg. 5. §. in possessione 26. ut in possess. leg. l. si cum 33. de fidejuss. leg. si quo temp. 41. de petit. hered. Et extinguere stipulationem hac ratione, quia mortuo homine suo fato, nulla jam res est, de qua litigetur, nulla lis. Consequens igitur est, de lite cautionem extinguere, quæ nulla esse coepit. Denique reum post mortem hominis si litem deserat, si rem non defendat, qua ex causa solet committi stipulatio judicatum solvi, vel fidejussores ejus non teneri. Verum hæc opinio displicet Paulo optima ratione, quia mortuo homine, qui, ut ait, in rem actione petebatur, non continuo etiam mortua lis est: mortua re principali, quæ in judicium venerit, non continuo mortua tota lis est, quia de accessionibus rei lis superesse potest: & expedit, exempli gratia, etiam post mortem hominis, rem judicari fructuum, vel partium nomine, ut sciatur ad quem pertineant, vel etiam ut actori conservetur actio de evictione, ut sciatur re judicata actor habeat, nec ne adversus auctorem suum actionem de evictione: vel etiam ut sciatur, ad quem pertineat peculium defuncti hominis, l. utique 16. de rei vindic. l. pen. C. si pend. app. mors interv. Recte autem posui hominem mortuum post litem contestatam, quod & Paulus ponit: nam si mortuus sit ante litem contestatam, proculdubio nulla est stipulatio, nulla cautio judicatum solvi, quod & Accursius notat recte hic, & l. si quis tibi 26. de evict.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXXV. PAULI AD EDICTUM.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LXXXV. de Verbor. oblig. In executione obligationis sciendum est quatuor causas esse: nam interdum est aliquid, quod à singulis heredibus divisum consequi possumus, aliud, quod totum peti: necesse est, nec divisum præstari potest, aliud quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest: aliud quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat sectionem.

Ad §. Prima species pertinet ad promissorem pecuniæ certæ, nam & petitio, & solutio ad portiones hereditarias spectat.

Ad §. Secunda ad opus, quod testator fieri jussit. Nam singuli heredes in solidum tenentur: quia operis effectus in partes scindi non potest.

Ad §. Quod si stipulatus fuero, Per te, heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari? & unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat? Verior est sententia existimantium, unius facti omnes teneri, quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibuero. Sed ceteri familiæ eriscundæ judicio sarcient damnum.

Ad §. Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest: veluti cum stipulatus sum hominem incertum. Nam petitio ejus scinditur, solvi vero nisi solidum non potest, alioquin in diversis hominibus recte partes solventur, quod non potuit defunctus facere, ne quod stipulatus sum, consequar. Idem juris est, & si quis decem millia, aut hominem promiserit.

Ad §. In solidum vero agi oportet, & partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus. Nam auctoris heredes in solidum denunciandi sunt: omnesque debent subsistere: & quolibet defugiente tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria præstatio injungitur.

Ad §. Item si ita stipulatio facta sit, Si fundus Titianus datus non erit, centum dari: nisi totus detur, pœna committitur centum: nec prodest partes fundi tradere, cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum, partem creditori solvere.

Ad §. Quicumque sub conditione obligatus, curavit, ne conditio existeret: nihilominus obligetur.

Ad L. LXXXVII. eod. Nemo rem suam futuram in eum casum, quo sua sit utiliter stipulatur.

IN Libro LXXIV. exposui quatuor causas constituentiarum, & contrahendarum obligationum: in hoc libro exponam alias quatuor causas sive species, non quidem contrahendarum, sed exequendarum obligationum, quæ jam contractæ sunt, l. 85. de verbor. obligat. à qua initium faciam. Exequimur obligationem, sive stipulationem, quam contraximus, & nobis acquisivimus, ex ea actionem instituendo, & extorquendo solutionem à debitore. Actio, & quæ eam sequitur, exactio, est exequutio obligationis: at pluribus à promissore heredibus relictis executio obligationis fieri quadrifariam potest, ut in hac lege ostenditur, vel singulis heredibus divisim conventis pro parte hereditaria, & æque solventibus pro parte hereditaria, puta quoties obligatio est dividua, quæ scindi possit in personas heredum: vel quoties obligatio est individua, executio obligationis fit uno ex heredibus convento in solidum, & exsolvente solidum: vel executio obligationis fit, quæ est tertia causa, vel tertium genus executionis, uno ex heredibus convento pro parte, & solvente solidum, nec recte solvente partem, quamvis pars tantum hereditaria ab eo petita sit: vel, quæ est quarta species, uno ex heredibus convento in solidum, & solvente partem tantum, ex qua heres est. De singulis causis singulatim dicemus. Prima causa, sive ratio exequendæ obligationis locum habet, si quis promiserit certam pecuniam, nam hæc obligatio

gatio divisionem, aut ut hæc lex loquitur uno loco, secutionem recipit ex duodecim tabulis inter heredes promissoris, pro portionibus hereditariis ipso jure, & ideo non potest a singulis heredibus peti ultra portionem hereditariam, ut ab eo, qui heres est ex triente, non potest peti, nisi triens pecuniæ creditæ, ab eo, qui ex uncia non nisi duodecima pars pecuniæ creditæ. Et vice versa non tenentur etiam heredes creditoribus hereditariis solvere singuli quidquam ultra portionem hereditariam. Denique nomina tam activa, quam passiva ex duodecim tabulis inter coheredes dividuntur pro portionibus hereditariis, l. heredes 25. §. idem juris, famil. ercisc. l. 6. C. col. l. pacto 26. C. de pact. l. 1. C. si unus ex plur. hered. Marc. Tullius pro Roscio Comedo: *Heres, inquit, pro sua parte petit, qua hereditatem adiit, & pro sua parte dissolvit.* Quintilianus declamatione 336. *Patri tuo, inquit, credidi, cujus ex parte dimidia heres es: assem non possum a te petere, semissem petere possum.* Secunda species exequendæ obligationis pertinet ad eum, qui promittit se opus aliquod facturum, qui si plures heredes reliquerit, singuli tenentur in solidum, nec si unus ex eis conventus sit, & victus, aliter liberatur, quam si solidum exsolverit, id est, quam si opus consummaverit, quia obligatio operis faciendi est individua, operis scilicet effectus in partes scindi non potest, quia quamdiu ex opere aliquid superest, quod perfectum nondum sit, tamdiu non potest videri aliquid factum, l. 2. de præstip. Idemque servari legata, vel promissa servitute prædiorum, veluti itinere, aut via, proculdubio hoc loco Paulus adjecit, quia ut facta, ita & servitutes prædiorum dividualitatem non recipiunt, l. 72. hoc tit. Et conjunxerat idem Paulus quod sequitur in §. quod si stipulatus, stipulatione ita concepta, *per te, heredemve tuum non fieri, quo minus mihi per tuum fundum ire agere liceat*, subdita stipulatione pœnali, vel quanti ea res sit, si quid adversus ea fieret, id est, si tu, vel heres tuus me prohiberet ire agere, aut vehiculum ducere, & unus tantum ex heredibus tuis me prohibuerit, omnes ex stipulatu teneri pœnæ nomine, pœnam committi in solidum, vel uno prohibente cæteris permittentibus, quia pœnæ causa est individua; verum singulis non injungi præstationem pœnæ, nisi pro portionibus hereditariis: injungi pœnam omnibus, etiam iis, qui non prohibuerunt, sed non omnibus in solidum, proinde unicuique tantum incumbere præstationem pœnæ pro parte hereditaria, cæterum omnes teneri conferre ad pœnam. Nam & si unus tantum prohibuerit, non omnes, non potest ille videri me prohibuisse in partem tantum, prohibitio divisionem non recipit: qui prohibetur, prohibetur in totum, non in partem. Itaque omnes tenentur perinde atque si omnes me prohibuissent, imo & quodammodo omnes me prohibuisse videntur, quasi facto unius pertingente etiam cæteros, propter individualitatis causam. Verum quod is, qui non prohibuit, qui extra culpam est, mihi præstiterit, id iudicio familiæ erciscundæ, cum dividetur hereditas, ei reputabit, qui prohibuit. Cæteri, inquit, familiæ erciscundæ iudicio facient damnum, quod non est, facient damnum ei, qui prohibuit, quod nec facient, sed sibi ipsi damnum facient, id quod damni fecerunt, solvendo pœnam pro partibus suis reputantes ei, qui prohibuit in iudicio familiæ erciscundæ, quia facto ejus in eam fraudem inciderunt, quod etiam traditur in l. 2. §. item si in facto, hoc tit. l. inter 44. §. quod ex facto, famil. ercisc. Nec alia mens est l. heredes 25. §. in illa, famil. ercisc. dum ait, in hac specie uno ex coheredibus prohibente stipulatorem, quo minus itinere, aut via utatur, in solidum committi stipulationem pœnalem, vel quanti ea res est: nec enim hoc vult, in solidum eam committi in singulos heredes, sed committi in omnes totam pœnam sine deminutione, ita ut singuli tamen pro partibus tantum hereditariis conveniantur, l. 4. §. Cato, hoc tit. De hac specie satis. Tertia species exequendæ obligationis est, cum peti pars duntaxat potest, solvi autem nisi totum non potest. Finge, promissi hominem indistincte & generaliter, non designato certo homine, & vita decessi pluribus relictis heredibus; stipulator in singulos heredes habet actionem pro parte hereditaria tantum, id est, omnes ei tenen-

tur unum hominem redimere pro partibus hereditariis, & solvere, nec potest unus solvere partem Stichi, alter partem Pamphili, quia non id actum est inter contrahentes, neque vero pluribus heredibus institutis id etiam testator egit, ut in diversis hominibus partes solverentur, sed ut in uno eodemque homine. Stare vero ei, quod sit actum, oportet: si in diversis nominibus partes solverentur recte, aliud solveretur, quam quod actum est ut solveretur, quam quod in stipulationem deductum est. Itaque ab uno ex heredibus Stichi dominio quæsito, & cesso stipulatori pro parte, nondum ei in ulla parte liberatio contingit, verum coherede postea solvente ejusdem Stichi partem alteram, tamen uterque liberatur, non ante, quia anterior solutio nulla est, l. 2. §. 1. hoc tit. Et hæc quidem locum habent, ne fallamur, homine incerto generaliter promisso, quod & ita proponitur in §. pro parte, nempe ut pars Stichi non solvatur recte. Aliud enim dicendum est, si homo certus promissus sit, veluti Stichus: nam Stichus recte solvi pro parte potest, quidni? volenti creditori, & ita pro parte liberatio contingit, l. 9. §. 1. de solut. Cur vero tam varie? cur aliud homine incerto, aliud homine certo promisso? nempe quia Sticho promisso, si pars Stichi solvatur, solvitur pars rei debitæ, & recte igitur. Homine autem incerto promisso generaliter; si pars Stichi solvatur, non solvitur pars rei debitæ, quia non Stichus, sed homo generaliter promissus est, quem eligeret promissor, si nihil de electione actum sit, vel quem eligeret stipulator, si id dictum sit. Ejusdem conditionis hoc loco Paulus ait esse hanc stipulationem, *decem, aut hominem dari*, scindi hæc stipulatio factio promissoris non potest. Itaque parte pecuniæ, & partem hominis recte non solvi. Et in d. l. 2. §. 1. hoc tit. idem Paulus ejusdem etiam conditionis esse hanc stipulationem, *Stichum, aut Pamphilum dari*. Nam & hoc casu non recte solvitur, ait Stichi, aut Pamphili pars, quia neque hujus, neque illius pars, pars est rei debitæ, neque enim pure debetur Stichus, nec etiam pure Pamphilus, sed sub alternatione, vel Stichus totus, vel Pamphilus totus. Et ut ait eleganter in hoc §. pro parte non potest debitor facere divisa obligatione, ne creditor id ipsum, quod stipulatus est, consequatur. Et hæc sufficiant de tertio genere exequendæ obligationis. Quartum genus exequendæ obligationis proponitur in §. in solidum, quod tertio ex adverso responderet, eo enim genere fit, ut unus ex pluribus heredibus promissoris conveniatur in solidum, & se liberet solvendo partem tantum, ex qua heres est, quod evenit in hac specie, cui & mox adjicitur altera ex §. pen. Venditor fundi duplum promittit emptori, si fundus emptori evinceretur, & vita excessit pluribus relictis heredibus: post mortem ejus, si quis emptori faciat dominij controversiam, dicens se esse ejus fundi dominum, singuli heredes in solidum conveniendi & denunciandi sunt, ut de re agenda adsint, ut emptori assistant in ea lite, & causam instruant, atque defendant quasi auctores venditionis, & quasi obligati auctoritatis nomine, sive evictionis. Hæc denunciatio veluti actio quædam est: actio dicitur in auctorem præsentem, qui est præsens in jure, id est, ad sellam prætoris, in *Orat. pro Cecinna*. Unde & Accursius rectissime in hoc §. in solidum agi sic interpretatur, in solidum denunciari: denunciatio illa veluti actio quædam est, & alibi conventio, l. cum ex causa 139. hoc tit. Conveniendi sunt omnes heredes, id est, denunciandi ut causam defendant, & in l. si plus 74. §. pen. de evict. conveniri auctorem, sive venditorem ad rem defendendam, & ita agi quodammodo cum eo, id est, multis in locis juris nostri, est laudare auctorem suum. Et ex jure nostro absque dubio *M. Tull. in Bruto*, quem ego auctorem laudare possum rerum Romanarum religiosissimum, in idiotismo, *sommer le garand*. Et hujus quidem actionis, sive conventionis extat formula, *quando te in jure conspicio*, id est, ad tribunal prætoris, *postulo an auctor fias venditionis a te factæ?* Unde & in l. 75. qui absentem, de procurat. de eo, qui laudabat auctorem, *postulabat*, inquit, *a venditore, ut a se defenderetur*, hoc postulare, est laudare auctorem. Laudandus est autem auctor ab emptore, cui fit controversia, omnimodo, ut sit emptori adversus eum solvus

salvus regressus evictionis nomine, quia illaudatus auctor non tenetur de evictione, etiamsi caverit de evictione, etiamsi caverit duplam. Caterum laudandus est tantum auctor primus, id est, venditor, heresve ejus, non auctor secundus, id est, fidejussor à venditore datus ob evictionem, hic est auctor secundus, *l. 4. de evict. l. 7. C. eod.* Hic & in glossa Philoxeni dicitur *πρωτοπρωτων, & Βεβαιωτης*. Et quod non est omittendum, laudatus quidem auctor primus, vel totam litem in se recipere, & exsequi suo nomine, & sua impensa debet, si ita convenerit, qui vulgo vocatur *garand formel*: vel debet liti tantum subsistere, si ve emptori litiganti adesse. Subsistere dixit Paulus in hoc §. & alii in *d. l. cum ex causa 139. hoc tit. & l. si rem 62. de evict.* Quod Græcis est *πρωτοπρωτων*. Et hic, qui adhsit tantum emptori litiganti cum alio de dominio rei emptæ, vulgo dicitur *garand simple, non pas garand formel*. Hinc intelligemus statim hanc esse sententiam hujus §. mota emptori quæstione domini, post mortem venditoris, in solidum conveniri omnes ejus heredes, ut liti subsistant, remque defendant, & omnes debere subsistere, & vel uno eorum defugiente auctoritatem, id est, nolente rem defendere, & in iudicium venire, quia defensionis causa est individua, defensio pro parte res ridicula est: aut nihil agit, qui defendit, aut defendit in solidum, *l. ex clausula 17. judic. sol.* Et ob id uno defugiente auctoritatem, omnes defugisse videntur, ideoque omnes tenentur, etiam qui adfuerunt, nec egerunt auctoritatem, sed singulis pro partibus tantum hereditariis præstatio incumbit evictionis nomine, atque ita licet actio fuerit in solidum, solutio partis admittitur, & adfert liberationem. Defugere dixit simpliciter in hoc §. ut & *l. cum ex causa, hoc tit. & l. minor in fine, de evict.* Quod integrius sermone alii auctores defugere auctoritatem, quam venditor quisque præstare debet, suscepta defensione emptoris, cui movetur quæstio domini. Idem vero mox in §. pen. ostendit Paulus evenire in hac specie: Stipulatus sum fundum dari, & si fundum non dederis, tot dari pænæ nomine, non novandi animo, & promissori plures heredes extiterunt: uno non dante fundum in tempore, in solidum committitur pænalis stipulatio, etiamsi cæteri coheredes partes suas solverint, *l. 5. §. ult. hoc tit.* quia pænæ causa individua est, aut tota committitur, aut nulla ex parte: vel si minimum supersit ex fundo, quod datum non sit. Verum unicuique heredi pro parte tantum hereditaria pænæ solutio injungitur, *l. heredes 25. §. idem juris, famil. ercisc.* Omnes tenentur in pænâ conferre, quamvis unus tantum sit in culpa, cæteri sint innoxii, qui partes suas præstiterunt, & priori obligatione obtemperaverunt: cæterum non plus portione hereditaria pænæ nomine à singulis exigitur, eadem ratione, quod & hic notavit Paulus: quia individua est pignoris causa, quia pignus non solvitur, non luitur, si vel unus nummus, vel teruncius tantum supersit in obligatione, vel pro modico ære totum pignus retinetur, etiamsi æris reliquum jam persolutum sit: & hoc est, quod dicitur, causam pignoris esse individuum, *l. rem 65. de evict. l. 31. quod si nolit, §. idem Marcell. de edil. edic. l. heredes 25. §. idem observatur, famil. ercisc.* Hac ratione uno ex heredibus debitoris non solvente sortem, cæteris solventibus pro partibus suis, nulla ex parte pignus liberatur. Denique cessatio unius heredis pænâ in solidum committit: cessatio etiam unius heredis, pignus integrum & imminutum conservat: & hæc sufficiunt ad has quatuor causas.

Ad §. ult. Hodierno die explicabimus tantum §. ult. qui restat ex *l. 85. de verb. obl. & l. 87. ejusd. tit.* quoniam satis non fuit temporis ad excutienda, quæ sunt in hoc lib. In hoc §. ult. ostenditur, aliquando eum, qui sub conditione debet, etiam defecta conditione obligari, ut puta si ipse curaverit, ut conditio deficeret: quod accipiendum videtur de conditione potestativa, ut loquuntur Imperatores, quæ scilicet fuit in potestate stipulatoris, vel alterius cujuslibet, vel quæ fuit collata in casum, eventumque fortunæ, ut si eam conditionem promissor impediit, pro impleta habeatur: & hoc est, quod ait *lex 161. de reg. jur. quoniam*

per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur: perinde haberi, ac si conditio impleta fuerit: ex qua regula juris intelligimus, & in l. 24. de condit. & demonstr. in qua eadem regula repetitur, Digesta Florentina, & Basilica perperam habere detracta negatione, quoniam *per eum, cujus interest conditionem impleri, fiat quo minus impleatur &c.* nam hæc eadem ipsa lex 24. ostendit, legendum esse, *per eum, cujus interest non impleri*, cum ponat exemplum in promissore, per quem factum est, quo minus stipulator conditioni pareret, quæ erat in ejus arbitrio. Promissoris autem interfuit non conditionem impleri, sed conditionem non impleri, ne committeretur stipulatio adversus eum. Stipulatoris autem interfuit conditionem impleri, qui quidem stipulator, si conditionem tamen impediit, vel si quam potuit implere, non impleverit, conditio non habetur pro impleta, sed pro defecta, quæ & deficit etiam, nec semel defecta resumit, aut respectari potest, *l. 1. §. utrum, in fi. si quid in fraud. patr. fact. su.* Hoc igitur casu cum stipulator conditioni impedimentum attulit, promissor liberatur: nam & ita si is, qui sub pænâ stipulatus est iudicio fisci, impediit iudicio fisci, promissor liberatur, *l. 1. §. si reus, de eo, per quem fact. erit quo min. in jud. fist.* damnus quod quis ex culpa, vel stultitia sua sentit, damnus esse non videtur, *l. quod quis 203. de reg. jur.* Porro de conditione, quæ fuit in potestate promissoris, hæc Pauli sententia videtur accipi non posse, quia ubi conditio ponitur in arbitrio, potestatemve promissoris, sane in ejus arbitrio est eam implere, vel non implere, obligationem efficacem facere, aut inefficacem, idque etiam totum recte ponitur in arbitrio promissoris, non quidem palam & aperte, *dabis si volueris, l. 17. & 108. §. ult. hoc tit.* sed tacite dabis, si Capitolium non ascenderit, dabis, si Titiam uxorem non duxeris, argum. *l. si ita legatum, §. 1. de legat. 1. & l. 3. de legat. 2.* Non omitam speciem, quam excipit Accursius hoc loco & in *l. 161. de reg. jur.* Si de te stipuler mihi dari decem, si te luctando, aut pugnando, aut litigando viceris, & totis viribus id effeceris, ut tu me vinceres, & viceris, conditio non habetur pro impleta, imo liberaris tu quasi conditione defecta. Dico hanc speciem non recte poni ab Accursio pro exceptione sententiæ hujus §. nihil hanc speciem ad hunc §. pertinere, in quo agitur de conditione, quæ deficit factis debitoris conditionalis: illa species, quam excipit Accursius est de conditione, quæ deficit non tam factis debitoris, quam eventu fortunæ. Est enim alea quædam certaminum, & judiciorum, quæ rem dirimit inter partes potius, quam cujusque cura, conatus, aut diligentia. Ad hæc non erit alienum paucis definire, quid sit dicendum contracta stipulatione sub conditione, si non promissor, non stipulator, sed alius quidam extraneus impediit conditionem. Et quidem si is impediit conditionem, in cujus persona implenda conditio erat, ut si mihi promiseris centum, si Titii negotia administraveris, & Titius impedimento mihi sit, quo minus sua negotia attingam, conditio habetur pro impleta, *l. 5. §. 5. quan. dies leg.* Illo loco, aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere conditioni, *l. Mævius 55. de condit. & demonstr. l. 39. de reg. jur.* Quæ ait, pro facto accipi id, in quo per alium mora fit, quo minus fiat: quæ regula etiam accommodari potest ad conditionem, quam impediit alius quidam extraneus, in cujus personam conditio collata non fuit: quamquam *l. inde Neratius 23. §. idem Julianus, ad leg. Aquil.* dicat conditionem non videri impletam, si per alium quendam extraneum, in cujus personam collata conditio non est, conditio impediatur: Species est. Heres institutus sub conditione, si Stichum servum suum manumiserit: Stichus occiso ab extraneo post mortem testatoris antequam manumitteretur, conditio defecisse videtur, quia eo tempore occisus est, quo heres eum manumisit debuit, verum heres ab occisore actione legis Aquiliæ consequetur hereditatis æstimationem, hereditatem vero non obtinebit; denique heres non erit ex testamento. Verum aliud omnino dicendum in hac ipsa specie: Si Stichus occisus sit vivo testatore, quo tempore nondum poterat ab herede manumitti, quia conditio illa manumittendi servi fuit promiscua,

miscua, ut loquitur l. 7. de condit. & demonstr. quæ scilicet A vivo testatore impletur frustra. Hoc igitur casu cum Stichus occisus est vivo testatore ab extraneo, conditio habetur pro impleta, & heres sub ea institutus pervenit ad hereditatem, quod ostendit l. quæ sub conditione 8. §. quoties, de cond. inst. & l. turpia 54. §. pen. de legat.

Ad L. LXXXVII. de Verb. oblig. Nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.

Nemo rem suam sibi dari pure stipulatur recte, quia dare, est dominium transferre, & rei, cujus dominus sum, amplius fieri dominus non possum, l. 29. §. ult. & l. 82. hoc tit. Eademque ratione, rem alienam frustra stipulor in eum casum, quando mea sit, ut Paulus docet hoc loco: cui tamen objicitur statim l. 1. §. si quis sub conditione, ut legator. seu fideicommiss. serv. caus. caveat. quæ hoc videtur velle, valere stipulationem, si is, cui res quædam legata est sub conditione, ab herede stipuletur, eam tibi dari existentis conditionis tempore, quo tamen tempore videtur res sua fore: dicendum est illum §. valde pugnare cum hac l. si loquitur de legato per vindicationem, quod legatario ipso jure acquiritur, statim atque extiterit conditio, at non de eo legato accipienda est: Congruus sensus sunt adhibendi, sive accommodandi legibus, sed loquitur ille §. & intelligendus de alio genere legati, cujus dominium in legatarium non transit sine factio domini, ut de legato per damnationem, aut sinendi modum, & ita recte stipulatur legatarius rem eo genere sibi legatam præstari ab herede in casum existentis conditionis, sub qua legata est, quoniam hujus legati legatarius dominus non efficitur statim ipso jure sine factio heredis. Itaque nec videtur stipulari rem legatam in casum, quo sua sit, perperam Accursius, cujus glossa est satis obscura, & corrupta etiam aliquantulum, sic accipit hæc verba hujus l. Nemo utiliter stipulatur, sic, inquam, accipit, nemo utiliter stipulatur rem futuram suam in eum casum, quo sua sit, ut scilicet plus consequatur per stipulationem, quam per actionem ex testamento, quia legatarius non plus per illam stipulationem, quam per actionem ex testamento consequitur, non est pinguior, aut plenior illa stipulatio legato. Itaque nemo in eum casum rem suam futuram utiliter stipulatur, ut scilicet plus consequatur, quia plus non consequetur actione ex stipulatu, quam actione ex testamento. Et secundum hoc, inquit Accursius, erit bonum exemplum, ut si legata res erat sibi sub conditione, & stipuletur eam sub eadem conditione: sententia Accursii hæc est, valere quidem stipulationem ex d. §. si quis sub conditione, sed esse inutilem, ut ait hæc l. quia non plus consequetur per eam, quam per legati speciem. Hæc vero sunt pugnancia, esse inutilem, & valere, nec sustineri ullo modo possunt: nec foelicus Bartolus, utilem esse illam stipulationem legati conditionalis, quod sit satisfactio, utilem esse propter fideiussorem, cum l. præcidat indistincte, inutilem esse. Non est igitur in hac re cavillandum, sed, ut dixi, distinguenda sunt genera legatorum, male etiam Accursius distinguit inter causam lucrativam, & causam non lucrativam, ut inutiliter rem meam futuram in eum casum, quo mea sit ex causa lucrativa, utiliter vero in eum casum, quo mea sit ex causa non lucrativa, quia & hac ratione Albericus Accursius refellit, si inutiliter stipulor rem, quæ jam mea est ex causa non lucrativa, quod est certissimum, & consequenter eam rem, quæ mea futura est ex pari causa, in eum casum stipulor inutiliter: nihil enim refert rem meam stipuler, an rem non meam in casum, quo mea sit, sicut nihil refert uxori donem, an sponsæ, in casum, quo uxor mea sit, l. 4. C. de donat. ante nupt. Nihil refert privatus judicare jubeat, an in eum casum, quo privatus futurus sit, l. 13. de jurisd. om. judic.

Ad L. X. Qui satisfactio cogantur. Si ab arbitro probati sunt fideiussores, pro locupletibus habendi sunt: cum potuerit querela ad competentem judicem deferri, qui ex causa improbat ab arbitro probatos, & alios improbatos probat: multo-

que magis si sua voluntate accepit fideiussores: contentus iis esse debet. Quod si medio tempore calamitas fideiussoribus insignis, vel magna inopia acciderit: causa cognita, ex integro satisfaciendum erit.

EX libro 75. explicabimus leges octo, ex quibus l. 10. qui satisfactio cog. & l. 4. de prætor. stipul. pertinent generaliter ad stipulationes prætorias, quæ satisfaciendum exigunt, sicut l. 85. & 87. de verbor. obligat. quas exposuimus ante, etiam pertinent generaliter ad omnes stipulationes. In reliquis legibus hujus libri agitur specialiter de stipulationibus prætorii quatuor. De stipulatione nihil ex hereditate deminutum iri, quam heres sub conditione institutus, qui intestum petiit bonorum possessionem secundum tabulas, substituto præstare debet, & de stipulatione fructuaria, & de stipulatione legatorum, & de stipulatione Falcid. Lex 10. qui satisfactio cog. ut ab ea incipiam, quæ generalis est, pertinet, ut dixi, ad stipulationes prætorias, quæ satisfaciendum exigunt. Satisfactio est datio fideiussorum, quotiens autem à promissore stipulatori offeruntur fideiussores, plerumque non solet eos nisi probatos stipulator accipere, & probatos quidem ab arbitro in eam rem à prætoribus dato, qui veluti quidam in ea re specialis judex esse videtur, cum & ab eo, si iniquum ejus arbitrium esse dicatur, appellari possit, tanquam à judice, l. 9. sup. hoc tit. l. 2. inf. à quibus appellat. non lic. vel ut quibusdam videtur, sine appellatione arbitrium ejus prætor, qui eum dedit corrigere potest, si ad eum hujus rei querela deferatur: appellatione, vel querela opus est. Alioquin ab eo probati fideiussores, pro idoneis, pro assiduis, & locupletibus habentur, ut Paulus ait initio hujus l. 10. Cum potuerit, inquit, querela ad competentem judicem, id est, ad eum, qui arbitrum dedit deferri, ubi interponenda est subdistingtio, sive virgula, & deinde inferendum, qui ex causa improbat, qui scilicet prætor, vel judex competens ex causa improbat ab arbitro probatos, alios improbatos probat. In Florentinis hæc male punctis distincta sunt. Prætor ergo, qui arbitrum dedit fideiussoribus probandis, id est, æstimandis viribus, & moribus eorum, si arbitrium ejus, quod ea de re tulit, iniquum esse dicatur, alias probatos ab eo improbat, alias improbatos, probat ex causa, si ad eum appellatum sit, delatave sit ad eum hujus rei querela. Querelam dicit in hac l. appellationem in l. superiore: duo sunt remedia corrigendi iniqui arbitrii, quæ separanda sunt, ut in l. si nominatus 12. C. Theod. de appellat. Si nominatus ad munera civilia, vel honores, de iniquitate queratur, non appellationem, inquit, sed querelam hoc esse, & ideo tempora appellationum non observari: omnis quidem appellatio est querela, l. præfetti 17. de minorib. l. 3. C. quom. & quan. jud. Sed non omnis querela, appellatio est. Sic igitur, vel appellationis, vel querelæ remedio corrigitur iniquitas arbitrii dati ad fideiussores probandos. Quod si ipse stipulator, qui eos accepit, fideiussores probaverit solus sine arbitro, sane omnimodo his contentus esse debet, nec mutare eos potest, quos probavit semel, nisi forte, ut ait, divinitus insignis quædam vis, & calamitas medio tempore, vel magna inopia fideiussoribus contigerit: hoc enim casu, inquit, causa cognita ex integro satisfaciendum est, datis aliis fideiussoribus, quod congruit cum l. 4. de prætor. stipulat. quæ est ex eodem libro.

Ad L. IV. de Prætorii stipulat. Prætorie stipulat. sæpius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desit.

Lex 4. de prætor. stipulat. generaliter ait, prætorias stipulationes sæpius interponi, si sine culpa stipulatoris cautum esse desierit, veluti priorum fideiussorum eventis facultatibus inopinato fortunæ impetu, l. 4. ut in possess. legator.

Ad L. XIII. Qui satisfactio cogant. Sed & si plures substituti sint, singulis cavendum est.

Est etiam ex hoc libro l. 13. qui satisfactio cogant. & pertinet specialiter ad stipulationem prætoriam, quam heres instituit.

stitutus sub conditione; qui interim pendente conditione agnovit bonorum possessionem secundum tabulas, ut potest, l. 2. §. si sub conditione, l. 5. & 6. de bonor. possess. sec. tab. substituto præstat de hereditate non diminuenda: & committitur hæc stipulatio, si heres institutus deficiente conditione institutionis, inveniatur aliquid in ea hereditate fecisse deterius, & tunc bonorum possessio ei præmature, ut videtur à Prætoro data, sine re constituitur, sine effectu, five ad irritum recidit, l. 12. hoc tit. l. 8. de prætor. stipulat. Paul. 5. Sentent. tit. 8. de stipulat. Substitutus heres, inquit, ab instituto, qui sub conditione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione secundum tabulas, res hereditarias diminueat: quod ibi satis, ut arbitror diligenter exposui, nec repetam modo. Idem Paulus de hac stipulatione scribens, in hac l. 13. ait, si plures sint substituti vulgari modo, heredi instituto sub conditione, qui amplexus est interim bonorum possessionem secundum tabulas, qui quidem substituti simul ad hereditatem venturi sunt deficiente conditione institutionis, singulis hanc cautionem esse præstandam, videlicet pro partibus suis, ut l. 9. §. ult. usufructuar. quemadmodum caveat, secundum quam est accipienda l. si cuius 13. §. 1. de usufr.

Ad L. II. Usufruct. quemad. caveat. Nam fructuarius custodiam præstare debet.

Sequitur de stipulatione fructuaria l. 2. 6. & 8. usufructuar. quemadmodum caveat ex hoc ipso libro. Stipulatio fructuaria dicitur in l. 4. §. ult. de verbor. oblig. quoniam per eam is, cui usufructus legatus est certæ rei, certorum bonorum, heredi, vel heredibus singulis pro sua parte satisfat, aut cavet se boni viri arbitrato usum fructurum, se tanquam virum bonum, & diligentem patremfamilias usum, & finito usufructu restitutum: hæc est cautio prætorica. Hac vero cautione aliquando continetur etiam proprietatis æstimatio, ut puta, si cum ab alio possideretur fundus, in quo usumfructum habui, negligens usufructuarius fuerit in interrumpenda usucapione, & per negligentiam ejus, fundus usucaptus fuerit, præstabit enim fundi æstimationem, qui bonis proprietarii abcessit culpa fructuarii, quia, ut ait l. 2. quæ est ex hoc libro, custodiam & diligentiam omnem fructuarius præstare debet, forte exactiorem, quam suis rebus adhibeat, exemplo commodatarii, & venditoris, l. 3. de peric. & com. rei vend. & hoc quidem etiam exigit, quæ stipulationi inest clausula boni viri arbitrato, nimirum, ut omnem diligentiam, omnemque curam in servanda re fructuaria præstet.

Ad L. VI. eod. tit. Idem est & in reditu prædii: sicut si vindemia legata sit, vel messis: quamvis ex fructu ea percipiantur, quæ legata morte legatarii ad heredem redeunt.

Ad dicitur in l. 6. eodem tit. hanc stipulationem locum habere non tantum usufructu, sed etiam reditu aliquo legato, veluti vindemia, aut messe: nam etsi reditus per omnia usumfructum non imitentur, sicut nec habitatio, vel operæ servi, vel cujuscunque alterius animalis, ut ait l. 5. in fi. Reditus, inquam, per omnia usumfructum non imitantur, percipiuntur quidem reditus, percipiuntur vindemiæ, & messes ex usufructu, & ea quoque reditus legata, morte legatarii finiuntur, & ad heredem redeunt, à quo relicta sunt, sicut usufructus, l. 22. de usufr. leg. Per omnia tamen usumfructum non imitantur. At non ideo minus in eis hæc stipulatio locum habet, sicut in legato usufructus: & reditum per omnia usumfructum non imitari satis constat ex differentiis, quæ proponuntur in l. 38. de usufr. leg. Usufructus verbo jus aliena re utendi fructu significatur, jus incorporale: Reditus verbo, veluti vindemiæ, aut messis, significantur corpora ipsa fructuum redactorum. Usufructu prædii legato, ibi legatarius habitare potest invito herede, non legato reditu. Usufructu fundi legato, heres non potest vendere fundum, reditu legato,

heres potest vendere fundum, & se liberare à legatario præstando reditus æstimationem. Sunt autem in Pandectis Florentinis trajecta hæc verba hujus legis 6. manifeste, quamvis ex usufructu ea percipiantur, quæ legata morte legatarii ad heredem redeunt: & hæc ita sunt suo ordini restituenta, quamvis ex usufructu ea percipiantur legata, legatum videlicet vindemiæ, legatum messis, quamvis, inquam, ex usufructu ea percipiantur legata, morieque, sine diphtongo, legatarii ad heredem redeunt, tamen ut suppleatur sententia, non per omnia usumfructum imitatur. Idem tamen est in eis, quod in legato usufructus, quod ad hanc cautionem attinet.

Ad L. VIII. eod. tit. Si tibi usufructus: & mihi proprietas legata sit, mihi cavendum est. Sed si mihi sub conditione proprietas legata sit: quidam, ut Martianus, & heredi, & mihi cavendum esse putant, quæ sententia vera est. Item si mihi legata sit, & cum ad me pertinere desierit, alii: & hic utriusque cavendum, ut supra, placuit. Quod si duobus conjunctim usufructus legatus sit: invicem sibi cavere debent, & heredi in casum illum: Si ad socium non pertineat usufructus, heredi reddi.

In l. 8. ejusdem tit. Paulus ostendit cui hæc cautio præstanda sit. Ac primum quidem, qua ratione heredi plerumque præstatur, quod finitus usufructus ad eum rediturus sit, & recurat ad eum tamquam proprietarium: eadem si uni usufructus, alteri proprietatis ejusdem rei sit legata pure, tunc non heredi, sed ei, cui proprietatis legata est cautio præstanda sit, quia ad eum, non ad heredem usufructus rediturus est. Sed si uni usufructus, alteri proprietatis sit legata ejusdem rei sub conditione, interim, & alteri, & heredi cavendum est, quia uterque sperat proprietatem: Glossa recte hoc fieri propter spem, idque confirmatur l. 8. in fi. de prætor. stipulat. Eademque ratione, si mihi legata sit proprietas certæ rei, & cum ad me pertinere desierit, alii, vel utrique à fructuario cavendum est, mihi pure, alii in hunc casum, si ad me proprietatis pertinere desierit, ut puta (Accursius nescivit exemplum apponere) si mihi cum essem celebs, vel Latinus Junianus, libertus Latinus, proprietatis legata fuerit, nec intra dies centum legi Julię parvero, contracto matrimonio, vel jus Quiritum consecutus fuero: exemplum est juris veteris ex Ulpiani lib. singul. regul. tit. 17. & 22. quo etsi proprietatis ad me pertinere cœperit (pertinere est deferri, l. 45. §. 1. de legat. 2. l. 26. & 35. de usufr. legat. l. si diem 21. quand. dies leg. ced. l. 14. de liber. & postum.) tamen si legibus intra dies centum non parvero, proprietatis ad me pertinere desinit, & ad substitutum transit, legatarii non minus, quam heredibus substitui potest, l. ut heredibus 50. de legat. 2. & in hac specie, mihi cui legata erat proprietas, etiam datus est alius substitutus in hunc casum, si proprietatis ad me pertinere desierit. Item quod etiam proponitur in hac l. & si duobus conjunctim legatus sit usufructus: invicem sibi cavere debent cautione fructuaria de usufructu quandoque restituendo, quia uterque sperat jure accrescendi, quod in usufructu locum habet, etiam post acquisitionem suæ partis, totum usumfructum sibi obtingere posse, socio, id est, collegatario deficiente: Itaque sibi invicem cavere debent cautione hujusmodi, imo & heredi, quia utroque deficiente, usufructus ad heredem redire, & consolidari potest, & hæc de stipulatione fructuaria.

Ad L. XV. Ut legat. seu fideicommissor. servand. caus. caveat. Etiam de præsentis legato locum habet hæc satisfactio: quoniam nonnullas moras exceptio judicii habet. Si & ab herede instituto legatorum satis acceperit legatarius, & à Trebelliano fideicommissario: utraque quidem stipulatio committetur: sed exceptione se tuebatur heres, quia cavere non debuerit. Sed si pars hereditatis restituta sit: ab utroque cavendum est. Etiam si ab intestato debeat fideicommissum, locum habet hæc stipulatio.

Sequitur de stipulatione legatorum, vel fideicommissorum, quæ etiam prætoriam est, l. 15. ut legat. seu fideicommiss. servandor. caus. caveat. & l. 2. de legat. 2. quæ etiam sunt ex hoc libro. Eam stipulationem plerumque ab herede sibi præstari legatarii desiderant, cum dies, vel conditio petitionem legati differt: aliquando tamen, ut ostendit d. l. 15. in princ. etiam si purum, & præsens sit legatum, de eo hæc cautio interponitur, ut puta si heres litigare, quam id præstare malit, quia litis longa sæpe mora, iudicii longa sæpe dilatio est, vel ut ait eleganter, quia nonnullas moras exercitio iudicii habet. Præstanda autem hæc est cautio ab herede, vel si rogatus sit restituere totam hereditatem & restituerit ex Senatusconsulto Trebelliano, præstanda ei est à fideicommissario Trebelliano, qui effectum quodammodo heres est, l. 5. §. 1. quod cum eo, qui in aliena potest. est negot. gest. esse dicit. Et cui etiam soli præstatio legatorum incumbit, non heredi, l. 1. §. ult. ad Trebell. & præstanda igitur legatorum satisfactio est à solo fideicommissario Trebelliano, non ab herede, quinimo si forte heres eam præstiterit ante restitutionem hereditatis, post restitutionem si ex ea conveniatur, potest se tueri exceptione doli mali, quia legatorum onere solutus est, verum, ut iam indicavi, id ita procedit, si totam hereditatem restituerit deducta Falcidia: nam si partem tantum hereditatis restituerit ex iussu testatoris, puta dimidiam, aut tertiam, utrique pro rata præstatio legatorum incumbit, & consequenter etiam præstatio cautionis, l. 2. C. ad Trebell. quæ est sententia §. 1. huius l. 15. In extremo docet etiam ab herede legitimo, qui venit ab intestato, hanc cautionem præstari oportere, puta si ab eo codicillis fideicommissum relictum sit: recte fideicommissum, ut l. 1. §. pen. & ult. de legat. 3. Nam hoc jure legatum ab intestato relinqui non potest.

Ad L. II. de Legat. 2. Quoties nominatim plures res in legato exprimuntur: plura legata sunt. Si autem supellex, aut argentum, aut peculium, aut instrumentum legatum sit: unum legatum est.

Respicit etiam ad hanc satisfactionem l. 2. de leg. 2. quæ est ex hoc libro. Aut plura sunt legata uni relicta, aut unum: plura sunt, si plures res legatæ sint nominatim & discretim, veluti & Stichus, & Pamphilus, & fundus, & domus: unum autem est legatum, quod nec pro parte agnosci, nec pro parte sperni potest, quia est unum: Si sunt plura, unum licet spernerè, & alterum completi: si unum, id non scindere licet, & unum est legatum si legetur supellex, quamvis sub eo plures res contineantur, si legetur instrumentum fundi, si peculium, si argentum omne, in quod fuit defuncti, vasa argentea, si grex, si argentum, si chorvus, si quadriga, vel si octophorum, quod significatur in l. 8. §. ult. de leg. 1. ubi ponitur, testatorem legasse lecticarios octo, i. octophoron. Martial. octo viris suffulta lectica puella: hæc nomina sunt systematica, vel *οκτώπτερα*, contrahunt legatum: Illa vero, quæ sunt singularia scindunt legatum, multiplicant legatum: ubi vero unum est legatum, & una stipulatio, & de eo una tantum stipulatio interponitur: ubi plura, tot sunt necessariae stipulationes, quot sunt legata, l. scire debemus 29. de verb. oblig. Restant de stipulatione Falcidiæ duæ tantum leges ex hoc libro, l. 2. & 4. **E** si cui plus, quam per leg. Falcid. licuer. legat. esse dic.

Ad L. II. Si cui plus, quam per leg. Falcid. licuer. legat. esse dic. Etiam si quanti ea res sit, promiseris.

Lex 2. est de stipulatione Falcidiæ, quam heredi præstat legatarius, cui heres cum dubitaretur, an lex Falcidia quæ diminuit legata locum haberet, legatum solvit integrum, videlicet de restituendo eo quod amplius, quam per legem Falcidiam liceret acceperit, vel quanti ea res est, si postea apparuerit legi Falcidiæ locum esse, quæ stipulatio Falcidiæ dicitur in l. 70. sup. tit. prox. & absque dubio prætoriam stipulatio, & satisfactio est, l. penales 32. §. Julianus, Tom. II. Post,

A sup. eod. tit. unde & in l. 3. §. quamvis, hoc tit. ubi ita scriptum est: propterea cautionis onus, videtur legendum, prætorie cautionis onus: Nam & illud, propterea, ibi importunum est. Porro hæc stipulatio committitur adversus legatarium, qui solidum legatum accepit sine deductione Falcidiæ, statim atque certum esse cœperit legem Falcidiam locum habere, ut scilicet suppleat heredi, perficiatve Falcidiam pro sua parte, quam nunc locum habere constat, uno tamen casu, ad quem pertinet lex 2. ne tunc quidem cum certum esse cœperit legem Falcidiam intervenire, legem Falcidiam minuire legata, hæc stipulatio cum effectu committitur, ut puta si res legata, & soluta legatario, cum nondum liqueret de Falcidia, cum dubitaretur lex Falcidia locum haberet, necne, si, inquam ea res apud legatarium medio tempore sine culpa ejus interierit: hoc enim casu, postea emergente Falcidia, heredi agenti ex stipulatione obstat exceptio doli mali, etiam si non rem restituit, partemve rei legatæ pro modo Falcidiæ, sed quanti ea res est, id est, pecuniam pro re sibi dari stipulatus fuerit, quæ est sententia legis 2. Etiam si, inquit, quanti ea res sit, promiserit, legatarius, id est, etiam si pecuniam promiserit, non rem, quamvis pecunia non intereat, nec possit interire, quantitas interire non potest, sed quod hæc lex 2. satis exprimit, ubi stipulamur quantitatem, id est, quanti ea res est in vicem rei debitæ, ea re perempta sine dolo, & culpa promissoris, etiam stipulatio quantitatis perimitur: quod bel- le confirmat lex Titia textores 76. §. ult. de legat. 1. cujus species ex jure antiquo ita explicanda est. Si duobus separatim eadem res sit legata per damnationem, ut ibi proponitur, uni debetur res, alteri æstimatio, auctore Gajo 2. Institut. & Vlp. in fragmentis tit. de legat. Imo & Justiniano, l. un. §. si autem disjunctim, C. de cad. tollend. Illo loco, in uno tantum genere legatorum, qui accipiendus est de legatis per damnationem: Sed si cum duobus separatim legatus esset Stichus per damnationem, heres Stichum dederit uni, ita ut nunc alteri tantum debeatur æstimatio, cum Stichus sit alii datus, & antequam heres interpelleretur ab altero, id est, ante moram heredis, mortuus sit Stichus: alteri nec Stichus debetur, nec æstimatio: re debita perempta sine culpa debitoris, debitor liberatur non tantum à præstatione ejus rei, sed etiam ab æstimatione, si debitor in vicem rei æstimationem promiserit, quod maxime notandum est: Nunc veniamus ad l. 4. hoc tit.

Ad L. IV. eod. tit. Hæc autem satisfactio locum habet, si iusta causa esse videbitur: nam iniquum erat omnimodo caveri, nondum illata controversia liti: cum possint ei litoria mina fieri. Ideoque eam rem prætor ad cognitionem suam revocavit.

Ad §. Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sunt: tam in possessorem, quam in petitorem competunt actiones, & creditoribus, & legatariis.

Ad §. Hæc cautio utique necessaria est, si quis pecuniam suam solvat, vel rem tradat. Si vero pecuniam hereditariam solvat, vel rem tradat: quidam non putant cavendum: quia nec teneri potest eo nomine victus: cum non possideat, vel dolo fecerit, quo minus possideat. Hoc si ante motam controversiam solvat: quod si postea, tenebitur culpæ nomine. Sed cum de nomine inter duos quæstio est: nunquid non sit cavendum ei, qui hereditariam rem tradat: quia omnimodo unus liberatur: quemadmodum si æs alienum hereditarium solvatur: Sed si petitor suam pecuniam solvat, aut tradat rem suam: non habet unde reneat: & ideo necessaria est ei cautio.

Lex quarta non est quidem de stipulatione Falcidiæ, quæ propter Falcidiam interponitur, ne pereat heredi: sed de stipulatione evicta hereditate, legata soluta heredi, qui solvit, cuique mox evicta hereditas est, reddi: quam quidem cautionem heredi, cui controversia hereditatis sit legatarii præstant, quibus heres interim solvit legatum in l. 3. §. si legatarius, hoc tit. l. Licinius 48. §. ult. de legat. 2. l. 3. §. non querimus, si quis omis. caus. test. l. 9.

C. de legat. Attamen hæc stipulatio stipulationi Falcidæ, A de qua ante dictum est, proxima & affinis est. Illa est de parte legati restituenda, hæc de toto: utraque cautio præstatur iusta ex causa, cognoscente Prætor: Illa præstatur, si iusta dubitari possit, utrum lex Falcidia locum habeat necne, l. 1. in princ. hoc tit. Et hæc etiam ut Paulus ait initio hujus leg. 4. ita demum præstatur, si iusta causa esse videbitur: nam si nondum heredi illata sit lis de hereditate, sed intervenerit tantum movendæ litis inanis & lusoria minatio quædam, iniquum est legatarium onerari hujusmodi cautione, cautione supervacua, l. 14. ut legat. nom. caveat. cautione non necessaria, §. ult. hujus leg. Itaque non nisi causa cognita iussu Prætoris hæc satisfactio interponenda est, lusorias minas dicit hoc loco, quod ludi hominum liberorum irrisoriæ minæ esse soleant, ut Marc. Tull. in Epist. ait, nullam esse auctoritatem minantis apud liberos, B unde & Basilica hoc loco: *εάν τις καταγλαστός άπειλή, si quis ridicule comminetur*, videlicet se de hereditate facturum controversiam, hoc nihil est, hoc deridiculum est, nihil minæ heredem aut Prætozem movent, nec iusta est causa petendæ satisfactionis ejus. At si lis movetur heredi de hereditate, si per iudicem ab eo petatur hereditas, sane iustissima causa hæc est: quam ob causam a legatariis, quibus solvit legata, heres hujusmodi satisfactionem petat, illata, inquit, controversia litis: controversia litis, ut Marc. Tull. 2. de Oratore, controversia causæ, pro lite illata de hereditate, quæ & alias sæpe numero in se controversias habet. Lis est res, quæ in iudicium principaliter deducitur, puta hereditas. Controversiæ autem sunt, quæ circa eam litem versantur & concurrunt, veluti de testamento falso, de testamento injusto, & aliquando quidem C majorem cumulum habent potioresque sunt controversiæ, quam lis ipsa, ut in Quintiliani declamatione 272. qua de causa omnis lis etiam controversia dicitur recte, l. 2. C. de petis. hered. & alibi passim: Verum e contrario non omnis controversia est lis, lis non est antequam in iudicio contestata sit, sicut nec res, de qua agitur litigiosa est ante litem contestatam, l. 1. §. 1. de litigiosis. Controversia esse potest ante litem contestatam, & fieri ex congressu, & contentione partium, nonnumquam constituto die quo ad iudicium veniant, & edito genere actionis: Controversia est præparatio litis. Quintil. lib. 4. aliud discrimen ponit: controversiam esse facti, litem juris: Sed, inquit, circa facti controversiam argumentum præstat, circa juris, lites materiam quæstionis. At dicitur etiam controversia in libris nostris de utroque, controversia de jure, & controversia de facto, D l. ult. de iurejur. sicut & de lite dicitur, & de contentione, ut dixi ante, & est generale nomen: est item speciale & cum specialiter accipitur, tum separatur a lite, ut l. 5. §. l. 25. §. si ante, de petis. hered. M. Tull. 1. de Oratore: Nullæ lites, inquit, neque controversiæ sunt, quæ cogant homines sicut in foro bonos oratores, & in theatro malos. Verum ut illata lite de hereditate iuste desiderat heres legatarios, quibus solvit legatum, hanc cautionem sibi dare. Item dices, controversia mota ante litem contestatam id heredem iuste desiderare ex l. 3. §. si legatarius, hoc tit. Qui, inquit, controversiam, id est, litem hereditatis patitur, jam vel sperat, ut l. ult. C. de petis. hered. Si petitionem, inquit, hereditatis susceperit, vel suscipere sperat, quod etiam significat l. 9. in fi. C. de legat. Et ita transigimus recte non tantum de lite jam cæpta, sed etiam de ea quam speramus, & veremur, l. 2. C. de transact.

A D §. Si duo ex testamento. In §. 1. b. l. 4. proponit speciem, qua de hereditate litigantibus inter se petitor & possessore, in arbitrio est creditoris hereditarii, vel legatarii, aut fideicommissarii cum quo agat de legato, vel de pecunia credita, quod etiam Iustinianus probat in l. ult. C. de petis. hered. & est certissimum: nisi lis sit de bonis inter fiscum & privatos, quia favore fisci ne causæ fiscali præiudicetur sustinendæ sunt interim actiones creditorum ex Senatusconsultis factis hac de re, l. apud 35. de iur. fisc. Species autem hujus §. hæc est: Quidam testamento Titium heredem scripsit: duo sunt Titij amici testatoris, singuli contendunt de no-

mine, & dicunt de se hereditatem pertinere ex testamento, & de se sensille testatorem, & assem vindicant, hereditatem, inquit, in solidum sibi vindicant, unus scilicet petit hereditatem, id est, directo vindicat hereditatem, alter possidet hereditatem: nam & qui possidet, contra vindicat, §. 1. Institut. de action. Et Paulus ait, tam in hunc, quam in illum creditoribus hereditariis, & legatariis competere actionem, prout elegerint. Ad eam speciem pertinet §. ult. hujus leg. ut ibi aperte ostenditur, maxime illo loco, sed cum de nomine inter duos quæstio est: qua de causa Jacobus, & Dinus conjuncta scriptura sic legebant initio §. ult. & hæc cautio utique necessaria est, quod etiam Basilica sequuntur, in quibus scriptum, *η η άσφάλεια χρεώδης έστι*: Queritur autem, an si petitor, vel possessor hereditatis solvat æs alienum hereditario, vel legatario, ei sit hæc cautio necessaria, evicta hereditate, quod solutum erit boni viri arbitrato reddi. Et si quidem in specie proposita cum de nomine inter duos quæstio est, petitor hereditatis solvat æs alienum hereditarium, vel legatum, sive de suo, sive de hereditate solverit, & vincat in iudicio, non est ei necessaria cautio, quia seipsum liberavit. At si petitor vincatur & solverit de suo, necessaria est ei cautio, quia non habet unde retineat quod solvit: nihil enim possidet ex hereditate. Sin vero solverit de hereditate, non est necessaria, quia possessorem liberavit, secundum quem pronuntiatum est, iudicatum est, quia possessoris ejusdemque victoris negotium gessit, adeo ut non possit possessor factum ejus incusare, vel improbare. Itaque sive petitor, sive possessor vincat, non est petitori qui solvit de hereditate, hæc cautio necessaria, quia ut Paulus ait, unus omnimodo liberatur, vel petitor scilicet, vel possessor qui iudicatus erit heres esse ex testamento, & hæc de petitore qui solvit. Nunc dicamus de possessore: Si possessor solvat creditori hereditario vel legatario & vincat, necessaria ei cautio non est, sive de suo, sive de hereditate solvat, quia se liberavit, sed si vincatur æque necessaria non est ei cautio, sive a se, sive ab hereditate solverit, quia si ab hereditate petitorum liberavit, quem ex testamento heredem esse pronuntiatum est: si a se, id est, si pecuniam remve suam ex retentione rerum hereditarium, sibi satisfacere potest. Itaque superflua est hæc cautio. Et hæc ita procedunt in hac specie, cum duo ejusdem nominis de hereditate ex testamento delata certant: at si ponatur de hereditate controversia esse inter heredem scriptum, & legitimum, uno vindicante hereditatem ex testamento, altero ab intestato, non utroque ex testamento, ut in superiori specie, de qua quidem postrema specie est prior pars, §. ult. In hac, in quam, posteriori specie non idem omnino dicendum, quod in priore: quæstio hæc est satis perplexa, sed qua via procedo, quibusve distinctionibus utor, facile explicabitur. Non idem igitur omnino in possessore, quod in petitore: nam legitimus, qui ad se ab intestato hereditatem redire dicit, si vicit, creditoribus quidem hereditariis obligatur, hoc est certum, sed non obligatur etiam legatariis, nisi etiam legata, aut fideicommissa ab intestato relicta sunt in testamento adjecta clausula codicillari. Ideoque ea non adiecta si possessor hereditatis cum esset heres scriptus ex testamento solverit & vicerit, undecumque solverit, non est ei hæc cautio necessaria, quia se liberavit, quia rem suam gessit, & quod necesse habuit facere, fecit, ut ex eventu iudicij apparuit. Sed si vicerit possessor ut legitimus heres ab intestato, de legatis, quæ non debentur ab intestato, cautio ei necessaria est, ut ea possit a legatario repetere. Quod si (hæc est altera pars distinctionis) possessor victus fuerit, rursus ita distinguendum est: aut de hereditate solverit, aut de suo: si de hereditate, iterum distinguendum est hoc modo: Aut solvit bona fide, puta ante motam controversiam hereditatis, & necessaria ei cautio non est, quia eo nomine, puta quod solverit victori, non tenetur, cum non possideat, nec dolo deserit possidere: aut solvit mala fide post motam controversiam, & tunc cautio necessaria est, quia victori tenetur doli vel culpæ nomine, l. 41. sup. tit. prox. l. Jul. §. Marcell. ad exhib. Victori, inquam, tenetur doli vel culpæ

culpæ nomine, si legata solverit, quæ ab intestato non debentur: si & ab intestato debebantur propter clausulam codicillarem, ut dixi, non est necessaria cautio: & hoc si de hereditate solverit: quod si possessor, qui victus est de suo solverit bona fide, etiam videtur hæc cautio esse supervacua, quia vel per conditionem indebiti, vel per retentionem rerum hereditariarum suæ indemnitati consulere potest, cessa petitori conditione indibiti periculo ejus: quæ est sententia *l. si quid poss. 31. de petit. her.* quæ est elegantissima in hanc rem: si mala fide solvit, est necessaria, & hoc de possess. qui solvit in hac posteriori specie. Petitore autem solvente, & vincente, de legatis, quæ solvit, necessaria ei cautio est, si fuerit heres legitimus, id est, non obnoxius legatis præstandis, si non fuerit testamentarius heres. Victo autem eo, si de suo solverit cautio necessaria est, quia non habet unde retineat quod solvit, si de hereditate solverit non est necessaria, quia possessionem liberavit. Observeanda est in hoc *§. ult.* differentia inter solvere, & tradere: nam quod iteratur in eo sæpe, pecunia solvitur, res traditur: quæ tamen proprietas verborum non semper in jure nostro observatur.



JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. LXXVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. V. Rem pupil. vel adolescent. sal. fore. Si filius, qui in potestate furiosi eris, rem salvam fore stipuletur, acquiris patri obligationem.

IN Libro LXXVI. agitur de stipulatione rem salvam fore, qua iis cavetur, qui sub tutoribus, vel curatoribus sunt, & de stipulatione ratam rem dominum habiturum, qua procurator, vel defensor cavet dominum ratum habiturum, quod cum stipulatore gesserit, egerit, contraxerit, & de stipulatione duplæ, qua evictionis nomine de venditore emptor stipulatur, quæ omnes prætoriarum stipulationes sunt. De stipulatione rem salvam fore est *l. 5. rem pupilli, vel adolescentis salvam fore. Furiosus, sive stipuletur, sive promittat, nihil agit, l. 1. §. pen. de oblig.* quia ut est in Regulis juris, absentis loco est, & soli præsentis recte contrahunt stipulationem. At servus furiosi à curatore ejus legitimo, vel dativo recte stipulatur rem ejus salvam & incolumem fore, eique acquirit obligationem. Itemque filius, qui in ejus potestate est, ut ait in hac *l. 5. furor patris non impedit, quo minus in ejus potestate filius nascatur, vel remaneat, l. patre furioso 8. de his, qui sunt sui, vel alie. jur.* & ait in hac *l. 5. plurativo numero adquiri patri obligationes, quia hæc stipulatio in se resolvitur, ut ait l. 4. §. pen. hujus tit.* Sæpius committitur uti quæque res salvam furioso esse definit.

Ad L. LXXII. de Verbor. significat. Appellatione rei pars etiam continetur.

AD hanc quoque stipulationem respicit, quod ait *lex 72. de verbor. signif.* quæ est ex hoc libro. Appellatione rei etiam partem contineri, quia etsi pars tantum rei cujusdam perierit culpa curatoris, hæc stipulatio committitur. In hac igitur stipulatione rem salvam fore, pars rei continetur.

Ad L. XIII. Rem ratam haberi, & de ratihabit. Si commissæ est stipulatio ratam rem dominum habiturum: in tantum competit, in quantum mea interfuit: id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. Si sine judice procuratori legatum solvatur: de rato cavere eum debere Pomponius ait.

DE stipulatione ratihabitionis, sive ratam rem dominum habiturum, ex hoc libro est *l. 13. rem rat. habe. Tom. II. Post.*

Ari, & de ratihab. Quæ docet initio commissa stipulatione de rato, id est, domino non habente ratum, domino non probante quod procurator gessit, in tantum competere actionem, in quantum stipulatoris interest, ut *l. 19. hoc tit.* quod quidem Paulus in hac *l. 13. æstimat ex damno dato, vel lucro intercepto stipulatori, ut & Justinianus in l. 7. C. de sentent. quæ pro eo, quod inter. profer.* In quantum mea interfuit, inquit Paulus, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui: ergo in æstimationem ejus, quod interest, venit non tantum damnum datum, id est, diminutio patrimonii nostri, quodve patrimonio abest, sed etiam quod patrimonio nostro non accessit, id est, lucrum interceptum: nam & lucrum interceptum damni species quædam est, *l. 2. §. merito, ne quid in loco publico, vel itin. si. l. 2. in princ. ad exhibend.* Quamobrem id, quod interest rectissime definit esse commodum, quod haberet actor, si ei dolo, vel culpa adversarii damnum datum, vel lucrum interceptum non fuisset: lucrum, inquam, quod facturus erat ex re ipsa, vel ex negotio, quo de agebatur, quod fuisi exposui in *l. si fundus, loc.* Nam compendium, quod extra rem facturus erat, non computatur, *l. 2. hoc tit. l. si sterilis 21. §. cum per venditorem, de actionib. empt. l. ult. de peric. & comm. rei vend.* Sequitur in hac *l.* aliquando etiam extra judicium ex conventionem hanc cautionem interponi, ut si sine judice procuratori legatarii legatum solvatur, vel ut est in *l. 10. si quid procurator vendat, aut locet, vel pacificatur, vel quid aliud gerat nomine absentis, de cujus voluntate non liquet.*

Ad L. ult. de Fidejussor. & mandator. Cum procurator in rem agebat, cautionem dederat ratam rem dominum habiturum, postea victo eo, reversus dominus iterum de eadem re agebat: & cum reus haberet possessionem, noluit eam restituere: & ideo magno condemnatus est. In amplius fidejussores non tenentur. Hoc enim non debet imputari fidejussoribus, quod ille propter suam pœnam præstitit.

ESt etiam de hac stipulatione ex hoc libro *l. ult. de fidejussor.* Procurator absentis nomine egit in rem, & datis fidejussoribus cavet de rato habendo: victo procuratore, dominus ratum non habet, imo de eadem re iterum experitur, & agit, & vincit. Hæc est species. Possessor autem, qui victus est à domino, quod nollet rem restituere domino arbitrio judicis, quam habebat in sua potestate, magno condemnatus est, puta quanti dominus juravit in litem, quanti dominus juratus litem æstimavit: nam etsi potuerit manu militari possessori res auferri, quam habuit in sua potestate, fructuum duntaxat, & omnis causæ facta condemnatione, *l. qui restituere 68. de rei vindicat.* tamen potuit, si hoc malit actor, etiam damnari quanti actor in litem, sine ulla taxatione in infinitum juraverit, contumaciæ ejus puniendæ causa, qui arbitrio judicis non paruit, qui noluit jussu judicis rem restituere, cujus possessionem habebat: neque vero hoc casu possessori, qui ex contumacia sua pœnam præstitit, datur regressus adversus procuratorem, vel fidejussorem ejus ex stipulatione de rato, quia hæc stipulatio continet tantum id, quod interest, id est, quod stipulatori abest facto, vel culpa promissoris, in qua non continetur pœna, quam stipulator ex suo delicto præstitit: quæ est sententia *l. ult.* sane elegantissima: ponit autem procuratorem egisse in rem, non quod non possit dare etiam cautionem de rato in judicio in personam: nam & in judicio in personam necessaria hæc satisfactio est, sed quod in judiciis in personam non soleat in litem jurari, *l. 6. de in lit. jur.* Item species hujus *l.* est de stipulatione de rato, sed idem recte sentit Accursius in *l. 1. de in lit. jurando, sine distinctione: nam & distinctio Bartoli hoc loco rejicienda est. Idem, inquam, indistincte esse dicendum in stipulatione judicatum solvi, quia hæc concipitur, concluditurque in id quod interest, *l. 2. §. 1. in si. de prætor. stipulat.* Nec igitur extendi potest ad id, quod pœnæ causa accrevit propter contumaciam stipulatoris, & quod ait *l. 9. judic. sol.* Judicatum solvi stipulationem in tantum committi, quantum judex pronuntiaverit, sic debet intelligi, quantum de*

lite pronuntiaverit, nam & hæc stipulatio dicitur de lite A
sive pro lite interponi, l. 1. eod. tit. non etiam quantum li-
ti accesserit per contumaciam rei.

Ad L. IX. de Eviction. & duplæ stipulat. Si vendideris mihi
servum Titii, deinde Titius heredem me reliquerit: Sabinus
ait admissam actionem pro evictione: quoniam servus non po-
test evinci, sed ad ex empto actionem decurrendum est.

DE stipulatione duplæ est l. 9. de evictio. Vendidisti
mihi Stichum, cujus dominus erat Titius, & Titius
me heredem reliquit ex asse, si caveris mihi duplam ob
evictionem, si promiseris duplam, extincta cautio, extincta
stipulatio est acquisitione dominii, quia Stichum ego ad-
quisivi adita hereditate domini: extincta, inquam, est stipu- B
latio, quia Stichus, qui jam meus factus est jure heredita-
rio, mihi ab alio evinci non potest, nisi per injuriam judi-
cis: Quo casu hæc stipulatio duplæ non committitur, l. 5.
& l. 51. eod. tit. Nec ipse etiam mihi iudicio eum hominem
evincere possum, ipse mecum litigare, & eum hominem
mihi evincere non possum, l. 41. §. 1. eod. tit. atque quo-
dammodo eum mihi evicisse videor adita hereditate Titii,
ut l. 3. §. si legatarius, si cui plus, quam per leg. Falci. qui in
hanc rem est singularis, quia quem possidebam pro empto-
re, nunc cæpi possidere pro herede, eo nomine mihi in
venditore competit actio ex empto in id, quod interest:
puta, ut pretium, quod numeravi, recipiam, & usuras, &
si quid præterea emptionis causa erogavi, & quod alienum
hominem mihi vendiderit, ut l. hujusmodi 84. §. qui servum,
de legat. 1. Hoc igitur casu competit quidem actio ex em- C
pto quasi evictionis nomine, sed non actio ex stipulatione
duplæ: stipulatio duplæ non committitur nisi re evicta jure
iudicioque, nisi re evicta per iudicem, l. 16. l. 21. §. 1. l. 24.
l. 57. hoc tit. vel re evicta ipso jure, ut tentari potest ex
l. 3. de doli except.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXXVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LIII. de Evict. & duplæ stipulation. Si fundo vendito
pars evincatur: si singula venierint certo pretio: tunc
pro bonitate, sed quanti singula venierint, quæ evicta fue-
runt, præstandum, etiam si ea, quæ meliora fuerunt evicta
sint.

Ad §. Si cum posset emptor auctori denunciare, non denun-
ciasset: idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset:
hoc ipso videtur dolo fecisse: & ex stipulatu agere non potest.

SCRIPSIT etiam Paulus de hac stipulatione du-
plæ hoc Lib. LXXVII. ut patet ex l. 3. de evict. quæ
initio docet, fundo vendito, & tradito præstita
cautione duplæ, si pars evincatur certa, aliquando
pro bonitate, sive qualitate loci evicti, & regionis æstima-
tionem non fieri: ut, quæ est species illius l. 53. si singula
fundi jugera vendita sint certo pretio, & unum jugerum
evincatur, non pro bonitate ejus, quamvis longe antistat
jugeribus cæteris, sed pro modo pretii, quo venit, æstima-
tio fit, & prætat ex stipulatione duplæ: alias vero si fun-
dus totus venierit aversione, id est, si confuse venierit uno
pretio, pro bonitate partis evictæ, quæ fuit venditionis
tempore æstimatio fit, l. 1. & l. 13. l. 64. §. pen. hoc tit. l. pen.
de edil. edic. l. 4. in fin. de act. emp. Et hoc si agatur ex sti-
pulatione duplæ: nam si agatur ex empto, æstimatio fit
pro bonitate, quæ fuit evictionis tempore, non venditionis,
l. 64. inf. hoc tit. Et ita recte Accursius sentit, qui & prio-
re casu, qui proponitur in hac l. recte ait, veram esse
sententiam Pauli, si agatur ex stipulatione duplæ, nempe ut

quanti jugerum, quod evictum est, venierit, præstetur in
duplum: actione autem ex empto id solum, quod vere em-
ptoris interest. Et hæc quidem omnia locum habent evi-
cta fundi parte certa, ut proposuit initio, id est, parte pro
diviso. Nam evicta fundi parte incerta, id est, pro indiviso,
quæ fusa est ubique per fundum totum, æstimatio fit, non
pro bonitate ejus partis, quæ nulla extat, l. 4. §. ult. de act.
emp. Cum & ejus partis nullum subsit corpus, si nullum
corpus, & bonitas, sive qualitas nulla, non potest esse qua-
litas sine subjecto: pars pro indiviso non est, sed intelligi-
tur: ergo neque qualitas ejus ulla est: eorum, quæ intelle-
ctu percipiuntur nullæ sunt qualitates, sed eorum tantum,
quæ sub sensu cadunt. At evicta parte pro indiviso, æsti-
matio fit pro quantitate, non pro qualitate evictæ partis,
ut ait l. 1. hoc tit, ut si fundi venditi evicta sit quinta pars
pretii pro indiviso, quinta pars pretii duplicabitur, & venit
in stipulationem. Sequitur in hac ipsa l. non committi sti-
pulationem duplæ re evicta emptori, si cum emptori mo-
veretur quæstio dominii, ipse non laudaverit auctorem,
quem laudare, & denunciare poterat, præsentem puta.
Non fit hæc denunciatio recte nisi præsentis, vel procurato-
ri præsentis, l. 55. in fin. l. 56. §. si præsentis, hoc tit. qua de
causa hæc actio, sive denunciatio à Marco Tullio dicitur
actio in auctorem præsentem. Si igitur præsentis auctori
suo emptor non denunciaverit, ut de ea re agenda adesset,
& causam instrueret, non committi stipulationem evictio-
nis nomine: imo illaudatus auctor, neque ex stipulatu,
neque ex empto de evictione tenetur, l. 8. C. eod. tit. l. 1.
C. de peric. & comm. rei vend. quia ut hoc loco Paulus ait,
dolo malo fecisse videtur emptor, qui auctorem non lauda-
vit, quique ideo victus videtur, quod parum instructus es-
set, quodve instrui ab auctore suo noluisse, cujus auxilium
sibi non adjunxit, cum posset adjungere.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. LXXVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXV. de Damno infecto. Trebatius ait, cum etiam
accipere damnum, cujus ædium luminibus officiat.

DE Libro LXXVIII. & ultimo Pauli ad edictum;
habemus tantum leges 25. 27. & 31. de damn. in-
fec. quæ sunt de stipulatione damni infecti, quæ
etiam prætoria stipulatio est: per hanc vicinus vi-
cino stipulanti promittit, quod ædium suarum, vel loci,
vel operis vitio, aut labe damnum datum sit, sive quid
ruat, sive quid scindatur, fodiatur, ædificetur ejus rei no-
mine, quanti ea res erit tantam pecuniam dare, & commit-
titur hæc stipulatio damno dato, quod quidem datur va-
riis modis, & ut ex Trebatio proponitur in l. 25. dari
etiam videtur, si tam alte promissor extollat ædes suas, ut
luminibus stipulatoris officiat, videlicet cum id suo jure
facere non potest: ut puta, cum vicino cessit servitutem,
jus sibi non esse ædes suas altius tollere, & officere lumini-
bus vicini: nam ut in l. seq. ostenditur, si id jure suo facere
potest, ut puta, si eam servitutem vicino non cessit, vel
si cum eam vicino cessisset, postea vicinus eam ille servitu-
tem remiserit, permiseritque altius ædificare, & obstruere
luminibus, officere luminibus suis, hoc, inquam, casu qui
altius ædes suas tollit, & officit luminibus vicini damnum
dare, & ex hac stipulatione teneri non videtur: si Trebatio
objicias, quod Accursius, inutilem, & supervacuum esse sti-
pulationem damni infecti, quo casu damnum alia actione
sarciri potest, quod est certissimum, l. 13. §. de illo, l. 18.
§. ei, cujus, l. 32. & 33. hoc tit. Et in casu proposito, damnum
sarciri posse actione confessoria, id est, vindicatione servi-
tutis, contra quam is, qui ædificavit fecit: quo in iudicio
venit etiam utilitas, quam ex usu servitutis tulisset actor, si
servi-

servitute uti prohibitus non fuisset, l. loci 4. §. in confessoria, si serv. vindic. Ergo & damnum venire luminis amissi, vel imminuti respondebo, & dicam ex l. 13. §. si quis opus, hoc tit. Ei, qui egit confessoria, quamvis præteritum damnum sarciat hoc iudicio, tamen non esse ei cautum in futurum de vitio ædium, vel damno operis futuro. Et ideo præter actionem confessoriam, quæ ad damna futura non spectat, recte eum desiderare caveri sibi damni infecti, quod obtinet etiam in eo, qui egit interdicto, quod vi, aut clam, quod ostenditur in d. §. si quis opus, & in l. Anteus, §. ult. tit. seq. & nihil est præterea, quod pertineat ad l. 25.

Ad L. XXVII. eod. tit. Plures earundem ædium nomine domini singuli stipulari debent sine adjectione partis: quia de suo quisque damno stipulatur: quinimo pars adjecta partis partem faciet. Contra si plures domini sunt vitiosarum ædium: pro sua quisque parte promittere debet, ne singuli in solidum obligentur.

HUjus l. sententia hæc est: Si plures sint earundem ædium domini, quibus ædes vicini vitiosæ imminant, singuli de vicino stipulari debent damni infecti sine adjectione partis, ut suadet Paulus, ex qua ædium domini sunt, quia & non adjecta parte dominica, satis de suo quisque damno stipulari intelligitur, non de damno universo, quod imminet omnibus. Et ideo etiam si partis non fecerit mentionem, in partem tantum quisque suam ex stipulatu actionem habet, l. ex damni 40. §. quotiens, hoc tit. quia nec pluris ejus interest, & actiones non dantur ultra, quam actoris interesse. Ac præterea inventæ sunt stipulationes ad hoc solum, ut quisque consequatur quod sua interest, l. stipulatio ista 38. §. alteri, de verb. oblig. & præterea si pars adjiceretur in stipulatione damni infecti, quia singuli stipulantur ædium communium nomine, veluti si adjiceretur pars tertia, partis partem faceret, hoc est, stipulator partem suam scinderet in partes, & de tertia parte suæ partis stipulari videretur, non de tertia parte totarum ædium. Et ita hunc locum Basilica accipiunt recte, his verbis: *εἰ μὴ τὸ μέρος μνημονεύσονται, δοῦσαν ἐν τῷ ἀποδόντος μέρους αὐτοῦ ἐπιφέρει*: vid est, Si partis mentionem non fecerint singuli in stipulando, videbuntur ex parte sibi competente partem deducere in stipulationem. Itaque ut omnis tollatur ambiguitas, melius est non facere mentionem partis. At ex diversis si plures sint domini ædium vitiosarum, necesse est, ut singuli promittant nominatim pro sua parte, ne in solidum obligentur, si partis mentionem non faciant, quod fit eadem ratione, qua etiam id, quod dixi paulo prius, ut scilicet omnis removeatur ambiguitas: nam & qui simpliciter promittit sine adjectione partis, alias possit videri pro parte sua duntaxat promississe, ut d. l. ex damni, §. quotiens. Alias in solidum pro omnibus, quod & sciens prudensque jure facere potest, maxime, si separatim singuli promiserint: nam si conjunctim simpliciter promiserint, singuli pro portione sua promississe intelliguntur, l. reos 2. §. cum tabulis, de duob. reis constit. nisi aliud actum sit, l. si fundus 16. §. si duo, de pign. & ita hæc l. perspicue explicanda est, omissis, & rejectis Glossis. Paulus Castrensis recte, & hoc quidem solum in ea Paulum nostrum consilium dare, quo utantur ii, qui stipulationem contrahunt, quoque utentes effugiant sermonem ambiguum, qui sæpe lites, & discordias parit.

Ad L. XXXI. eod. tit. Qui vias publicas muniunt: sine damno vicinorum id facere debent.

Ad §. Si controversia sit, dominus sit nec ne is, à quo cautio exigitur, sub exceptione satisfidare jubetur.

Ultima est l. 31. viæ publicæ muniuntur per Curatores viarum electos à Republica, vel ut Varro loquitur, per Viocurios: vel muniuntur per redemptores, qui à Republica muniendas vias conduxerunt certo pretio, vel extra ordinem per tempora possessorum prædiorum proximorum eas munire, aut certam summam ad eas muniendas conferre debent, l. cui muneris 12. de muner. & honorib. Certe qui viam publicam exaravit, aratro proficidit, omnimodo ad munitionem, & refectionem compellitur solus, l. ult. de via publ. & itin. publ. & possessores quidem, qui viam publicam muniunt opere manufacto, ut ait initio hujus l. sine damno vicinorum id facere debent, ex quo sequitur necessario, & de operis vitio vicinis satisfidandum esse damni infecti, l. si finita 15. §. si quid in via, l. fluminum 24. hoc tit. & ita recte Aggenus Urbicus lib. 6. de limitib. agrorum. Iis, qui prope ripam prædia possident, ripæ muniendæ necessitatem incumbere, ita tamen ut sine alterius damno faciat quisque ripam suam munit: quod & Boetius scribit lib. 2. de Geometria: Idemque Urbicus eod. lib. alio loco ex Cassio Longino Jurisconsulto, possessorem, ripam suam sine alterius damno tueri debere. Idem ergo juris est in ripa, & in via.

Ad §. Si controversia. Sequitur in hac l. Si controversia sit, dominus sit necne is, à quo cautio exigitur. Ex hoc edicto extraneus, qui in alieno ædificat, aliquid, unde damnum timeret, satisfidare debet damni infecti, dominum autem ædificantem in suo repromittere satis est: repromittere secundum nostrum idioma, est nudam cautionem præstare sine fidejussoribus, est promittere pure nullo dato adpromissores: satisfidare autem, est dare adpromissores, sive fidejussores. At si dubitetur dominus sit necne is, qui ædificat, à quo exigitur cautio damni infecti, satisfidare jubetur, edicto Prætoris scilicet, l. 7. §. 1. hoc tit. non pure, sed sub hac exceptione si dominus non sit, ut l. 22. §. ult. hoc tit. & hic quidem est finis hujus operis de auctorum nostrorum operibus longe utilissimi, quem Deus dedit, cui sit honor, & gloria.

Librorum autem meorum nondum ullum prospicio finem, nascuntur subinde novi, & more fluentis aquæ, ut unda undam, ita laborem labor supervenit, & vel nunc maxime moventibus, & urgentibus vobis, quibus fidem dedi hoc opere perfecto, me explicaturum titulum de actionibus empti. Et instantibus quoque iis, qui Synodo in hac urbe habita nuper interfuerunt: quibus pollicitus sum, me brevi juri pontificio operam daturum, quod in hac schola filere conquerebantur: & interpretaturum Libro IV. Decretalium, utrisque ut paream, & fidem meam liberem: mihi mens est, ita partiri tempus quadragesimæ, ut dies Lunæ, Martis, & Mercurii impendam juri Civili. dies Veneris, & Saturni, juri Pontificio. Interim dies fere quinque, qui adhuc restant, & publicis prælectionibus debentur ante quadragesimam, sumpto mihi biduo ad requiescendum, consumam in jure Pontificio, & incipiam die Veneris lib. 4. Decr. tit. 1. de Sponsalibus, & Matrimoniiis.

Absolutum est opus xi. Kal. Mart. Anno Domini 1585. 19. Feb.

Finis Libr. Pauli ad Edictum.

JACOBI



JACOBI CUJACIJ J.C.

OPERUM POSTUMORUM AD JULIJ PAULI JURISCONSULTI

Libros Quæstionum XXV.

Anno 1588.

Ad Librum Primum Quæstionum Pauli, RECITATIONES SOLEMNES. IN NOMINE JESU.

Ad L. LXXXVIII. de Acquir. vel omitt. hered. Gerit pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium. Vnde & si domum pignori datam, sicut hereditariam, retinuit: cujus possessio qualis qualis fuit in hereditate: pro herede gerere videtur. Idemque est, & si alienam rem, ut hereditariam possedisset.



NON incipiam à pusilla quadam lege, & parvi momenti, quæ primæ sese offert in Digestis ex lib. 1. Quæst. Julii Pauli, sed à lege 88. de acq. vel omitt. her. quæ est celeberrima. Hæc lex est de eo genere acquirendæ hereditatis, quod pro herede geritio, sive pro herede geritio vocatur. Quo genere extranei, id est, qui non sunt in potestate, & familia, cujus de bonis agitur, sibi delatam hereditatem acquirunt: extranei, inquam: Nam necessarii, vel sui, & necessarii heredes non acquirunt ipsi per se hereditatem, sed per legem eis acquirunt, & obvenit etiam invitis, & ignorantibus, tam ex testamento, quam ab intestato; & ex testamento etiam clausis tabulis testamenti, & non suo facto, non voluntate sua, sed legis potestate heredes existunt, vel ut Græci ἀναγκαστικοί, illico apparent, l. ult. §. fin. vero, C. de cur. fur. dan. & statim atque à vita excessit parens, vel dominus, in cujus potestate sunt, ipso jure heredes deprehenduntur, l. pen. §. pen. inf. de bon. libert. Extranei autem non existunt, sed sunt heredes, vel adeundo, vel cernendo hereditatem, qui actus sunt solemnes, & legitimi, id est, ex 12. tab. laclius, de regul. jur. vel pro herede gerendo, vel nuda voluntate amplectendæ hereditatis. Qui duo posteriores actus non sunt legitimi, ut duo priores, qui per eminentiam legitimi

A dicuntur, à quibus hi duo posteriores longe distant: sed legitimi tamen sunt, quia & jure civili proditi sunt: ut prætorium jus, & constitutum jus, jus est legitimum, quod tamen longe distat ab eo, quod per eminentiam jus legitimum dicitur, l. si in adoptionem, in fi. inf. de bon. poss. cont. tab. At hoc loco Paulus tractat de eo, qui se pro herede gerendo, pro herede agendo, acquirat hereditatem. Et gerit, inquit, pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil hereditarium attingat. An hoc vult Paulus, animo solo agnoscere hereditatem, an animo solo quem videri se pro herede gerere, etsi ex hereditate nihil usurpet, vel attingat? At hoc si vult Paulus, duo, quæ fecit genera acquirendæ hereditatis, §. ult. de hered. qualit. & differen. nempe pro herede geritionem, & nudam voluntatem suscipiendæ hereditatis: Hoc, inquam, si vult Paulus hoc loco, ea duo genera non sunt duo, & tamen duo esse diversa satis constat. Nam nuda voluntate hereditas acquiritur sine facto ullo, solo animo, qui scilicet quibuscumque verbis declaratur citra formulam ac solemnitatem ullam. Pro herede autem geritio factum aliquod exigit, ut in l. 20. sup. hoc tit. quum dicitur pro herede gerere, quod ibi Græcis est ἐγγράφῃ καὶ τῷ κληρονομησίᾳ, non esse tam facti, quam animi, quoniam adverbium magis, quod in ea oratione deficit, exaudiendum, & accipiendum est comparate, non simpliciter sive δετικῶς, ut satis demonstratur in l. 20. in geritione pro herede, duo concurrere debere, factum & animum. Quid est igitur, quod Paulus ait hoc loco, gerere pro herede eum, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium? Sciendum est, hanc Pauli definitionem non esse generalem, & adminiculandam esse subintellecto articulo interdum ex l. 21. §. 1. hoc tit. Quæ lex posito eodem exemplo, quo hic Paulus utitur, ut puta, si re non hereditaria quasi heres utatur, ait, interdum solum animum obstringere hereditati, id est, se pro herede gessisse videri eum, qui animum habuit se gerendi pro herede, licet nullam rem hereditari-

ditariam attigerit. Et mihi videtur, hoc loco non inepte A posse comparari possessioni geritionem pro herede. Possessio est facti, & animi, hæc sunt verba l. 1. §. Scævola, si quis testam. liber esse iuss. fuer. Et ideo possessio non acquiritur, nisi corpore, & animo, l. quemadm. de acquir. possess. Interdum tamen, & solo animo adquiri videtur, nec tamen omnino acquiritur solo animo, ut in specie legis quarundam, de acquir. possess. si emerim struem, sive acervum lignorum, quæ me venditor tollere jubeat, ego non tollam, sed ei custodem opponam, ne quis ligna surripiat, aut summutet, videor animo solo adquisisse possessionem, quoniam mihi ligna tradita non sunt. Et tamen (ut eadem l. ait in fine, sic enim est legendum) corporis quodam genere possessio mihi adquisita videtur, id est, non animo, vel adfectu solo, sed & corporis quodam genere, apposito custode nimirum. Potest enim possessio adquiri B non tantum nostro, sed & alieno corpore: & custodi, quem apposui, à venditore traditus acervus videtur. Ad eundem modum pro herede gestio est facti, & animi, d. l. 20. sup. Et interdum licet videatur solo animo occupari, ut si quis re non hereditaria quasi heres utatur, tamen factum ejus aliquod intervenit, quia re utitur, quam hereditariam esse putat re ipsa, solo animo gerit se pro herede, quia rem hereditariam nullam attingit opinione sua, non solo animo, sed & attractu rei, quam putat esse hereditariam. Et observa quibus gradibus processerit ratio adquirendæ hereditatis. Primum non potuit adquiri hereditas, nisi actu solemnium, puta per cretionem, aut aditionem hereditatis, verbis solemnibus, & legitimis, & superstitionibus multis præsentibus, adhibito etiam symbolo, puta percussione digitorum, & apprehenso corpore aliquo hereditario. Postea cœpit adquiri hereditas herede aliquid faciente heredis animo, citra solemnitatem ullam, hoc est, herede se gerente pro herede, quod quidem facit, si quid faciat quasi heres. Quod & in l. 22. sup. hoc tit. est pro domino administrare, pro domino facere aliquid, & in l. 78. dominationem suam interponere. Aditione, vel pro herede gestione dominium acquiritur omnium rerum hereditarium, & sine possessione, l. si ager, de rei vindic. Et inde Paulus 4. Sentent. pro herede gerere, est destinatione futuri domini aliquid ex rebus hereditariis usurpare. Veteres heredem pro domino appellarunt, & ita jamdiu notavi in l. hereditate, §. pater, de cast. pec. heredem accipi pro domino, non pro successore universi juris, illo loco, non tamen, si ut heres, vivo filio vindictam servo imposuit. Et quod nondum notavi, etiam in l. sed etsi quid, §. D si operas, de usufr. illo loco, profecta ad heredem, redibit ad fructuarium. Species est aperta: servus fructuarius locavit suas operas, & certum aliquid stipulatus est: stipulatio acquiritur fructuario, non proprietario, sive domino, & si forte finiatur usufructus capitis minutione, qui tamen repetitus fuerit, si (inquam) finiatur capitis minutione, & mox restituitur, redintegretur, stipulatio illa ambulabit, & profecta ad heredem, id est, dominum, sive proprietarium statim, ut finitus est usufructus capitis deminutione, mox redibit ad fructuarium. Ad extremum vero obtinuit etiam hereditatem adquiri posse nuda destinatione animi. Denique & adire, & pro herede gerere, quem posse nuda voluntate patefacta quocunque verbo, d. §. ult. de hered. qualit. & diff. l. si avia, C. de jure delib. At olim non videbatur pro herede gerere, vel adire, E nisi qui aliquid faceret quasi heres. Neque hoc satis erat: nam & hæc exigebatur, ut id faceret, quod & quasi heres facere posset. Quod declaro ex l. 20. §. si quid tamen, hoc tit. Species est aperta. Si filius quasi heres operas petat à liberto paterno, non videtur se pro herede gerere, Cur? quia non quasi heres eas operas petere potuit, sed quasi filius. Nam operæ, quæ patrono debentur, non transeunt ad heredem, nisi sint præteritæ, id est, nisi jam patrono deberi cœperint, vel nisi eas jam patronus petierit, priusquam vita decederet: quo casu translatio iudicii datur etiam heredi extraneo, ut est legendum in l. si operarum, de oper. libert. At futuræ operæ, quas defunctus nondum indixerat, non transeunt in heredes: transeunt quidem in

liberos patroni, sed ut liberos, non ut heredes, l. cum patronus, & l. si operarum, de oper. libert. Liberis etiam non heredibus competit operarum petitio, modo non sine exheredati, sed se abstinerint ab hereditate: nam non ideo minus potuerunt consequi operas à liberto paterno, sed jure liberorum, quia & hereditatem omiserunt, vel si hereditatem non omiserunt, & eam petierunt quasi heredes, non ideo videntur se heredes gessisse, quoniam heredes eas petere non possunt. Itaque ut videatur heres se pro herede gessisse, necesse est, ut id fecerit quasi heres, quod & heres facere potuerit. Et ita est explicandus d. §. si quid tamen. Porro exempli propositi in d. l. 21. §. 1. ut si re non hereditaria utatur quasi heres, videatur animo solo se gessisse pro herede, hujus, inquam, exempli in hac lege duæ proponuntur species. Prior hæc est, si heres attingat, & retineat domum defuncto pignori datam, existimans esse hereditariam per errorem, non attingit rem hereditariam, quia pignus non est in bonis creditoris, sed ex bonis creditoris, id est, ex substantia ejus, l. 2. §. in hac actione, de vi bonor. rapt. Et tamen se pro herede gerere videtur, quia non tam spectandum est quid faciat, quidve attingat, quam quo animo faciat: si rem non hereditariam attingat quasi heres, pro herede gessisse, & consequenter se oneribus hereditariis obligasse videtur. Nam pro herede geritio, sive aditio est quasi contractus, ex quo nascitur obligatio, l. 3. quibus ex caus. in poss. nimirum quia ea conditione adire intelligitur, vel pro herede gerere, ut subeat onera hereditaria, vel suscipiat actiones creditorum hereditarium, l. 38. hoc tit. Igitur pro herede gerere ait Paulus hoc loco, cum, qui domum pignori datam, sicut hereditariam retinuit, cujus qualis qualis possessio fuit in hereditate. Quæro quid his verbis significatur, Qualis qualis possessio fuit in hereditate, pignoris possessio qualis qualis, quid hoc est? An hoc dicit, pignus, vel pignoris possessionem penes creditorem non fuisse quamdiu vixit? Minime. Certum est enim pignoris possessionem penes creditorem esse, l. per servum, de acquir. rer. dom. quia debitor ei possessionem suam celsit, & dominium nudum retinuit, non possessionem, l. cum & sortis, §. pen. de pignor. act. Pignoris igitur possessio non est penes debitorem, l. si pignus, eod. tit. Vacat igitur possessio civilis ejus rei, id est, nemo est penes quem sit possessio civilis: nam quæ penes creditorem est possessio, naturalis est, seu corporalis. non civilis, l. 3. §. ult. ad exhib. l. debitor, §. ult. de pignorat. act. Non est civilis possessio, quia non jure domini pignus possidet, sed jure constituti pignoris, justa est possessio, sed naturalis, non civilis est. Civilis est, quæ possidetur jure, aut veluti jure domini, animo, opinione, cogitatione domini, l. si servus, §. 1. de nox. act. l. pen. C. de furt. Naturalis autem est, quæ alio jure possidetur. Non est igitur verum, quod Accursius scripsit hoc loco, pignus à creditore possideri civiliter, & naturaliter, quia naturaliter possidetur tantum. Quod tamen attinet ad ea verba, Cujus possessio qualis qualis in hereditate fuerit. Accursius ea verba percepisse videtur, quia in ea verba adducit l. 1. §. Scævola, si quis testam. lib. esse iuss. fuer. ex qua intelligitur, hæc verba Pauli esse accipienda de hereditate jacente, id est, non adita, vel adquisita ei, cui delata est, quæ nullius in bonis est, l. 1. §. 1. de rer. divis. l. denique, §. quæsitum, quod vi, aut clam. Hereditas, quæ jacet, possessionem non habet, possessio ejus qualis qualis est, non possessio, d. §. Scævola. Possessio enim est facti & animi, & facti, vel animi capax non est res incorporea, qualis est hereditas. Eo enim nomine significatur jus, non corpus. His igitur verbis significatur Paulus possessionem in hereditate non fuisse, quia etsi interim habeatur pro domina, d. §. quæsitum, non possidet tamen. Et ita in l. 6. §. Aristo, quod vi, aut clam, qui precario in fundo moratur, qui certe non possidet, l. 6. §. is, cui, de precar. dicitur qualiter possidere, id est, non possidere. Et eodem sensu hoc loco, qualis qualis possessio esse in hereditate, quia certe hereditas non possidet, nec per naturam possidere potest.

telt, quæ abstrahitur intellectu; nec sensu percipitur, quia corpus non habet. Ergo nec facere quicquam potest, nec animo quicquam apprehendere, quo caret. Et hac ratione receptum, hereditati furtum non fieri, *l. hereditariae, de furt.* Quid enim est furtum? *Possessionis interversio.* Nulla autem est possessio in hereditate, quæ interverti possit: ergo hereditati furtum fieri non potest. Eademque ratione jus illud singulare esse dicitur, quo comparatum est, ut cœpta usucapio à defuncto, etiam jacente hereditate compleatur, *l. nunquam, §. pen. l. captam, l. iusto, §. nondum, de usurp. & usucap.* Quo genere fit, ut incipiat quidem usucapio à possessione, & ea quidem civili, compleatur autem etiam sine possessione, quia morte possessoris interruptitur, sicut evenit in re pignori data, quam debitor cœperat possidere, & usucapere: nam & si eam desinat possidere, ut certe definit re data pignori, tamen usucapio ejus rei compleatur, *l. i. §. per servum corporaliter, de acquir. poss. l. servi nomine, de usur. & usucap.* Et quod dicimus, hereditatem jacentem non possideri, huic sententiæ nihil obstat *l. qui à servo, de oblig. & act. cum qua consentit d. §. nondum.* Nam (ut breve faciam) ex causa peculiari tantum hoc jure singulari receptum est, ut per servum hereditarium possessio hereditati adquiri fingatur, licet reapse non adquiratur: sicut & ex eadem causa peculiari, jure singulari receptum est, ut ignorantia domino possessio adquiratur. Alioquin non nisi sciens acquirit possessionem, *l. si emptam, de usurp. & usucap. l. peregre, §. quæsum, de acquir. poss.* Posterior species ea est. Si rem alienam, quam defunctus bona fide possidebat ut dominus, cuius etiam possessio qualis qualis fuit in hereditate, heres cum existimaret rem hereditariam, attingat ut hereditariam. Nam & hoc casu solo animo gerit se pro herede, cum nihil attingat hereditarium. Denique in hac lege duæ proponuntur species, in quibus evenit, ut heres, qui re non hereditaria utitur, se obliget hereditati, & æri alieno, quasi se pro herede gesserit. Prior species est de re à defuncto possessa naturaliter, id est, de pignore: posterior species est de re à defuncto possessa civiliter. Nam bonæ fidei possessor, qui rem nactus est à non domino ex iusta causa, civiliter possidet, nempe animo domini, & verus dominus si rem subripuerit, ei tenetur furti actione, quia intervertit possessionem ejus civilem, *l. cum æs, §. ult. & l. qui injuriæ, §. ult. de furt.*

Ad L. XXXVII. de Legibus, & S.C. Si de interpretatione legis quærat: in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset. Optima enim legum interpretis consuetudo.

In hac lege Paulus ait, si de interpretatione legis quærat, in primis inspiciendum esse, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset. De lege municipali loqui videtur. Si vis scire quis sit sensus cujusque legis municipalis, observa, quemadmodum ea lege municipium, sive civitas retro usa fuerit in ejusmodi casibus. Basil. ἐπι τῶν ὁμοίων προσώπων, τε ἃ πρῶτα, id est, in similibus personis, & rebus, in similibus controversiis. Usus enim est interpretis legum. Optima, inquit, legum interpretis est consuetudo. Cui sententiæ par illa est Appii Claudii apud Dionysium Halicarnasæum libro 7. παντος ἀφρονόβητος μέντι δικαίαι κριτήριον ἢ αὐτῶν καὶ ἀλλοτρίων ὁ χροῖος, & κριτήριον καλλίστον vocat, quod Paulus optimum interpretem, & χροῖον, quod Paulus consuetudinem. Nihil enim aliud est consuetudo, quam usus longi temporis, vel ut ait *l. 35. hoc tit.* observatio plurimorum annorum. Idem etiam Callistratus scripsit lib. 1. suarum quæstionum, ut subjicitur in *l. prox. quæ in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiuntur* duos constituit interpretes, consuetudinem, & res judicatas, sive auctoritatem rerum judicatarum. Et consuetudinem intellige perpetuam, id est, non interruptam, non intervallatam, ut in *l. 6. §. 1. quod cujusque universi.* consuetudinem semper observatam, ut ait *l. sine herede, §. Lucius, de administ. tutor.* & ita res judicatas perpetuo, ut ait *l. prox. perpetuo,* & similiter dirimere ambiguitates legum, non res aliquando judicatas. Nam ut Cic. ait *l. de Invent. Nunquam afferre oportet solitarium aliquid, aut rarum judi-*

atum, & *l. nemo judex, C. de sent. & interlocut.* In pronuntiando iudices non debere sequi exempla rerum non rite aliquando judicatarum, nec si à Principibus judicata sint, vel à præfictis prætorio, qui dicuntur obtinere apicem dignitatum omnium, quod sit legibus, non exemplis judicandum. Itaque eas tantum res judicatas vim legum obtinere ait *l. prox. &* optimas esse legum interpretes, quæ perpetuo, & constanter eodem modo judicatae sunt: ex usu perpetuo, & tritura fori eadem sumi interpretationem legum, vel dirimi ambigua legum. Perpetuo, inquit, non raro: &, similiter, non varie: nam quod varie judicatum est, vim legis non obtinet, ut in hac quæstione, an fideicommissum hereditatis relictum coheredibus, inter eos dividatur pro virilibus portionibus, an pro hereditariis, quod ait *lex nonnunquam, ad Trebell.* varie judicatum fuisse, nullum momentum adfert, vel jus nullum constituit. Consuetudo in primis spectanda est, ut ait Paulus, deinde vero auctoritas rerum perpetuo, & similiter judicatarum.

Ad L. XV. de In jus voc. Libertus adversus patronum dedit libellum, non dissimulato se libertum ejus esse: an si ad desiderium ejus rescribatur, etiam remissa edicti pœna esse videatur? Respondi: non puto ad hunc casum edictum prætoris pertinere: Neque enim qui libellum principi, vel præfidi dat, in jus patronum vocare videtur.

Certum est, ut parentem à liberis, ita patronum, cui æque debetur reverentia à libertis, non posse in jus vocari sine venia, & permisso prætoris, quia sancta eorum persona his videri debet. Vocanti adversarium in jus, non erat olim necessaria venia prætoris, sed cui erat negotium cum aliquo, is solus per se jubeat se adversarium sequi in jus, aut non sequentem trahebat invitum, & rapiebat in jus, ob torto collo ni satisfacere iudicio silli. Quo genere, debita reverentia patrono non patitur, ut à liberto patronus in jus vocetur sine speciali permisso. Prætoris, alioqui in libertum, qui aliter patronum in jus vocaverit, patrono est actio pœnalis in factum in 50. aureos, *l. 12. l. pen. hoc tit.* vel (ut in edicto arbitror fuisse perscriptum) in 50. millia sestertium his fere verbis: *Qui adversus ea fecerit, & quem in jus vocavit, 50. millia sestertium dare damnus esto.* Nam constat Justinianum ubique in edictis, & legibus rationem sestertiarum mutasse in aurariam. Hæc autem actio, quæ ex edicto patrono datur, quem sine venia prætoris libertus traxit in jus, annua est. Patrono enim non datur post annum: non datur etiam heredi patroni, nec in heredem liberti. *l. pen. hoc tit.* quia ex tantum actiones pœnales dantur heredi, quæ ex delicto proficiuntur, quo factum est, ut aliquid abesset ex patrimonio defuncti, ut furto, & rapina, aut damno injuria dato, actio furti, aut vi bonorum raptorum, actio leg. Aquiliæ, quæ omnes pœnales sunt, in heredem actoris transferuntur. Denique hæc actiones pœnales, sive fuerint privatæ, sive populares, dantur heredi ejus, cuius interest, ad quem eo minor hereditas redit, *l. 1. §. ult. de iis, qui deject. vel effud. l. 1. iit. prox. l. ult. de popul. act.* Actiones autem privatæ, quæ pœnæ nomine dantur, non ex causa imminuti patrimonii, sed ex causa imminuti honoris, imminutæ dignitatis, vel libertatis heredi non competunt, velut actio injuriarum, quæ vindictam persequitur, non pecuniam ablatam, quæ (ut ait Cicero) dolorem imminutæ libertatis iudicio, pœnaque mitigat: Et similiter Valentinianus in *Nov. de libertis, & successoribus eorum,* quæ agit causam doloris, actio injuriarum heredi ejus, cui facta est injuria, non competit, quia nihil hereditati abest. Eiusdem generis est actio de moribus in conjugem, quæ etiam vindictam persequitur, non pecuniam: & ideo heredi non competit, *l. rei judicatae, §. ult. D. sol. matr.* Et actio ingrati, quæ donatori adversus donatarium ingrati competit, & ideo non transmittitur in heredem donatoris, *l. 7. C. de revoc. don.* Eiusdem generis est actio, qua de agitur in hoc tit. quæ patrono datur ex causa imminuti honoris sibi à libertato debiti, quod invitus tractus sit in iudicium sine venia prætoris: Nam hæc actio etiam vindictam persequitur, non pecuniam, & ideo heredi non competit. Quam ratio-

nem

nem etiam reddit Theophilus nominatim in §. *non autem*, A *Instit. de perp. & temp. action.* Non est omittendum, libertum, qui patronum in jus vocavit sine venia, si conveniatur hac actione, & solvendo non sit, si non habeat unde inferat 50. aureos, remitti ad præfectum urbi, qui in urbe omnia crimina sibi vindicat, id est, cognitionem omnium criminum, ut scilicet quasi inofficiosus litigator fustibus coerceatur, *l. ult. hoc tit.* secundum id quod generaliter de pœnis proditum est, ei esse indicendam extraordinariam coercionem, cujus egestas pœnam pecuniariam eludit, *l. 1. §. ult. de pœn. l. pen. C. de ædific. privat.* ut quemadmodum ait Cassiodorus 9. variarum, reddat debitum pœnis, quod non potest compensare pecuniis. Et lib. 10. ut corporali supplicio pœnam luat, quæ non potest pecuniariæ satisfactioni sufficere. Et Ambrosius serm. 78. ut qui redditioni substantiæ satisfacere non potest, satisfaciatur punitione corporis. Et ut ait *d. l. ult. eo casu libertus fustibus castigatur, quasi inofficiosus litigator, eo scilicet superdicto à præcone, dum fustibus cæditur: Noli inofficose litigare, quod est, noli impie, & irreverenter litigare, ut in l. 7. de jure patronat. & in ultima declam. Quintilian. à piratis dimissum, inquit, à fortuna, ò te, liberte inofficiosum reduxisti? non ad imagines, sed ut propius amissam dignitatem aspiceret.* His cognitis videamus, quid quærat in hac lege. Hoc quæritur, an pœna hujus edicti teneatur libertus, qui patronum quidem non vocavit in jus, sed adversum patronum libellum supplicem principi obtulit. Libellum hoc loco accipere oportet pro libello supplici, pro libello precum, quod postea desiderium vocat: nam desideria in jure sunt preces, *l. 2. C. de err. advocator. l. epistola, §. ult. D. de pact.* Quæritur ergo, an libertus, qui adversum patronum principi porrexit libellum precum, eo non dissimulato, se ejus libertum esse, si ad desiderium ejus rescripserit princeps, an ei remissa videatur pœna edicti? Quæritur primum, an incidit in pœnam edicti dato libello, & an principe rescribente ad libellum, remissa ei videatur pœna, in quam incidit? Et Paulus ait, hoc postremum, quod dixi, frustra quæri, an remissa videatur edicti pœna, quia sive rescribat princeps ad libellum ejus, sive non, certum est, eum, qui libellum principi, vel præfidi dat, in jus vocare patronum non videri. Non remittitur pœna, in quam non incidit, sicut non liberatur obligatione, qui in eam non incidit, *l. decem, de verb. oblig.* Et similiter non remittitur pœna, quæ commissa non est. Et breviter hoc docet Paulus, libelli dationem non haberi pro vocatione in jus, ut in *l. quæstum, ad Senatusc. Turp.* libelli dationem non haberi pro accusatione: si quis libello principi dato comminatus sit, se aliquem falsi accusaturum, nec postea accusarit, in pœnam Senatusconsulti Turpilliani non incidisse, quia nec accusationem instituisse intelligitur. Denique libelli datio neque pro vocatione in jus, neque pro accusatione, imo nec pro litis contestatione cedit. Et ratio differentiæ inter vocationem in jus, & libelli dationem, cur impune libertus libellum det principi, vel præfidi adversum patronum sine venia prætoris, & non impune tamen vocet eum in jus sine venia, evidentissima est, quia qui libellum porrigit adversum patronum, non trahit patronum, non rapit invitum. At qui in jus vocat patronum, si volentem quidem, hoc impune fecerit, nihil est certius, *l. 1. hoc tit.* At invitum trahere, & rapere in jus obtorta cervice, non potest sine contumelia verecundiæ patronalis. Verum huic responso Pauli obstat *l. 1. C. quan. lib. princ. dat. pro lite contest. hab.* quæ ostendit aperte, libellum datum principi pro litis contestatione haberi. Verum nihil est quod tam facile expediri possit. Non est generalis definitio ejus legis, non hoc generaliter statuit, libelli dationem pro litis contestatione esse, sed generaliter ea sententia falsa est, specialiter vera, videlicet in causis præscriptionum interrumpendarum tantum, videlicet in hoc, ut datione libelli, & rescriptione principis (nam utrumque requiritur) perinde atque litis contestatione actiones perpetuentur, ne adversus eas præscriptio temporalis currat: & non omnes tamen actiones, ut definit *l. 2. ejus tit.* sed prætoriarum tantum, quæ sunt annales, non etiam civiles, aut prætoriarum, quæ vivunt longiori tempore, *d. l. 2. & l. 3. C. de præscr. 30. ann.*

Tom. II. Post.

& non libello dato præfidi, sed libello tantum dato principi, ad quem etiam rescripserit princeps. Postremo obstat etiam huic responso quodammodo *l. si quis major, C. de transact.* ex qua contra transactionem injuratam, facere intelligitur, qui libellum dat principi, desiderans sibi permitti ab ea transactione discedere: qua ex causa statim incidit in pœnam, de qua convenerit, & rem amittit, & infamia notatur. Hæc est vis juratæ conventionis. Alioquin pœna tantum, de qua conventum est, committeretur, non etiam res amitteretur, non fama læderetur. Hæc est vis jurisjurandi, quod id etiam efficit, & est valde singulare ex Leonis Nov. 72. ut pactio nuda, quæ regulariter non parit actionem, sed exceptionem tantum, ut inquam, pactio nuda, quæ est confirmata jurejurando, pariat actionem.

Ad L. XXXIV. de Neg. gest. Nefennius Apollinaris Julio Paulo salutem: Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque avia, heredes conveniebantur à nepotis heredibus negotiorum gestorum actione. Reputabant heredes avia alimenta præstita nepoti. Respondebatur, aviam jure pietatis de suo præstitisse: nec enim, aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent. Præterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posses alimenta, quæ pietate cogente de suo præstitisset, repetere: ex contrario dicebatur, tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur, at in proposito aviam, quæ negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse: tractatum est, nunquid de utroque patrimonio erogata videantur: quæro, quid tibi justius videatur? Respondi: Hæc disceptatio in factum constituit. Nam & illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim, si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum, aut tutores ejus conveniret? pone peregre patrem ejus obijisse, & matrem, dum in patriam reveritur, tam filium, quam familiam ejus exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem D. Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo aviam, vel heredes ejus audiendos, si reputare velint alimenta: maxime si etiam in rationem impensarum ea retulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.

Species & quæstio hujus legis Paulo proposita fuit à judice Nefennio Apollinari quodam, apud quem de ea varie disceptabatur, cujus judicis sunt, & aliquot aliæ consultationes ad Paulum immixtæ in hisce quæstionum libris. Et est species hujusmodi: Avia nepotis negotia gessit: & in negotiis nepotis gerendis, ei alimenta exhibuit. Utrisque defunctis avia, & nepote, heredes nepotis agunt cum heredibus avia directa actione negotiorum gestorum, ut actus, quem avia administravit, rationem reddant, reliqua restituant: & si quid dolo, aut culpa avia gesserit, id quoque restituant, *l. 2. hoc tit.* In hoc intenditur actio negotiorum gestorum. Illi non recusant actionem pati, sed desiderant reputari prius alimenta, aut impendia, quæ avia fecit in alimenta nepotis, ut his impendiis deductis eo minus restituant, *ils veulent rabatre cela.* Denique desiderant ante omnia deducere impendia alimentorum, quo facto, dicunt se esse paratos restituere id, quod supererit ex actu gesto ab avia. Quæritur, an ea alimenta heredes avia possint reputare heredibus nepotis? Hæc de re varie disceptabatur, ut dixi, in auditorio Nefennii Apollinaris. Heredes nepotis iidemque actores dicebant, ea alimenta, quæ avia nepoti præstitisset, neque reputari, neque repeti posse, quia ea præstitisset de suo, pietatis jure, pietatis gratia, sive respectu, ducta avita affectione, & charitate sanguinis, animo donandi, munere pietatis fungens, non hoc animo, quasi ea receptura. Cujus pietatis argumentum est, quod non desiderasset nepoti à prætore alimenta decerni: ut in his causis fieri solet, *l. 2. & 3. ubi pup. educ. deb.* Nec vero ulla decreto prætoris alimenta nepoti decreta essent: nam si avia voluisset ea alimenta præstari de re nepotis, quam administrabat, non de re sua, ut in rationibus reddendis justam haberet causam ea repetendi, curasset ea à prætore decerni, quod cum non

K k k

face-

fecerit, pietatis munere sancta videtur, id est, ea erogasse de suo, & nepoti donasse videtur. Ergo, neque reputari possunt nepoti; vel heredibus nepotis, nec repeti ab eis. Cui non datur reputatio, multo minus datur repetitio: cui non datur exceptio, multo minus actio. Proferebant etiam heredes nepotis constitutionem Divi Marci, & constitutionem D. Severi, quibus constitutum est, non posse matrem repetere, quod urgente pietate de suo impendisset in alimenta filiorum, vel in disciplinas, vel in petendis tutoribus, vel in suspectis tutoribus removendis, *l. 1. C. eod. tit. l. 5. §. si mater, inf. de lib. agnosc.* Denique matrem non posse ea impendia à filiis repetere. Imo & si mater dotem pro filia dederit, ultro pietate ductas & affectione materna, eam à filia repetere non potest. Imo nec à genero, etiamsi eam dederit ex falsa causa, puta cum putaret, se eo nomine obligatam esse, eam repetere non potest à genero conditione indebiti, quia pietatis causa, etiamsi ei adjuncta sit opinio falsa obligationis, inhibet conditionem indebiti. Quod pietatis causa datur, quod donatur, non potest repeti conditione indebiti, *l. cum is, qui, §. ult. inf. de condit. indeb.* In qua pro mulier, videtur legendum, mater. Ea igitur mater expensa adfectioni suæ ferre debet, non filiorum bonis alimenta, quæ eis præbuit, ut constitutum est in matre. Idem vero non invenitur constitutum in patre, ut alimenta filiis erogata repetere, vel reputare non possit. Cur idem non invenitur constitutum in patre? quia nimirum in patre hoc erat certissimum, qui ea debet filiis omnimodo præstare jure naturali, etsi filii non sint in ejus potestate, *l. 5. in princ. de liber. agnosc.* Pietas naturalis patrem obligat præstandis alimentis. Imo & præstandæ doti, *l. qui liberos, de jur. dot.* Qua de causa in ponenda ratione l. Falcidæ dos deducitur æris alieni loco, *l. 9. de leg. 2. l. mul. §. cum proponeretur, ad Treb. Nov. 39.* At mater alimentis præstandis, aut doti præstandæ obnoxia non est, si liberi patrem habeant, *d. l. 5. §. idem in liberis, & §. si mater, l. neque mater, C. de jur. dot.* Patris eæ sunt partes, non matris: liberi sunt onera matrimonii, quæ sustinet pater, non mater, *l. si filia, §. si filiusfam. D. famil. erisc.* At si mater ultro, pietatis respectu alimenta filiis præstiterit, vel dotem filiarum, non est repetitioni locus, aut reputationi. Quod de matre diximus, idem obtinet in avunculo, qui pietatis causa sororis filiarum alimenta præbuit. In patruo, qui fratris filiarum pietatis causa alimenta præbuit, *l. ex duobus, §. ult. hoc tit.* Imo vero idem obtinet in quolibet extraneo, si alimenta præbuit *διαδέσει χάριστιν, & ἀπονητὴν λογισμῶν*, ut Græci ajunt ad *l. 1. C. eod. tit.* qui & finem hujus legis de extraneo accipiunt: & confirmatur valde eorum sententia *l. is, qui amicitia, inf. hoc tit.* quam breviter explicemus. Si quis extraneus amicitia paterna ductus, quam scilicet exercuit cum patre pupillorum, aliquid impenderit in petendis tutoribus, vel in tutoribus datis, ut suspectis postulandis: nam & hæc lis non agitur sine sumptibus, & ad hanc litem admittuntur quilibet extranei, qui ducuntur pietatis adfectione, *l. 6. C. de suspect. tut. & amicitia parentum defunctorum*, ut ait *l. 2. inf. qui pet. tut. poss.* An igitur si quis extraneus amicus parentum, ut pupillis de tutela prospiceretur, aliquid impenderit, id ab eis repetet quasi negotio eorum gesto? minime: quia id gessit non repetendi animo, sed amicitia, & pietatis gratia. Et ita *d. l. is, qui ait*, declarari constitutione D. Severi, id est, *d. l. 1. eod. tit.* Ex quo apparet in *d. l. 1.* affectionem domesticam accipi etiam pro ea, quam extranei habent erga familiam, vel domum aliquam. Et his quidem rationibus freti heredes nepotis dicebant, sibi reputari non debere impensas, quas avia fecisset in alimenta nepotis, & exemplum matris debere trahi ad aviam, quæ & matris locum obtinet. Ex adversa parte dicebant heredes aviarum, id in matre fuisse constitutum, cum probaretur, aut liqueret matrem de suo filium aluisse. In specie vero proposita verisimilius esse, aviam de re ipsius nepotis eum aluisse, & exhibuisse, non de re sua. Mulieres enim cæteras extra matrem parcas esse donandi, rara esse beneficia mulierum, ut Menander ait, *ἐκ ἐν γυναικὶ φέρει πλείστη χάρις*: matris affectum superare omnem alium affectum. Superadjiciebant

heredes aviarum, quod de matre est constitutum, non esse perpetuum: non si mater testibus presentibus, vel scripto protestata sit, se filium alere, ut aut ipsum, aut tutores ejus postea conveniat, & ab eis recuperet impendia alimentorum: quæ protestatio tollit donandi causam, declarat animum matris, tollit quæstionem omnem, ut in *l. 14. §. sed interdum in fine, de relig. l. 3. §. cum inquilinus, uti possid.* non etiam locum esse supradictis constitutionibus in hac specie: si absente patre mater filium, & familiam omnem mariti aluisset suis sumptibus, interim dum maritus peregre rediret, & is forte non redierit, sed peregre diem suum objerit: Nam hoc casu matri sumptuum repetitio competit, quia clarum est, eam habuisse animum eos sumptus à marito repetendi, cum salvus sospesque peregre domum redisset. His igitur duobus casibus matri in filium est actio negotiorum gestorum ad repetendos sumptus factos in alimenta filii. His rationibus ex utraque parte propositis in consilio judicis, adfessores alii dicebant, aviam alimenta præbuisse de suo pietatis causa, nec posse ea reputari nepoti, vel heredibus ejus, ea aviam debere expensa ferre suæ pietati. Alii autem dicebant, aviam alimenta præbuisse de re nepotis, & hoc esse verisimilius: ac proinde eam nepotem, vel heredes ejus patrimonio nepotis expensa ferre debere. Erat & tertia sententia, quam rejicit Paulus, dicentium, ea alimenta erogata videri, de patrimonio utriusque, aviarum scilicet, & nepotis: atque ideo partem esse imputandam aviarum pietati, partem bonis nepotis, quæ fuit valde nova sententia. In hac varietate consultus Paulus à judice respondit, hanc disceptationem in facto consistere, id est, quæstionem, rem facti, non juris: in causa, in facto jus esse positum, ut ait *l. si ex plagis, §. in clivo, inf. ad leg. Aquil.* implicitam facto quæstionem esse, ut *l. cum duobus, pro soc.* Nihil ergo pertinere ad Jurisconsultum, sed esse in æstimatione judicis, *l. mora, de usur. l. 2. C. plus val. quod agit.* Quæstionem juris dirimunt Jurisconsulti, quæstionem facti judices, vel etiam ea remittitur ad Rhetores, qui de ea probabiliter disserunt apud judicem, ut solebat Galus Aquilius collega, & familiaris Ciceronis, quum de facto consulebatur, eam quæstionem remittere ad Ciceronem. At non tamen ideo minus quandoque Jurisconsulti respondent de quæstione facti, sed veluti in re facti, id est, satis dubie. Jurisconsulti, inquam, respondent de facto, veluti in re facti, id est, in dubio. Et ita de quæstione proposita ait Paulus, in re facti se putare, & præsumere, quod Rafilica addunt, *ἢ προληψὴν*, aviam de re nepotis ea impendia fecisse recipiendi animo, & spe, maxime (nam & hoc proponebatur) quod avia ea impendia retulerat in rationem impensarum pro nepote factarum. Non retulisset in rationem, si ea donare voluisset, non repetere, aut reputare. Et ideo possunt reputari ab heredibus ejus, heredibus nepotis agentibus negotiorum gestorum. Et postremo improbat Paulus sententiam illorum, qui tentabant alimenta erogata fuisse ex patrimonio utriusque, nepotis, & aviarum, eorumque onus esse partiendum inter heredes nepotis, & heredes aviarum, quia dubio procul hæc non fuit mens aviarum, ut partim de suo, partim de re nepotis impendia faceret: unde duxerunt hanc conjecturam? sed mens aviarum fuit, ut vix omnia de suo impenderet, vel omnia de re nepotis, non etiam ut scinderet impensas. Hujus sententiæ nullum argumentum extat. Et ita, quum quis legavit Titio, & duo sunt Titii amici testatoris, quæ homonymia ambiguitatem facit, quid dicemus? quid fiet? Cui dabitur legatum? neutri: quia deficit probatio, quia non apparet cui testator voluerit dari, *d. l. 3. §. si duobus, de adim. leg. l. duo sunt Titii, de testam. tut.* Et melius est ita constitui, neutri deberi legatum, quam partem dari uni Titio, partem alteri: quia testator scindi legatum noluit, sed uni præstari in solidum, quia cum non apparet cui sit legatum, ad irritum recidit. Et quod dicitur in *l. sed etsi legem, §. adeo, de petit. heredit.* eum, qui cum putaret se ex alie heredem esse, partem dimidiam hereditatis consumpsit, sine dolo malo lautius vivens, residuum integrum non restituere, quod dici posse videtur, sed partem ejus dimidiam: id fit, quia bonæ fidei possessor tenetur in quantum factus est locupletior. Nam locu-

locupletior factus non censetur, qui re sua se abuti putans, A eam perdidit, aut donavit, nisi antidota soluta sint. Non tenetur ergo ad totum restituendum, quasi id, quod erogavit, ex suo fuerit, & sua pars. Nam & si is, qui heres non erat, totum quidquid apud se fuit, consumpsisset, sine dubio non teneretur, quasi locupletior non factus. Consultuit enim Senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Et similiter is, qui directo substitutus est in secundum casum filio impuberi post decimum quartum annum, quod fit inutiliter post pubertatem, neque filio mortuo post pubertatem ut substitutus admittitur in assem, neque filio vivo admittitur in partem ut coheres, ne quid fiat contra voluntatem testatoris, qui interim filium totum habere voluit, non adjuncto coherede, quod ei dedit testamento, l. *verbis civilibus, de vulg. subst.* Eadem B ratione substitutus datus vulgari modo heredi instituto, & datus sub conditione hac, si heres institutus non cerneret hereditatem, herede non cernente, sed se pro herede gerente, cum plerisque videretur dividendam esse hereditatem ex æquo inter substitutum, & institutum. Divus Marcus constituit, substitutum penitus excludi, ut scribit Ulpianus lib. reg. & conditionem igitur cernendi impleri, etsi quo alio modo heres institutus hereditatem adquisierit, veluti pro herede gerendo, sicut conditionem, si ille filius illius emancipatus erit, constat impleri, si non emancipatione, sed alio quovis modo sui juris effectus fuerit, l. 3. C. de inst. & subst. Ita reperio, si via per plures fundos extendatur, qui debeant mihi servitutem, & per unum fundum jero, per alium non: per tantum tempus, quanto servitus amittitur, aut totam amitti servitutem, aut totam C retineri. Ideoque si nullo usus sum, tota amittitur: si vel uno, tota servatur: quia per plures fundos itur ad unum, servitus una est, & dividi non potest, & in parte tota retinetur. Et postremo, quum emptor in fundo sibi vendito, & tradito, atque ita translato dominio in emptorem, in eo fundo invenit thesaurum, totus thesaurus emptori acquiritur, quia invenit eum in loco suo, in solidum: si invenisset in alieno, divideretur inter inventorem, & dominum loci, s. *thesaurus, Instit. de rer. divis.* Quia invenit in suo post traditionem fundi, non dividitur inter venditorem & emptorem, sed pertinet ad emptorem in solidum, l. à tutore, de rei vind. Et ita apud Philostratum in Apollonio lib. 2. cum eadem quæstio de thesauro invento ab emptore proposta fuisset Indorum regi respondit, *ἐν τῷ δ' ἄν' ἐγὼ φωνοῦμαι, ἐὼν κερεισάμην ἀμαρὴν τοῦ μαθητοῦ τοῦ χροῦσ' οὔ, εἰσὶ γὰρ αὐτῷ ἔγραψεν διατάχην* Insipiens, inquit, sun, si jussim thesaurum eos inter se dividere: hoc enim, vel anus judicabit: Ut non immerito etiam Accursius dicat hoc loco, esse iudicium rusticorum, vel ut ille, anile iudicium, si lis inter duos ita componatur, ut rem, de qua litigatur, inter se ex æquo partiantur. Et quod objici posset exemplum legis si à sponso, C. de donat. ante nupt. ubi si à sponso rebus sponsæ donatis, interveniente osculo, ante nuptias hunc, vel illam mori contigerit, dimidia partem rei donatæ ad superstitem pertinere, pertinere dimidiam ad defuncti, defunctæve heredes, ut donatio stare pro parte dimidia, & resolvi pro parte dimidia videatur. Respondeo, in illo casu singulari ita dividi propter interventum osculi, quod erat apud Romanos quasi arra concubitus, ut patet, vel ex Ovidio, & castitatem sponsæ attingere videtur. Ideoque addidit in eadem E lege, quod quando sponsus donavit sponsæ sine osculo, & unus obiit, repetitur omne datum. Quod si sponsa, interveniente, vel non interveniente osculo donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita, & ante nuptias hunc, vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam, sive ejus successores donatarum rerum dominium transfertur. Displicet enim veterum sententia, quæ donationes in sponsam, nuptiis quoque non secutis, decrevit valere, l. cum veterum, C. eod. tit.

Et si consumpto eo decesserit, utrum adversus heredem ejus omnimodo competat actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil per venit. Et melius est omnimodo competere in heredem heredis actionem: sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem: & perpetua actio esse cœpit, alioquin dicendum erit nec ipsum, qui consumpsit, quod ad eum pervenit, teneri.

Illud in primis repetendum atque constituendum est ex l. superiore, actionem quod metus causa dari heredi, & in heredem: dari heredi, quia rei, non vindictæ persecutionem continet: nec dicas, quia mixta est actio, tamen verum sit eam mixtam esse actionem, id est, tam reo, quam pœnam tripli intra annum persequi; sed non idem quod sit mixta, heredi competit, quia & pœnales actiones, quæ non sunt mixtæ, id est, quæ solam pœnam persequuntur, heredi competunt, s. non autem, instit. de perp. & temp. act. Idque docui nudiustertius ad legem 15. de in jus voc. Sed cur hæc actio heredi datur, vera ratio hæc est, quia rem persequitur, non ut actio injuriarum, vel actio ex edicto de in jus vocando, vindictam: quia (inquam) rem persequitur, non vindictam, quia rei, non vindictæ persecutionem habet. Nam si vindictæ, non pecuniæ persecutionem haberet, heredi non daretur. Itaque in l. 14. s. in causæ, hoc tit. cum ait heredibus dari actionem quod metus causa, quia & rei persecutionem habet, ille articulus Et, abundat, & tam in l. 16. s. hæc actio, h. t. in quo idem ostenditur, quam in d. s. in causæ Basilica sine conjunctione ulla, sine ullo adminiculo scribunt, actionem quod metus causa dari heredibus, ἢ, ἐχούσαν περὶ γινώσκοντων πάντων ἐκ τῆς αἰτίας, quod omnino rem persequatur, non vindictam scilicet. In heredem autem ejus, qui vim, aut metum intulit, datur dumtaxat in id, quod ad eum pervenit, id est, quatenus ex ea re locupletior hereditas ad eum pervenit, quodve dolo malo ejus factum est, quod minus perveniret, ut l. 2. de vi, & vi arm. l. 27. tit. seq. Datur, inquam, in heredem in id dumtaxat, quod ad eum pervenit, etsi ea de re actum cum defuncto, vel ob eam rem defunctus condemnatus non fuerit: Nam etsi pœna, vel pœnalis actio reo defuncto ante litem contestatam non transeat in heredem, tamen quod turpiter, vel scelere defuncti quæsitum est ad compendium heredis pertinere non debet: non debet heres ex alieno scelere, ex defuncti scelere pœnam subire, si ea de re lis cum defuncto contestata non fuerit: non debet etiam heres ex scelere defuncti lucrum facere. Idcirco, quod ad eum ex scelere defuncti pervenerit, ei extorquetur. Et ita lex superior in fine, rescriptum esse ait, p. ta à Divo Pio in l. 1. C. Hermog. ex delict. defunct. quem adm. success. conven. Ne, inquit Divus Pius, alieno scelere ditetur. Quia ratione etiam utitur lex un. C. ex delict. def. in quant. hered. conven. quæ lex proprie pertinet ad actionem quod metus causa, ut indicant illa verba, Eo defuncto, qui vim, aut concussionem intulit. Concussio enim est terror & metus. Vis est, quæ metuitur, cujus metus injicitur. M. Tullius pro Cæcinna: Quid fugiebant? propter metum: quid mutuebant? vim. Inde vero quæritur, an etiam teneatur heres in id, quod ad eum pervenit, si id consumpsit? Finge, antequam conveniretur ante litem contestatam. Et verius est, ut hoc loco definit Paulus, satis esse, si semel ad eum pervenerit, si vel momento res apud eum fuerit post aditam hereditatem, l. cum prætor, de regul. jur. Nimirum, ad exemplum defuncti, qui vim fecit, & tenetur, etiamsi rem, quam extorsit, statim consumpsit in malam rem, l. 1. C. eod. tit. Rursus quæritur, an heredis heres, id est, an heres heredis, qui id, quod ad eum pervenerat ex scelere defuncti, consumpsit, etiam eo iudicio teneatur, cum ad primum heredem res pervenerit, & ab eodem consumpta est, ad secundum autem nihil pervenit unquam. Et sane verius est, etiam heredem heredis teneri, quia hereditaria obligatio est, qua scilicet primus heres, cui hic secundus heres extitit, obstrictus fuit. Igitur, ut cæteræ obligationes hereditariæ, ita & hæc transfertur in heredem heredis, licet ad eum nihil unquam pervenerit, quia satis est semel pervenisse ad heredem primum, ad cuius

Ad L. XVII. Quod metus causa. Videamus ergo, si heres, ad quem aliquid pervenerit, consumpsit id, quod pervenit, desinat teneri: an vero sufficit semel pervenisse: Tom. II. Post.

vicem secundus propius accedit : Et addit Paulus hanc actionem, quæ in heredem datur, vel in heredem heredis, in id, quod pervenit ad primum heredem, esse perpetuam, & perpetuam esse cœpisse a persona primi heredis : quæ semel cœpit esse perpetua, non ideo amittitur, quod res apud eum, a quo cœpit, esse desierit: quia non utique semper exigitur, ut res, quæ pervenit semel, apud eum permaneat, ne sit in ejus potestate, eam consumendo se liberare obligatione contracta semel. Et perpetuam actionem esse ait etiam *l. 19. inf.* Cur sit perpetua, ratio est evidens, quia rem solam persequitur, non pœnam, ut in *l. 3. §. 1. de vi, & vi arm. l. itaque, tit. seq.* Actio quod metus causa, quæ rem & pœnam persequitur, intra annum annua actio est, post annum non datur ulla actio mixta: nam post annum rem solam persequitur, ergo est perpetua, *l. 14. §. post annum, hoc tit. & d. l. itaque.* Et hoc est quod voluit Paulus in hac *l. 17.* Cui tamen in eo, quod ait, heredem, ad quem res pervenit, non liberari, si rem consumpserit, refragari videtur lex, quæ sequitur *l. 18.* quæ ait, si ipsa res, quæ ad alium pervenit, interierit, non esse locupletiores factum: Non loquitur de eo, qui vim, aut metum fecit. Nam hic tenetur omnimodo, etiamsi res interierit, *l. 1. C. de d. tit.* non loquitur etiam (si Accursio credimus) de herede ejus, qui metum fecit. Quod si verum est, Paulo hæc lex non refragatur, quia Paulus de herede loquitur: hæc lex, ut vult Accursius, de herede non loquitur, sed de alio possessore bonæ fidei, ad quem res pervenit, quam alius domino metu extorsit. Heredem teneri putat Accursius, etiamsi res interierit, quæ semel ad eum pervenerat: bonæ fidei possessorem non teneri, si res interierit postea, quia non videtur locupletior factus, id est, non videtur ad eum pervenisse res, quæ interiit, quæ non permanit in possessione ejus, sicut nec videtur verum in rem patris, vel domini, quod non durat verum, *l. 10. §. verum, de in rem verso.* At Accursio longe divortit iudicium hac in re, ac mihi, quia ad heredem quoque ejus, qui metum fecit, arbitror pertinere hæc verba legis *l. 18.* Si ipsa res, quæ ad alium pervenit interierit, &c. ut scilicet in ea ad alium non sit, ad alium, quam heredem, sed ad alium, quam auctorem delicti, qui metum fecit, qui non liberatur, si res intereat. Ad alium igitur, hoc solo excepto, sive heredem, sive bonæ fidei possessorem: proinde heres ejus, vel alius possessor liberatur interitu rei, si modo intereat ante litem contestatam sine dolo malo ejus. Et hæc lex *l. 18.* ut accipiatur etiam de herede, suadent proximæ, quæ sunt supra & infra leges de herede nominatim scriptæ. Ac sane melius & verius est hujus controversiæ, quæ ad speciem scilicet est controversia, non ad veritatem, dirimendæ causa, faciendam esse differentiam inter consumere, & interire hoc modo: si heres abutatur, & consumat rem, quæ ad eum pervenit ex scelere defuncti, non liberatur, quia per eum factum est, ut rem non habeat, & ita Paul. loquitur, id est, si consumpserit, nec dicit, si interierit res: Nam si ipsa res interierit, ut Julianus ait in *l. seq.* Emphasis est in eo quod ait, ipsa, id est, si per se naturaliter interierit ante litem contestatam, heres, vel possessor ejus liberatur, quoniam, ut in *l. 20. inf.* quantum ad heredem pervenit litem contestatæ tempore spectatur, & eo tempore rem non habuit, quia interierat, neque fecit, quo minus eam haberet, aut quo magis ea res, interiret. At subjicit Julianus in *l. sequenti*, si ea res, quæ ad eum pervenit ex scelere defuncti ab herede venditionis genere in pecuniam conversa sit, vel permutationis genere ante, vel post litem contestatam, nihil refert, hoc casu eum non liberari, quia omnimodo videtur ex ea re locupletior factus, quoniam ex ea sibi paravit aliam, vel pecuniam sibi paravit: Qui pretium habet, vel aliam rem, & rem principalem habere videtur, *l. qui pretio, de usufr.* Qua ratione subiicit Julianus ex constitutione Divi Antonini, petitione hereditatis teneri non tantum eum, qui rem hereditariam possidet, sed & eum, qui rem hereditariam distraxit, & pretio ejus utitur fruitur, quia pretium existimatur successisse in locum rei hereditariæ: & quodammodo ipsum hereditarium factum esse, *l. si ad rem 25. inf. de petit. hered.* Denique non videtur quis rem amisisse, si ejus pretium, vel

si ex permutatione ejus aliam rem in suum patrimonium converterit, *l. idem servandum, de leg. 2. l. pater, de adim. leg.* Et notandum est, quod ubi semel res versa est in pecuniam, vel aliam rem, jam non esse amplius spectandum quid illa pecunia, vel alia re fiat, aut ea quorsum evadat. Nam etsi postea heres eam deperdat & consumat, tenetur. Et hoc est, quod ait Julianus, nihil amplius quærendum esse, quis rei exitus sit, quæ scilicet semel res effectum habuit, & exitum aliquem: exitus alium exitum non expectat, nec finis cujusque rei, vel negotii alium finem. Neque ullo modo hac in re probanda est distinctio Accursij inter causam lucrativam, veluti donationem, & non lucrativam, veluti emptionem, ut scilicet si ex re a defuncto metu extorta, aliam heres nanciscatur ex causa lucrativa, teneatur, licet postea eam deperdat: si ex causa non lucrativa, non item. Nam hanc distinctionem damnant prorsus hæc verba Juliani, si in pecuniam, aliamve rem conversa sit, quæ demonstrant rem pro re, aut rem pro pecunia datam. Ergo obvenisse pecuniam, vel aliam rem ex causa non lucrativa, & tamen teneri dicitur heres, licet postea eam rem deperdat, & consumat: Nihil est apertius. Verum tamen est hac in re, quod attigit Accursius, aliquam esse differentiam inter hanc actionem, quod metus causa, & petitionem hereditatis, tametsi hanc actionem hoc loco Julianus conferat cum petitione hereditatis. Hæc enim inter eas actiones differentia existit, quia in petitione hereditatis, quantum ad bonæ fidei possessorem pervenerit, tempore rei judicatæ spectatur, quantum scilicet eo tempore habuerit, *l. si a domino, §. pen. de petit. hered.* Itaque si res naturaliter interierit post litem contestatam, possessor liberatur, quia rei judicatæ tempore rem non habuit, nec fecit, ut rem non haberet. In actione autem quod metus causa, quantum ad heredem pervenerit, aut bonæ fidei possessorem tempore litis contestatæ spectatur, non rei judicatæ, *l. 20. hoc tit.* Et ideo, si res naturaliter interierit post litem contestatam, possessor tenetur, quia eam rem habuit tempore litis contestatæ. Cur tam varie? quæ est ratio differentie inter petitionem hereditatis, & actionem quod metus causa? Ratio certissima hæc est, quia petitio hereditatis est bonæ fidei, quod non primus introduxit Justinianus in *l. ult. C. de petit. hered.* quoniam ante eum, & plerique juris auctores existimant hanc petitionem hereditatis connumerandam esse bonæ fidei judiciis, cujus rei indicium præbet *l. plane, inf. de petit. hered.* Sed quia de eo erat controversia inter auctores, dicta *l. ult.* Justinianus sustulit omnem controversiam, definiens in omnibus petitionem hereditatis esse bonæ fidei, non strictam. Petitio igitur hereditatis est bonæ fidei: actio quod metus causa stricta. Et certa est hæc differentia, ex qua illa, quam proposui, dependet, inter actiones strictas & bonæ fidei, quod in actionibus strictis semper spectatur, quacumque de re agatur, tempus litis contestatæ, in actionibus bonæ fidei tempus rei judicatæ, *l. 3. §. in hac, commod.* quia iudicium, quod est bonæ fidei, omne confertur in arbitrium iudicis in tempus rei judicatæ, in tempus, quo iudex arbitratur, quid sui iudicij sit: in actione stricta res omnis confertur in formulam, quæ intenditur statim initio litis in id, quod petitur lite contestata. Hæc est ratio differentie. Sed apparet hæc ratio non tantum, quum res interiit suo casu, quem jam exposui, sed etiam quum res consumpta est, & deperdita ab ipso bonæ fidei possessore. Nam si pretium ex venditione rei metu extortæ redactum heres consumat, ante vel post litem contestatam, nihil refert, tenetur. At si possessor hereditatis pretium ex venditione redactum consumat ante litem contestatam, non tenetur, si post litem contestatam tenetur, quia dolo, aut culpa consumpsit. Denique hac in re multum interest, utrum res consumatur ab herede, vel possessore bonæ fidei, & deperdatur, quod idem est, an ipsa intereat: multum, inquam, interest, deperat, an deperdatur.

Ad L. XXXII. de Minoribus. Minor viginti quinque annis, adito præside, ex aspectu corporis falso probavit perfectam ætatem. Curatores cum intellexissent esse minorem, perse verarunt in adm-

administratione : medio tempore, post probatam ætatem, anse impletum vicesimum quintum annum, solus fuit adolescenti pecuniæ debitæ, easque male consumpsit. Quæro, cujus sit periculum : & quid si curatores quoque in eodem errore perseverassent, ut putarent majorem esse, & abstinuisse se ab administratione, curationem etiam restituissent : an periculum temporis, quod post probatam ætatem cessit, ad eos pertineat ? Respondi : Hi, qui debita exsolverunt, liberati jure ipso, non debent iterum conveniri. Plane curatores, qui scientes eum minorem esse perseveraverunt in eodem officio, non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas : & debebunt hoc nomine conveniri. Quod si & ipsi decreto præsidis crediderunt, & administrare cessaverunt, vel etiam rationem reddiderunt : similes sunt cæteris debitoribus, ideoque non conveniuntur.

IN hac l. 3. 2. hæc proponitur species. Minor 25. annis, ut pecuniam sibi debitam à debitoribus propriis, vel à debitoribus paternis reciperet, non adhibita auctoritate curatoris, eaque abuteretur, ut vellet, inficiis curatoribus, ex aspectu corporis, ut lex ait, id est, ratione capta ex oculis, *δια τῆς εὐμαρίας, καὶ τῆς εὐμαρίας*, falso præsidis provinciæ probavit, & persuasit, si eam ætatem excessisse. Præses causa cognita, adhibitis nimirum iis, qui contradicebant, & interposito decreto pronuntiavit, eum majorem videri quam 25. annorum natum. Causæ cognitione opus est, nec de plano, aut per libellum ea res expediri potest, quia per eam probationem præjudicium fit aliis causis restitutionis in integrum. Disceptatio igitur hujusce rei est magni momenti. Ergo non de plano est expedienda, sed de tribunali causa cognita, per probationem ætatis majoris præjudicatur aliis causis restitutionis in integrum, *l. de ætate, inf. hoc tit. l. cum de ætate, inf. de probat.* Neque enim majores solent in integrum restitui in his, quæ omiserunt, vel amiserunt, ergo nec qui majores pronuntiati sunt, quia res judicata pro veritate habetur. At quid fiet, si is minor imposuerit præsidis, si sciens falso probavit perfectam, & legitimam ætatem, qui tamen erat minor quam 25. annorum natus, & ideo curatores ejus hoc non ignorantes perseveraverunt in eodem officio, in eadem administratione, quia certo sciebant, eum non esse majorem. Debitoribus autem ei jam majori pronuntiato pecuniam debitam solverunt, quam is mox perdidit, aut consumpsit male. Quæritur, ad quem ejus pecuniæ periculum pertineat, id est, utrum ea pecunia perierit debitoribus, qui eam solverunt : ut denuo quasi non liberati solvere cogantur, minori adversus solutionem sibi factam data restitutione in integrum ? An vero ea pecunia pereat minori, an curatoribus ejus ? Hæc est quæstio legis. Ac primum quidem non est æquum, ut ejus pecuniæ periculum pertineat ad debitores, quia recte solverunt majori pronuntiato, & ipso jure liberati sunt. Nec possunt iterum conveniri, nec potest adversus eos minori dari restitutio in integrum, qui sciens falso probavit perfectam ætatem. In hujusmodi casibus recte comparantur scæminæ cujuscumque ætatis, masculis ætate minoribus : Nam & scæminis, & minoribus in iis, quæ omiserunt, vel ignorarunt, succurritur, *l. ult. C. de jur. & fact. ignor. l. pen. C. de in integr. restit.* quæ lex habet locum tantum in minoribus : sed in Cod. Theodosiano hoc plus est, & mulieribus, inquit, & minoribus in iis, quæ ignorarunt, vel omiserunt succurritur data restitutione in integrum. Sed ut mulieribus data restitutione succurritur deceptis, non decipientibus, *l. 2. C. & ff. ad Senatufc. Vellej.* Ita dicitur minoribus succurri deceptis, non decipientibus, *l. 1. C. Gregoriano, si maj. fuer. prod. l. 1. & 2. C. si min. se mai. dix.* Ergo scæminarum, & minorum lubricum, sive infirmitatem, non calliditatem auxilium mereri. Et recte *l. 3. C. eod. tit.* non restitui in integrum minorem, qui alterius circumscribendi gratia probavit ex aspectu, se esse majorem, quia malitia, inquit, supplet ætatem quamcumque. Nam & impuberes, qui quid dolo malo fecerint, coercentur 12. tab. & aliis legibus judiciorum publicorum, & privatorum, adeo ut nonnunquam impuberes in insulam deportentur, *§. item finitur, Inflit. quibus mod. tur. finia.* malitia dolus est, Plauto, ma-

A litia mala, ut dolus malus. Quod verbum est ex 12. tabul. auctore Donato. Proprie tamen malitia, est habitus: dolus actus, sed aliud pro alio nomen usurpatur sæpe. Verum, ut malitia dicitur supplere ætatem, sic & prudentia, ut quum postulatur venia ætatis eo prætextu, quod prudentia suppleat ætatem, *l. 2. C. de iis, qui ven. æt. impetr.* vel quum matrimonium contrahitur cum minore 12. annis, quod quandoque jure fit si puellæ prudentia suppleat ætatem, *cap. ult. ext. de despon. impub.* Alias vero, si in probanda ætate dolus non intervenerit minoris, qui major pronuntiat, est: si in ea re non ipse deceperit alium, sed ipse deceptus sit, male consumpta pecunia, quæ ei soluta est, non denegabitur ei restitutio in integrum adversus debitores, qui solverunt. Hoc est certissimum, & constat ex *l. 1. §. ult. C. si min. se mai. dix.* Et ita est accipienda *lex de tutela. C. de in integr. restit.* ut si puella decepta, ut ait etiam *d. l. 1.* falso probaverit majorem ætatem, tutore sciente, eam non esse majorem: ac deinde rationibus redditis tutorem, eundemque avunculum puella acceptilatione liberavit ab obligatione tutelæ, liberavit (inquam) eum, quem non fuisse ignarum ætatis puellæ, tam officium tutelæ, quam sanguinis proximitas arguebat, ut ait *d. l. de tutela*, duplex præsumptio concurrebat, quia tutor præsumitur scire ætatem pupilli sui, & quia avunculus præsumitur scire ætatem filix sororis: sanguine conjunctus præsumitur scire ætatem ejus, qui eum cognatione contingit, sicut statim capitis ejus scire præsumitur, *l. si filium, C. de lib. cau. & adversam valetudinem, l. pen. in si. unde cogn.* Et ex hac causa *d. l. de tut.* ait, quia fuit decepta puella ab eo, qui non ignorabat eam esse minorem, puellam restituendam esse in integrum adversus avunculum, vel heredes ejus, ut tutelæ obligatio redintegretur, quia inconsulto cum adhuc esset minor, liberavit avunculum. Et ita est explicanda *d. l. de tut.* In specie autem hujus legis dolus minoris intervenit, qui hoc agebat, ut pecuniam à debitoribus exprimeret, & ideo non restituitur in integrum adversus debitores. Sed si curatores, qui non ignorabant, eum esse minorem, qui sciebant eum falso probavisse majorem ætatem, in eadem administratione perseverantes patientur eum pecuniam solutam accipere, hoc nomine culpantur, & tenentur minori utili actione negotiorum gestorum, quod, ut officii sui ratio exigebat, non absteruerint minorem à probatione falsæ ætatis, ab accipiendis pecuniis debitorum, quod non denuntiaverunt debitoribus, ne solverent mox perdituro, quod non hujusce rei commonefecerint præsidem, ne temere pronuntiaret de adolescentis ætate, quem ipsi sciebant adhuc esse minorem. Hoc igitur casu culpæ nomine pecuniæ amissæ periculum respicit curatores. Quod si curatores eodem errore, quo præses, capti fuerint, & crediderint eum esse majorem, atque adeo ab administratione cessarint, quasi finito officio forte, & curationis rationem reddiderint, nihil iis imputari potest. Et ideo neminem habet minor, de quo quæri possit in hoc casu, nisi sepisum: ac proinde totius pecuniæ periculum ad eum redit. Modo igitur (& hæc est summa hujus quæstionis) periculum ad debitores pertinet, minore restituto in integrum adversus solutionem sibi factam sine curatoribus, si non ipsius dolo factum sit, ut major pronuntiaretur: modo pertinet ad curatores, si scientes eum esse minorem, perseveraverint in administratione, nec prohibuerint pecuniam accipere, vel ei solvi: & modo ad minorem ipsum, si dolo fecerit, ut major probaretur, & curatores credentes eum esse majorem, abstinerint ab administratione.

Ad L. XXI. de Compensat. Postquam placuit inser omnes, id quod invicem debetur, ipso jure compensari: si procurator absentis conveniatur: non debeat de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

SCiendum est hodie, atque etiam olim semper, ita jus fuisse, & esse, ut in bonæ fidei judiciis compensatio vice mutua debitæ pecuniæ fiat ipso jure, etiam non opposita exceptione doli mali, *l. si ambo, hoc tit.* non est necesse eam

Opponi, quia inest vi, & potestate bonæ fidei judiciis, *liberum* *modi* §. qui servum, de leg. 1. l. sed etsi ideo, in fine, sol. *matrim.* Itaque si initio mihi debueris centum ex contractu bonæ fidei, puta ex causa societatis, vel mandati, ego autem tibi 60. debere cœpero, ipso jure non debes mihi nisi 40. & plus peto si abs te peto 100. Paulus 2. Sentent. si pecuniam, inquit, tibi debeam, & tu mihi, & totum petas, plus petendo causa cadit. Idem Paul. & l. 4. b. i. interveniente ratione compensationis, eum, qui totum petit (quia compensatio minuit debitum ipso jure) male petere, nimirum, quia incidit in periculum plus petitionis, sicut, qui ante diem petit, male petit, quia tempore plus petit. Ille summa plus petit, hic tempore, l. 1. §. ult. quan. dies usufr. leg. ced. male petit, perperam petit, l. 2. §. qui ita, de eo, quod certo loco: non recte, l. existimo, de verb. obligat. Et ideo ejus pecuniæ, cujus petitionem tacita ratio compensationis excludit, usuræ non currunt, l. 7. C. de solut. Et si per errorem ea pecunia solvatur, indebiti conditio competit, d. l. si ambo, hoc tit. Et hæc de bonæ fidei judiciis. In strictis judiciis compensatio, nec fiebat ipso jure, nec per exceptionem doli mali, sicut hodie usu receptum est, ut nullis in judiciis compensatio inducatur, sine speciali rescripto principis. Sed tractemus de jure civili populi Romani. In strictis igitur judiciis olim compensatio non fiebat, nec ipso jure, nec per exceptionem doli mali. Postea cœpit etiam in strictis compensatio fieri opposita exceptione doli mali ex constitutione Divi Marci, §. in bonæ fidei, Inst. de action. l. 78. de hered. inst. l. 22. ad leg. Falcid. Et ad extremum placuit inter omnes Jurisconsult. ut ait Paulus hoc loco: ad extremum eo decursum est communi consensu Jurisconsultorum, non tantum in bonæ fidei judiciis sed etiam in strictis, in omnibus denique judiciis compensationem fieri ipso jure, ipsa æquitate, ut Papinianus ait, merum jus compensationis inducente, l. inter omnes, de adm. tut. Merum jus, & ipsum jus idem est. Et quod idem Papinianus ait in l. unum ex familia, §. sed si uno, de leg. 2. compensationem fieri ratione doli exceptionis, non hoc est, ratione oppositæ doli exceptionis, quia allegatio ejus non est necessaria, sed ratione doli exceptionis, quæ inest hodie potestate judicii cujusque. Et hæc sententia Jurisconsultorum comprobata est etiam ab Imperatore Alex. Severo in l. cum aliter, hoc tit. l. 4. & 5. C. eod. & evidentius Justinia. in l. ult. C. eod. Rata igitur sit hæc sententia: in omnibus judiciis hodie compensationem fieri. Ex ea sententia Paulus colligit hoc loco, procuratorem actione creditæ pecuniæ, finge, conventum nomine absentis si velit compensare, quoad vicissim actor domino suo debet, non debere cavere ratam compensationem dominum habiturum, non debere cavere de rato, ἐὰν τῷ συμβουλιῳ, ut Basilica addunt, quia ipse procurator nihil compensat, sed merum jus: & mero jure ab initio minus ab eo petitur, quia quod plus petitur, male petitur, & ipso jure indebitum est.

Ad L. LVI. de Edil. edic. Latinus Largus: Quæro, an fidejussori emptionis redhiberi mancipium possit? Respondi: Si in universam causam fidejussor sit acceptus: putat Marcellus, posse ei fidejussori redhiberi.

IN hac lege quæritur, an fidejussori emptionis rehiberi mancipium possit? Fidejussor emptionis est is, quem à venditore emptor accepit, de quo est etiam lex 3. sup. de rescind. vend. & l. Stichum, §. ult. de solut. & l. non idcirco, C. de contr. emp. in eo fidejussore non est dubium hoc jure, quod obtinuit semper ante Novellam Justiniani de fidejussor: quin possit emptor cum eo experiri omisso reo principali, id est, venditore. Electionis enim potestas permittitur ei, qui agere volet, l. 3. & 5. C. de fidejuss. ut scilicet emptor, vel venditore electo, vel fidejussore emptionis, ad suum commodum perveniat. At quæritur, an emptor, qui accepit fidejussorem emptionis, eum possit eligere, etiam si velit agere actione redhibitoria, ob servi videlicet, quem emit, morbum vitiumve latens, quod ignorabat emptionis tempore, ut resolvatur emptio venditio, in integrum restituis omnibus, perinde atque si nec emptio, nec venditio intercessisset.

set? Hoc enim agitur actione redhibitoria, l. facta, hoc tit. Quæstio igitur est, an emptor si locus sit redhibitioni, & velit redhibere servum, quem emit, possit eligere fidejussorem emptionis, eumque convenire actione redhibitoria, & ei mancipium redhibere? Hac de re consultus fuit Paulus à Latino Largo judice quodam. Quæstiones Pauli sunt responsa ad quæstiones judicum. Responsa autem Pauli sunt responsa ad quæstiones privatorum, vel juris studiosorum. Et ita in specie l. Latinus, de leg. 2. consultitur Paulus ab eodem judice Latino Largo, & in specie l. ult. qui sine manu. ad libert. perv. Ubi post hæc; Latinus Largus, punctum addere, nec legere ductim oportet. Quæstioni autem propositæ ita respondit Paulus, si fidejussor emptionis caverit tantum de re tradenda, quæ venit, vel si caverit tantum de evictione, sane non potest conveniri actione redhibitoria; sed si intervenerit in omnem causam emptionis, veluti servum tradi, & servo evicto duplam recte præstari, & sanum esse servum, & furtis noxisque solutum, fugitivum non esse, erronem non esse: vel generaliter, si emptor à fidejussore emptionis, quem venditor dedit, ita stipulatus sit, indemnem me omni damno præstabis ex Marcelli sententia Paulus scribit hoc casu, fidejussorem posse conveniri actione redhibitoria, & servum ei redhiberi posse; si sit acceptus, inquit, fidejussor in universam causam emptionis: in universam emptionem, sicut in universam conditionem, l. 2. §. ult. de admin. rer. ad civit. pert.

Ad L. XVIII. Ad municipale. Divus Severus rescripsit, intervalla temporum in continuandis oneribus invitis, non etiam volentibus concessa, dum ne, quis continuet honorem.

SCIendum est, finito & deposito honore aliquo, vel munere publico, constitutionibus finita esse certa intervalla temporum, quibus vacatio, & velut respiratio quædam datur ab honoribus, & oneribus publicis (neque enim honores sunt continuandi, ne in tyrannidem tandem exeat aucta firmataque diuturnitate temporis potestas, & libertas publica minuat) Ea sunt tempora quinquennii ab honoribus ad honores eosdem: vel ab oneribus ad onera eadem: triennii vero ab honoribus, vel honores alios, vel à muneribus ad munera alia; & specialiter biennii, à munere legationis expleto ad aliud munus. Quod ostenditur in l. 2. C. de muner. & honor. non continuand. l. 10. & l. 3. C. de legation. eod. lib. & l. 7. & 8. & 13. inf. de legation. Excipitur tantum ab hac præscriptione temporum sive intervallorum honor decurionatus, à quo nunc primum adepto vacatio nulla datur ad alios honores, l. 5. inf. de vac. mun. Imo proprium decurionum, qui sunt minores senatores curiæ cujusque civitatis, quæ habeat curiam, & ordinem; proprium, inquam, decurionum hoc est, ut ipsi soli, non plebei homines obeant honores, & munera reipublicæ. Verum quem præter decurionatum hoc anno, verbi gratia, honorem gerunt, postquam eum deposuerunt, non repetunt ante quinquennium, vel novum honorem non suscipiunt ante triennium. Hæc est præscriptio temporum, quæ hoc loco concessa esse dicitur in continuandis oneribus, ut Florentini scriptum habent, ut vulgares, ut Basilica, in continuandis honoribus. Et in utrisque verum est, supradictam præscriptionem temporum esse concessam, l. prox. §. præscriptio, sup. Coniungatur ergo utraque lectio, & dicamus: in continuandis honoribus, vel oneribus. Notat autem Paulus ex rescripto Severi, eam præscriptionem, sive intercedendum temporum esse concessam invitis, ne scilicet intra ea tempora honores eosdem, vel alios, vel munera publica eadem, vel alia obire cogantur inviti: volentes sua sponte posse non uti ea præscriptione temporum, ea immunitate certi temporis, unumquemque posse de suo commodum detrudere, & non uti eo, quod lex ei, vel constitutio sua causa dedit, præsertim cum inde reipublicæ nihil posset esse incommodum: Volentes, inquam, non uti ea præscriptione temporis, non uti ea requie, & ea vacatione, dummodo, inquit, non continuent honorem eundem, nullo scilicet intervallo intermisso, nisi in civitate sit penna

ria hominum, l. honor, §. pen. & ult. inf. de muner. & honor. Atque adeo is magistratus quinquennio durat, neque absque venia principis deponi potest, l. 1. & lult. de def. civitat. quod nec in eadem familia permittitur inter patrem, & filium: nam quem honorem hoc anno gessit pater, filius non potest gerere sequenti anno, quoniam ab eodem continuari videretur, propterea quod pater, & filius pro uno habentur, & hoc ostenditur de patre, & filio in l. 1. C. de muner. & honor. non continuand. lib. 10. igitur post gestum honorem aliquem, vel anni spatium intermittere debent, qui volunt eundem honorem iterare. Inviti autem eundem honorem non repetunt, vel iterant ante quinquennium, nec suscipiunt novum ante triennium: vel postquam legatione perfuncti sunt, ante biennium.

Ad Leg. ult. de Decur. De decurione damnato non debere B
quæstionem haberi, Divus Pius rescriptit. Unde etiam si desieris decurio esse, deinde damnetur: non esse torquendum, in memoriam prioris dignitatis placet.

Nemo est, qui nesciat decurionibus, qui sunt senatores municipales, hoc datum esse privilegium: primum, ne subiciantur pœnis plebejorum, ne iustibus cædantur, si quid deliquerint, ne damnentur in metallum, sed mitius coerceantur: data decurionibus esse privilegia in pœnis, immo & in quæstionibus, sive tormentis. Nam qui rei postulati sunt, tormentis subijci possunt, nec ante damnationem, nec post: excepto casu legis 21. C. ad leg. Corn. de fals. si is decurio dicatur ante decurionatum falsum instrumentum scripsisse, cum esset tabellio, & res exigat per eum ipsum probari fidem instrumenti: hoc casu excepto, decurio, qui criminis reus postulat, torqueri non potest, nec ante damnationem, nec post damnationem. Dubitari poterat, an saltem post damnationem, forte ut interrogetur de fociis, ut prodat sceleris participes, & facti consocios per tormenta prodat, ut fit plerumque l. 1. C. de fals. monet. Ac certum est, nec post damnationem decurionem torqueri posse, imo, nec si decurio esse desierit, si ordine motus fuerit, si eo honore regradatus fuerit, deinde damnetur. Non est, inquit, torquendus in memoriam prioris dignitatis, qua exutus est. Hoc datur memoriam prioris dignitatis, l. ult. D. de decurion. Sicut in memoriam prioris domini, placet servum venditum, & traditum non torqueri in caput venditoris, in memoriam prioris domini, l. unius, §. servus, inf. de quæst. nec post redhibitionem in caput emptoris, l. 11. etiam si, eod. tit. Nec obstat huic rei quicquam l. 1. §. item Mummio (invenies idem nomen apud Plutarch. in Pompejo, depravatum tamen in Memmium, cum in Græco sit Μῦμιον) eod. tit. quæ damnatos servos, ait, posse in eum torqueri, subdita hac ratione, quia desierunt esse ipsius: nam ut me alias meminisse dicere, ea ratio non est accipienda generaliter, sed suo constringenda casu, hoc modo, quia ii desierunt esse ipsius propter scelus, & turpitudinem ipsius, deportato eo, vel damnato in metallum, bonis omnibus publicatis, ut plane egerit se indignum, cujus memoria coleretur, arg. leg. ult. C. qui, & adv. quos in integr. rest. non poss. In memoriam quoque prioris matrimonii non agitur furti adversus eam, quæ uxor fuit, nec conditione furtiva, si quid marito surripuerit divortii causa, vel si furi opem tulerit, sed agitur tantum honestiori iudicio, id est, rerum amotarum, non rerum subreptarum: Nam in eo verbo est turpitudinis, vel atrocitatis: lenitate verbi tristitiam rei mitigante. Quod ita procedit, si post divortium non pergat mulier eandem rem contrectare: Nam ex contrectatione nova, ex furto admisso post divortium, & furti tenetur, & conditione furtiva, l. 2. & 3. rer. amotar. l. ult. C. de furt. non ex furto facto ante divortium in memoriam prioris matrimonii, prioris vitæ, & societatis, l. si rerum, de re judic. Ex furto igitur facto manente matrimonio, ex furto, quod vetustius est divortio, & sic etiam ex causa, quæ sit venditione vetustior, servus venditus non in caput venditoris torquetur: & ex causa, quæ sit vetustior redhibitione, servus redhibetur, non torquetur in caput emptoris. Ac similiter ex causa, quæ sit vetustior

amissione decurionatus, is, qui decurio esse desiit, non torquetur ex causa recenti, ex causa secuta post amissam dignitatem proculdubio torqueri potest. Et ita accipienda l. 2. C. de tab. lib. 10. Ita quoque est accipienda hæc lex ultima.

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. II. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad Leg. XLVI. de Judiciis. Judex datus in eodem officio permanet, licet furere cœperit: quia recte ab initio judex additus est. Sed judicandi necessitatem morbus fonticus remittit. Ergo mutari debet.

HUJUS Legis verba hæc sunt: Judex datus in eodem officio permanet, licet furere cœperit, &c. Igitur judex datus, qui furere cœperit, non delinit esse judex: furor superveniens prætori, vel præfidi provinciæ, ei non abrogat magistratum, quoniam mens ei redire potest, l. nec mandante, §. 1. de iur. & cur. datis. Furor quoque superveniens judici dato, vel legato, non abrogat iudicis officium, sive, ut Apuleji verbo utar, iuridiciam: quia ut ait Paulus, recte ab initio judex additus est: Additus, & datus idem est. Itemque addicere, vel dare iudicium, vel arbitrium idem est. Trebatius Jurisconsultus apud Macrob. Nundinis magistratum posse servos manumittere, & iudicia addicere, sic veteres: dare iudicia, dare iudicem, dare actiones, & in duodecim tabulis, præfente ambobus litem addicere, id est, præfente utraque parte. Quod etiam exigit l. de unoquoque, inf. de re judic. præfente utraque parte litem dare secundum eum, cujus causa melior, & superior esse videtur. Sic autem exaudienda est hæc Pauli ratio, quia recte ab initio judex additus est, etiam si ab initio, id est, eo tempore, quo addicebatur, furore correptus fuerit. Non igitur ut furiosus matrimonium retinere, non contrahere potest (nam furor superveniens non potest facere, quo minus filii ex legitimo matrimonio nati ante, vel post dicantur esse in potestate patris) Ita & furiosus judex creari non potest. Nam revera is, qui dilucida habet intervalla, judex dari potest, quia interposito tempore, ubi ad se redierit, iudicare, & sententiam dicere potest, l. cum furiosus, sup. hoc tit. Ergo Paulus loquitur, ut & d. l. cum furiosus, de furore intervallato, & alternato requie interjecti temporis, quem plerumque hominibus evenire solere, ait l. divus, de offic. præf. Non loquitur Paulus de furore perpetuo, aut continuo. At si is, qui furore correptus est eo tempore, quo judex addicitur, sive datur, nihilominus recte datur, recte addicitur, consequens est, quod post additionem, si quis in idem furoris genus inciderit, non ideo minus eum in eodem officio perseverare, volentem scilicet, non etiam invitum, quam in rem hæc lex singularis est. Regulariter inviti iudices dantur: judicandi necessitas personale, & publicum munus est, quod invitis defertur, l. ult. §. judicandi, de muner. & hon. l. pen. §. qui autem, de vacat. muner. Sed si in furorem inciderit, vel si eo quandoque afficiatur, se excusare potest, ut nec intervallis, quibus sensu saniore est, dilucidis intervallis, ut loquitur lex furiosum, C. de qui testam. fac. poss. iudicare cogatur, quia, inquit, judicandi necessitatem morbus fonticus remittit ex l. 12. tab. Judicandi necessitatem; quia regulariter invitus iudicare jubetur: sed ei morbus fonticus hanc necessitatem remittit. Et morbus fonticus est, etiam si non sit jugis, sed intervallatus, ut furor intervallatus, morbus fonticus est, tertiana, vel quartana recens morbus est fonticus, l. quæsitum, de re jud. Et similiter comitialis, & major morbus, quem veluti per eminentiam Plin. vocat morbum fonticum, dum ait Gagatem lapidem deprehendere fonticum morbum, ex Dioscoride, qui eum lapidem ait esse elenchum eorum, qui epilepsia laborant. Et similiter glossæ Philoxeni

xeni eum morbum *fonticum* interpretantur, *ἐν ἑστῶν νόσων* (sic enim Græci *morbum comitialem* appellant κατ' ἐτυμολογίαν) ut Callimachus ait, *ψευδόμενοι δ' ἐστῶν φημί ζομεν*, apud interpretem Apollonii. Ergo iusta excusatio est iudicis dati, si ob hæc genera morborum iudicandi necessitate solvi velit, quia neque iis diebus, quibus morbo vacat, sanus esse intelligitur, *l. qui seriana, de edil. edic.* Ergo mutari potest, si hoc ipse desideret, ut in *l. si longius, hoc tit.* Neque hæc repugnant, recte iudicem dari, iudicemque manere, & volentem tantum se eo munere abstinere, atque mutari: Aliud enim est solvi necessitate iudicandi, aliud iudicium solvi, sive iudicem esse desinere. Plinius 10. epist. de Archippo Philosopho: *Fuerunt, inquit, qui dicerent non modo liberandum iudicandi necessitate, sed omnino tollendum de iudicum numero.* Iudex datus, de quo agitur, qui furere cœpit, si velit dum eo morbo vacat, iudicare potest, & retro si velit, liberari potest iudicandi necessitate sumpto alio iudice, necessario sumendus est alius iudex, quia ex 12. tabul. morbus fonticus iudicis iudicium diffundit, diem iudicii diffundit, & differt, non etiam abrogat iudicandi facultatem, *l. 2. §. si quis iudicio, sup. si quis caution.* Ex ea 1. duodecim tab. restat pars quædam, quæ fuit subiecta enumerationi causarum, propter quas iudicium differtur, non solvitur: veluti propter funus familiare, feriasque denicales, vel propter officium, quod sine piaculo præterire non licet, vel propter sacrificium, anniversarium, vel propter morbum fonticum litigatoris, aut iudicis. Et concepta ea pars est his verbis: *Si quid horum fuit vitium iudici, arbitrove, reove, id est, litigatori, dies diffusus esto.* Vitium lex accipit pro obstrigatione, sive obstaculo, ut alio loco, *si morbus ævitæ vitium fecit.* Nec male glossis *τὸ στένος*, id est, impedimentum, quo nomine, & verecundior pars in Aristophane, quæ & à Theodoro Prisciano medico antiquissimo appellatur *impedimentum*. Ex illis autem verbis, *iudici, arbitrove*, ut hoc obiter dicam, patet, divisionem illam actionum in strictas, & bonæ fidei esse ex 12. tab. nam iudex est, qui addicitur iudicio stricto: arbiter, qui addicitur bonæ fidei iudicio. Et hæc de sententia hujus l. satis essent, nisi insuper discutienda esset interpretatio Basilicæ, quæ aliter se habet, quam mea. Nam morbum fonticum accipiunt pro morbo perpetuo, nimirum expressa hujus leg. sententia hoc modo: *μάνια ἐπιγινομένη ἐπ' αὐτῶν τὸν δικαστῶν, διὰ δὲ τῆς δολωκεῖ νόσον ἐναλλασσεται: furor superveniens, inquit, non facit, ut desinat esse iudex: at propter morbum perpetuum mutat.* Et ad hanc interpretationem multum facit *l. ult. §. 1. de edil. edic.* in qua ex Cassio refertur, morbum fonticum esse, qui perpetuus sit. Quod sane ita est: Nam si temporarius est fonticus, & perpetuus multo magis. Sed non in eo consistit, imo pergit ulterius, & negat, eum esse morbum fonticum, qui tempore finiatur, qui temporarius sit. Verum eo nihil moveor. Et iterum dico, morbum fonticum esse hoc loco furorem intervallatum, ac similiter tertianam, ac quartanam, & podagram, & comitialem morbum esse fonticum, licet perpetuo non noceat. Quod autem ex Cassio proponitur in *d. l. ult. §. 1.* videamus uti accipiendum sit. Respicit proculdubio, ut titulus indicat, ex Cassii sententia ad edictum ædilitium, ex quo mancipii venditi redhibitio est ob morbum, vel vitium, quod latebat venditionis tempore. At in eo edicto morbi fit mentio simpliciter, non fontici morbi. Unde queritur, cur ædiles maluerint morbum dicere simpliciter, quam fonticum morbum, quod queri etiam potest de illa 1. 12. tabul. *si morbus ævitæ vitium fecit*: an vero maluerint ædiles, aut decemviri simplici morbi appellatione uti sine alio adjuncto, quia latior est morbi appellatione, quam morbi fontici. Hanc rationem probasse Cassius videtur. Morbus fonticus, ut Cassius sentit dicitur is tantum, qui incidit in hominem, postquam is natus est, *d. l. ult. §. 1.* in ædilitio edicto morbus per se dicitur etiam, qui homini innatus est, ut si quis cæcus natus sit, vel surdus, *l. 1. §. sed sciendum, eod. tit.* Item morbus fonticus ex Cassii sententia, cujus partem retulit Jabolenus, in *l. morbus, de verb. signif.* quæ est ex Jaboleni 14. ex Cassii, inquam, sententia, morbus fonticus is est, qui perpetuus, non temporalis. At in ædilitio edicto morbus simpliciter

A dicitur etiam is, qui temporarius est, quoniam & ob temporarium morbum redhibitioni locus est, in *l. 6. eod. tit.* Verum hæc postrema sententia Cassii nullum præter Cassium auctorem habet. Aliis etiam ejusdem scholæ Jurisconsultis, ut Juliano in *l. questum, de re judic.* placet, morbum quoque fonticum esse, qui tempore finitur, ut febrem duram, & acrem, quæ à veteribus *querquera* dicitur, vel quercera, quæ est frigida cum tremore, *πρακῶδες*. Lucilius: *Jaçans me ut febris querquera.* Idem.

Querquera consequitur febris, capitisque dolores, Omnem denique morbum vehementiorem vim graviter nocendi habentem, ut Sextus Cæcilius J. C. definit apud Gell. lib. 20. cap. 1. Ac præterea in edicto ædiles per se morbum dicere, quam morbum fonticum, non ideo solum maluerunt, quod latior, & generalior sit morbi appellatione, quia nec generaliter ea appellatione comprehendere voluerunt omnem morbum, non levem morbum, puta febriculam, aut modicum ulcus, aut dentis, vel auriculæ dolorem, aut levem lippitudinem. Hi morbi causam redhibitioni non præstant, *l. 1. §. proinde, & l. 4. §. ult. eod. tit.* Sed ideo in ædilitio edicto de morbo generaliter scriptum est, non de morbo fontico, quia ut eleganter Pomponius ait in *l. 4. §. pen.* quod maxime notandum est, in eo edicto nihil ulla de re agitur, cur is ipse morbus obstet. Et morbus fonticus ex his est, quæ ad aliquid referuntur, puta qui nocet alicui rei gerendæ, v. g. liti agendæ, negotio peragendo, iudicio faciundo: qui diem iudicii diffundit, qui comitia dirimit. In Basilicis *νόσος ὀλεθρῆα*, morbus noxius sive nocivus, id est, qui nocet alicui. Novius Gallinaria: *Senium fonticum*, quod agendis negotiis obstet. Et Cælius Aurelianus medicus lib. 1. fonticam, vel fontivam etiam sani iracundi habent, id est, nocentem cum pernicie sua. In ædilitio igitur edicto agitur tantum de sanitate corporis, quod venit, aut morbo vitiove ejus, non habita ratione ad aliud. Itaque nihil attinebat in ædilitio edicto morbum fonticum nominare: quæ ratio est evidentissima.

Ad L. XVII. de Inoffic. test. *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Vnde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, & ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si obtinuerit, uteretur rei judicæ auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.*

Ad §. Cum contra testamentum ut inofficium iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente, secundum presentem iudicatum sit. Hoc enim casu non creditur jus ex sententia iudicis fieri: & ideo libertates competunt, & legata petuntur.

Hæc lex duas habet quæstiones. Quantum ad priorem attinet, sciendum est, querelam inofficiosi testamenti, sive petitionem hereditatis ex causa inofficiosi testamenti, quæ & *actio*, & *accusatio* dicitur, quia impietatis accusat patremfamil. qui testamentum fecit: hanc (inquam) actionem dari liberis exheredatis testamento patris, vel matris, dicentibus, & probantibus se immerito, & contra officium pietatis exheredatos: & hac actione agitur apud centumvros, *l. ult. C. de lib. præ.* ut & hæc verba hujus legis demonstrant, *quasi centumviri, &c.* Quo fit, ut apud Quintilian. 7. cap. 5. illo loco, *quæ in scholis abdicatorum: hæc in foro exheredatorum à parentibus, & bona apud Consules repetensium ratio est: ut putem esse legendum apud centumvros, non apud Consules: vel eo maxime, quod subijciat postea de filio exheredato sub hoc elogio, quod meretricem amaverit, quæstionem esse, an huic delicto patet debuerit ignoscere, & cetumviri, inquit, tribuere debeant veniam?* Et inde etiam hæc actio, id est, petitio hereditatis ex causa inofficiosi testamenti centumvirale iudicium appellatur in *l. Titia, h. tit.* Et initio §. epist. Plinii sec. quum

quum ait, *Curianum exheredatum a matre, cum heredibus A scriptis a matre subscripsisse centumvirale iudicium*, id est, egisse querela inofficiosi testamenti: sicut & aliam quamcunque petitionem hereditatis, quacunque ex causa descendat, constat esse centumvirale iudicium, *l. petitor, de lib. leg. l. ult. C. de petit. hered.* Vis autem & potestas hujus actionis hæc est, ut rescindat testamentum patris, ut parentem intestatum faciat, & hereditatem, quam adierant, evincat heredibus scriptis, si liberi exheredati recte probant, se immerito exheredatos fuisse, *l. 6. si quis, & l. nam etsi ult. sup. hoc tit. l. ut liberis, C. de collat.* quod etiam in hac lege hæc verba notant, *cum facerent intestatum*, id est, cum centumviri patrem facerent intestatum, re iudicata contra heredem scriptum, & contra testamentum, ut impium, & inofficiosum. Et ita hic locus explicandus est. Porro his cognitis fige: patri duo sunt filij, primus & B secundus, quos testamento exheredavit, & extraneum heredem scripsit, quo adunte hereditatem, primus repudiantis animo omisit querelam inofficiosi testamenti, repudiavit querelam, & hereditatem patris: Secundus autem hac actione egit, & vicit re iudicata contra testamentum, & heredem scriptum. Quæritur, *an frater, qui repudiavit, secundo partem faciat*, vel ut Virgil. ait, *vocetur in partem?* sic enim ille.

---- *Ipsumque vocamus*

In prædam partemque Iovem.

In partem vocare juris verbum est, pro participem facere, & partiarium admittere. Cicero pro Cæcinnâ, *mulieres in partem vacatae sunt*. Qui egit querela, & vicit, an ei partem hereditatis paternæ auferat, an persona primi numeretur in faciendis partibus hereditatis paternæ? quod eo pertinet, ut intelligamus, utrum secundus, qui querela obtinuit, vindicet totam hereditatem, an partem dimidiam tantum: nam si frater, qui repudiavit, ei partem non facit, totam hereditatem vindicat: si ei partem facit, vindicat tantum mediam partem. Et summo quidem jure, primus, qui repudiavit, videtur partem facere secundo, qui egit, & obtinuit rem, quia victoria secundi proficit primo, *l. Papi. §. quoniam, hoc tit. & l. 6. §. si quis*. Quid enim vicit secundus? Ut rescinderetur testamentum patris, ut intestatus fieret pater, hic est exitus querelæ inofficiosi testamenti. Intestato igitur patre factus consequens est, utrumque vocari ad legitimam hereditatem patris ab intestato. Et ideo non recte vindicari totam hereditatem ab eo, qui querela egit, & obtinuit, sed duos semisses fieri oportere, ita ut inter Primum, & Secundum fratres consortes æquis portionibus hereditas patris dividatur. Et ita quidem prorsus res se haberet, si Primus repudiantis animo non cessasset, si cunctatus esset, non repudiasset. At, ut inquit Paulus, quum repudiavit, pro nullo habetur; & tueri se potest Secundus in vindicando assere auctoritate rei iudicatæ à centumviris, hoc colore, quasi centumviri, cum patrem intestatum facerent, hunc solum filium fuisse in rebus humanis crediderint, atque adeo hunc solum voluerint ex asse heredem esse. Itaque Secundus auctoritate fretus Centumvirorum assem vindicare potest, quasi primo non concurrente, nec faciente partem. Et ita rectissime respondit Paulus, nota centumviro, iudicando contra testamentum ut inofficiosum, ut iudicium hominis minus sani patrem facere intestatum. Nam ita fere pronuntiant: videri patrem minus sanæ mentis fuisse, cum testamento faceret, neque id ratum esse oportere, *l. mater, hoc tit.* ut in suprad. epist. Pli. *videri patrem non iustas habuisse causas irascendi filio*, & hæc si unus ex fratribus repudiaverit querelam inoffic. testam. Idem tamen juris est, si egerit unus ex fratribus querela inofficiosi testamenti, & non obtinuerit, idem si egerit & præscriptione quinquennij exclusus fuerit. Nam querela inofficiosi testamenti finitur quinquennio, *l. 2. in quibus caus. rest. in integ. est necess.* Sive igitur unus ex fratribus repudiaverit, sive non obtinuerit, sive tempore exclusus fuerit, in legitima hereditate non concurrat fratri, qui egit querela inofficiosi testamenti, & obtinuit, *l. si ponas, §. ult. inf. b. tit.* Et hoc est, quod ait *l. prox. in pr. sup.* filia, quæ non egit, id est, quæ

Tom. II. Post.

repudiavit, vel tempore exclusa est, vel quæ non obtinuit, in legitima hereditate fratris non concurrat.

Ad §. *Ultimum*. Initio Paulus proponit hanc regulam, quæ certissima est: *cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur*, id est, defunctus creditur non potuisse facere testamentum. Ex quo sequitur, corruere omnia, quæ in testamento scripta sunt, quasi facta ab eo, qui creditur non habuisse testamenti factionem: hoc enim colore rescinditur testamentum, quasi non sanæ mentis fuerit testator, ut testamentum ordinaret, qui in eo temere, & immerito liberos suos exheredavit, *l. 2. l. Titia, l. mater, hoc tit. l. nec fideicommissa, de leg. 3.* Est enim species quædam insaniam suo generi succensere sine causa, suo sanguini. Ideoque in eo testamento, quod inofficiosum iudicatur, relicta legata, aut fideicommissa, aut libertates non valent. Hoc iure scilicet quod obtinuit semper ante Novell. Justin. 115. Ex qua propter exheredationem liberorum rescinditur per querelam inoffic. testam. sola institutio heredis, vel substitutio vulgaris, cætera omnia valent, puta legata, fideicommissa, libertates, tutelæ, tabulæ pupillares. At hoc iure nihil omnino in eo testamento scriptum valet, quod ut inofficiosum iudicatum est. Unum tantum hoc loco casum exponit Paulus, quo & hoc iure, quod ante Justinianum obtinuit, querela inofficiosi testamenti, vincente filio exheredato, legata, aut fideicommissa, aut tutelæ, aut libertates non intercident: & casus hic est, si heres scriptus ex contumacia condemnatus sit, *μωνομερεως*, ut dicunt, puta quod iudicio defuit, quod vocanti in jus, neque respondit ipse, neque alius ejus nomine: hoc casu auferitur quidem hereditas heredi scripto, sed exheredatus, qui eam auferit, debet præstare legata, & fideicommissa, & libertates jis, quibus relicta sunt. Quod est ex constitutione Divorum fratrum Antonini & Veri, ut subiicitur in *l. seq.* Cur vero hoc casu non omnia corruunt, quæ in testamento scripta sunt? Quia hoc casu non creditur jus ex sententia iudicis fieri: sententia jus per omnia non facit, sententia non habet auctoritatem rei iudicatæ, nisi adversus heredem scriptum, qui iudicio adesse neglexit, non adversus legatarios, & fideicommissarios, vel manumissos, *l. si perlusorio, §. ult. de appell.* quæ id aperte declarat, de quo mirum in modum hoc loco dubitat Accurs. legata peti, & fideicommissa, libertates ab eo, qui querela inofficiosi testamenti obtinuit, heredi scripto damnato ex contumacia, ex eremodicio, *par default*, deserto iudicio. Denique hoc casu iudex non creditur pronuntiasse, aut centumviri non creduntur pronuntiasse de jure testamenti, qui heredem magis damnaverunt propter ejus contumaciam, quam quod revera inofficiosum testamentum esset. Est & alius casus, quo idem contingit ex constitutione Divi Pii, ut querela inofficiosi testamenti rescindat institutionem solam heredis, non cætera, quæ testamento scripta sunt, si heres scriptus colluserit cum filio exheredato, qui secum subscripserat centumvirale iudicium, & ab eo se vinci passus sit, si causam egerit lusorie, non plene, non strenue & bona fide, quod iudicium perlusorium dicitur. Et hoc quoque casu sententia, qua iudicatur contra testamentum ut inofficiosum, per omnia jus non facit, quia neque legatariis nocet, neque fideicommissariis, neque manumissis, quia non fuit iustus contradictor, iustus defensor testamenti, id est, adversus iustum contradictorem filius exheredatus non tenuit causam. Et hoc ostenditur in *l. si perlusorio, in princ. & l. à sententia, D. eod. tit. l. si servus plurium, §. 1. & pen. de leg. 1. l. si suspecta, inf. hoc tit.*

Ad L. XIX. Eod. Mater decedens, extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante: alteram præterit. Hæc de inofficioso egit, & obtinuit. Quæro scriptæ filiæ quomodo succurrendum sit? Respondi: Filia præterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quæ omissa est, etiam si totam hereditatem ab intestato petat, & obtineat, solam habituram universam successionem:

LII

que:

quemadmodum si altera omisset legitimam hereditatem. Sed non est admitendum, ut adversus sororem audiat agendo de inofficioso. Præterea dicendum est, non esse similem omittenti eam, quæ ex testamento adiit: & ideo ab extraneo semissem vindicandum, & defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod, non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licet quasi furiosæ iudicium ultimum ejus damnetur. Cæterum si quis putaverit, filia obtinente, totum testamentum infirmari: dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quæ ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deservi: cum & hi, qui sciunt, jus suum eligentes, id quod putant sibi competere, non amittant: quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti, falsa opinione motus, amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem præteritam vindicare: cum rescisse testamento, etiam instituta salvum jus sit adeunda hereditatis.

Species legis hæc est de matre, quæ unam ex filiabus, cum duas haberet, præteriit, omisit, exheredavit. Hæc tria verba idem possunt in testamento matris. In testamento patris longe aliud est præterire filium, aliud exheredare. Præterire est silentio omittere. Silentium patris non est exhereditatio: Silentium patris ipso jure vitiat testamentum, non exhereditatio: silentium matris non vitiat testamentum ipso jure, quia exhereditatio est: testamentum, in quo liberi sunt a parentibus exheredati, aut in quo censentur exheredati, ipso jure valet, sed rescindi potest ex causa per querelam inofficiosi testamenti. Silentium patris major est injuria, vel impietas, quam exhereditatio: exhereditationi enim semper inest causa aliqua, & additur semper elogium, id est, ejus causæ testificatio, silentii nulla causa apparet: & tamen quia major & constantior est pietas patris, quam matris, non creditur pater temere iratus fuisse adversus filium, nisi eum nominatim exheredaverit, id est, nisi iram suam manifestarit: facilius mater creditur irata fuisse erga filium, quem præteriit, sive prætermisit, id est, quem neque heredem instituit, neque nominatim exheredavit. Quo fit, ut silentium matris, sive præteritionem habeamus pro exheredatione, non etiam præteritionem patris, quæ sunt certissima principia juris in §. mater, Institut. de exher. lib. Quibus & hoc addamus, per querelam inofficiosi testamenti liberos exheredatos, vel parentes petere hereditatem ex causa inofficiosi testamenti. Querela inofficiosi testamenti nihil aliud est, quam petitio hereditatis ex causa inofficiosi testamenti, ut in l. seq. & l. si quis filium, C. eod. tit. l. pen. §. sed quemadmodum, de honor. poss. cont. tab. Et ideo in hac lege, illo loco: etiamsi totam hereditatem ab intestato petat, id est, etiamsi veluti ab intestato agat querela inofficiosi testamenti in assem, in totum, in solidum, & eum, qui egit hujusmodi querela, actione, accusatione, sive petitione hereditatis ex causa inofficiosi testamenti, si obtinuerit patremfamilias, qui testamentum fecit, facere intestatum, ut nominatim scribit l. 6. §. si quis, hoc tit. quomodo facit patremfamil. intestatum? aut quo sensu dicimus, patremfamilias fieri intestatum ab eo, qui egit querela, & vicit? nempe eo sensu, quo dicimus eum, qui in causa aliqua obtinet & superat adversarium, condemnare adversarium, cum tamen ipse eum non condemnet, sed judex. Verum & adversarius condemnare eum dicitur, quem judex condemnat, quia per eum factum est, ut condemnaretur. Et ita, qui obtinet querela inofficiosi testamenti intestatum patremfamil. facit: quia per eum factum est, ut centumviri patremfamil. intestatum facerent: nam non ipse proprie, sed centumviri intestatum faciunt, l. 17. hoc tit. His cognitis, ponamus speciem in hac l. Mater, quæ duas habebat filias, extraneum heredem scripsit ex dodrante, & filiam unam ex quadrante, alteram præteriit, sive exheredavit, quæ post mortem matris egit querela inofficiosi testamenti adversus heredes scriptos testamento matris, qui adierant hereditatem: neque enim datur querela, antequam heredes scripti adierint, l. Papinianus, §.

si conditioni, hoc iii. Egred igitur filia exheredata, filia præterita adversus sororem & extraneum, & obtinuit. Fecit igitur matrem intestatam: hic est exitus querelæ. Queritur, an soror, quæ heres scripta est ex quadrante, & adivit hereditatem, sorori exheredatæ, quæ obtinuit querela, in legitima hereditate concurrat, & partem faciat, id est, simul cum ea veniat ad successionem matris intestatæ, non mortuæ quidem intestatæ, sed factæ intestatæ, rescisso in totum testamento per querelam inofficiosi testamenti? Similis hæc quæstio est illi, quam habuimus in l. 17. hoc tit. Sed illa quæstio legis 17. est de uno ex duobus filiis exheredatis, qui repudiavit hereditatem patris, ad quam remedio querelæ venire poterat ab intestato una cum fratre, qui querela egit & obtinuit. Quæstio autem hujus leg. 19. est de uno, vel una ex filiis, aut filiabus, quæ hereditatem parentis adivit ex testamento, quo factio videtur hereditatem parentis legitimam, id est, ab intestato omisisse, vel repudiasse, cui locus exiit, altera filia, quæ exheredata est, agente querela inofficiosi testamenti, & obtinente. Et sane si illa, quæ fuit heres instituta, adeundo hereditatem ex testamento, intelligitur repudiasse legitimam hereditatem parentis ejusdem (quia qui repudiavit pro nullo habetur) necessario ex eo consequitur, filiam exheredatam, quæ querela obtinuit, universam hereditatem ab intestato recte vindicare posse, exclusa sorore, quæ ex testamento se gessit pro herede. Et tamen nemo est, qui non videat, iniquum esse, sororem penitus excludi, quod adierit ex testamento, quia scilicet nec debuit adversus eam, quæ ex quadrante tantum fuit scripta, imo vero nec si scripta fuisset ex semisse, non debuit, inquam, adversus eam dari querela inofficiosi testamenti, sed adversus extraneum duntaxat pro semisse, pro parte extranei, id est, pro dodrante matre facta intestata, qui ex dodrante, ut posuimus, heres scriptus fuit, vel si ex semisse, tantum pro semisse. Denique filia exheredata non debuit agere querela adversus sororem scriptam ex quadrante, sed adversus extraneum tantum scriptum ex dodrante, ut pro dodrante matrem faceret intestatam, & divideret eum dodrantem cum sorore, hoc modo, ut exheredata sibi haberet semissem, sex uncias: residuum autem quadrantem, id est, tres uncias relinqueret sorori, veluti ab intestato, ut Græci recte adnotarunt: nam institutio extranei tota rescinditur, sed quia cum eo solo agit filia exheredata, ne plus habeat, quam si mater ab initio intestata fuisset, ex portione extranei feret tantum semissem, quem solum habitura erat, si mater intestata decessisset: residuus autem quadrans pertinebit ad sororem heredem scriptam jure legitimo ab intestato: atque ita fiet, ut exheredata semissem habeat ab intestato: scripta quadrantem ab intestato, & quadrantem ex testamento. Ut enim querela hoc quandoque facit, ut unus sit heres ex testamento, alter ab intestato: ita facit, ut unus idemque sit heres partim ex testamento, partim ab intestato, ut si duæ sint filiæ, & una sit heres scripta ex asse, altera exheredata, hæc adversus illam agit querela in semissem tantum, & pro semisse parentem intestatum, vel intestatam facit, semissem vindicat ab intestato. Illa vero, quæ ex asse heres scripta fuit, alterum semissem retinet ex testamento. Una igitur est heres ex semisse ab intestato, altera heres ex semisse ex testamento, ut in l. nam etsi, §. ult. & l. filio, in princ. l. circa, l. si non mortis, §. ult. hoc tit. Nemo nisi miles sit, potest mori partim testatus, partim intestatus, hoc est certum: sed post mortem nihil refert, quin fiat pro parte tantum intestatus, ut si frater exheredatus agat querela adversus fratrem heredem scriptum, etiam in specie hujus legis, quam antea exposui: si, inquam, querela intendatur adversus extraneum solum, facit ut unus idemque, puta filia heres instituta, partim sit heres ab intestato, partim ex testamento, non infirmato toto testamento, licet quasi furiosæ ultimum matris iudicium damnetur, sed infirmato testamento pro parte extranei tantum. Et hæc si filia exheredata egerit querela inofficiosi testamenti pro parte, si matrem intestatam fecerit pro parte. At, ut initio exposuimus, matrem intestatam fecit

in totum , per obreptionem forte , & ut Græci dicunt ἔσφαρρυλω , quia obrepfit iudicibus . Denique , ut posuimus , matrem in totum intestatam fecit agendo adversus omnes heredes scriptos , puta sororem , & extraneum , eosque vincendo . Unde merito quæritur , an filia exheredata , quæ eos vicit , universam hereditatem ab intestato vindicare possit , & sororem repellere , quasi ab ea sit repudiata causa intestati , quæ ex testamento se pro herede gessit ? Quod si quis putaverit hæc pugnare , negandum est , scilicet negandum est , eum , vel eam , qui , quæve adivit ex testamento , quod putat valere , id est , quod putat non in ea causa esse , ut rescindatur unquam : omisisse eam , vel repudiassè videri eandem hereditatem ab intestato . Nemo enim repudiare videtur , quod nescit sibi deferri , l. 8. tit. seq. l. illud dubitari , in fi. de acquir. hered. l. 2. C. de success. edict. Nesciebat autem filia heres instituta , quum ex testamento adivit , sibi eandem hereditatem ab intestato delatam iri : sciebat quidem sororem fuisse exheredatam , eique competere querelam , sed nesciebat primum , an actura esset querela : deinde nesciebat quis hujus iudicii exitus futurus esset . Incertissima enim est alea iudiciorum , incertissima fata causarum . Et quid etiam si credidit sororem merito fuisse exheredatam ? Et tantum abest , ut ait Paulus , ut nesciens jus suum , id amittat , quasi id repudiaverit aliud amplectendo , ut aliquando nec sciens jus suum , id amittat , licet aliud eligat , quod falso sibi competere putat . Et hoc est , quod ait , cum et hi , qui sciunt jus suum , &c. sic est legendum , cum hi , qui sciunt , non cum & nesciant , ut & glossa legit , & habent Florentini , & Basilica οἱ γινώσκοντες εὐδὲ ἰδιον δὲ καυον in interpretatione Dorothei . οἱ γινώσκοντες εὐδὲ οὐ καυον δὲ καυον . Idq; probatur mox à Paulo , dato exemplo de patrono , qui cum sciret jus sibi esse petendæ bonorum possessionis contra tabulas liberti , omisso legato , quod sibi testamento liberti relictum putabat . De patrono igitur , qui cum sciret electionem se habere , vel agnoscendi legati , quod sibi relictum putabat testamento liberti , vel petendæ bonorum possessionis contra tabulas , qui elegerit legatum , quod postea cognoverit sibi relictum non esse : hoc casu non prohibetur bonorum possessionem contra tabulas petere , quia non intelligitur eam repudiassè agnito falso legato , l. Paulus , inf. de bon. libertor. Cui non obloquitur l. 3. si quid in fraudem patroni factum sit , quoniam ibi patronus sequutus fuit verum iudicium liberti , non , ut in proposito exemplo , falsum . Et huic exemplo addi potest aliud ex l. nihil , §. pen. sup. hoc tit. & l. eum , qui , in princ. inf. hoc tit. Et ex his tandem concluditur , etiam si quis putaverit in specie proposita , totum testamentum rescindi , tamen filiam exheredatam non posse vindicare , nisi semissem , alterum semissem pertinere ad sororem ab intestato , quia adeundam hereditatem ex testamento , non videtur repudiassè jus adeundæ ejusdem hereditatis ab intestato , si forte totum testamentum rescinderetur . Nec est eis quod addam aliud , nisi hoc tantum , in quo laborat Accursius , non idem omnino servari in bonorum possessione contra tabulas , quæ datur filio præterito testamento patris : nam si filius sit institutus ex uncia , extraneus ex deunce , vel filius ex quadrante , extraneus ex dodrante , & alter filius præteritus , commissio edicto , aperto edicto de bonorum possessione contra tabulas , & ab utroque filio agnita bonorum possessione contra tabulas , si filius heres institutus , jam ante adierit hereditatem ex testamento , vel petierit bonorum possessionem secundum tabulas , jure commissi edicti , jure bonorum possessionis contra tabulas , non habebit nisi unciam , ex qua institutus est , vel quadrantem , ex quo institutus est , l. si duobus , §. 1. de bonor. possess. cont. tab. l. 1. §. ibidem , de collat. bon. Et ratio hæc est : qui adit hereditatem , adivit unciam , vel quadrantem , sciens fratrem esse præteritum , id est , sciens testamentum ipso jure non valere , non debuit adire , & si non adiisset , tulisset semissem , vel beneficio fratris præteriti , suæ stultitiæ imputet , quod adierit . Quod si idem filius fuerit institutus ex semisse , vel ex majore parte , & adierit antequam committeretur edictum , postea commissio edicto non habebit nisi semissem ,

Tom. II. Post.

A etiam si scriptus fuerit ex majori parte , quoniam res omnis redigitur ad causam intestati , & ab intestato fratres æquas partes ferunt . Id quod ostendit d. l. si duobus , §. 1.

Ad L. LXVI. de rei vind. Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus , quod abire à nobis dominium speratur , si conditio legati , vel libertatis extiterit .

E Leganter ait , suum esse vindicare , quod facit quicumque in rem agit in l. 27. §. cui legatum , de aur. & arg. leg. & alibi sæpe , suum esse petere , §. certe , Instit. de rerum divis. §. ex maleficiis , Instit. de act. l. si mater , §. si quis , de excep. rei jud. & dominium petere , l. si mancipium , §. ult. de evict. Non ideo autem minus , inquit , rem nostram esse vindicamus ; quod abire à nobis dominium speratur , si extiterit conditio libertatis , vel legati : de statulibero loquitur , & de re sub conditione legata . Statuliber , id est , is , cui testamento data est directa libertas in diem , vel sub conditione , medio tempore servus est heredis , l. 9. & l. 15. de statulib. Res quoque sub conditione legata , interim , dum pendet conditio , est in dominio heredis , l. 12. §. 1. fam. ercisc. l. 1. §. servi appell. de SC. Syllan. Verum ab herede dominium abire speratur , si extiterit conditio libertatis , vel legati , nec tamen quod ab eo dominium abire possit , interim prohibetur eam rem , eumve hominem suum esse petere actione in rem . Hac actione petitur etiam , quod perfecte nostrum non est : neque videtur perfecte nostrum esse , quod ex casu , puta ex eventu conditionis nobis avocari , & auferri potest , l. omnes actiones , §. ult. de reg. jur. l. cum quis , §. qui hominem , de solut. Perfecete , id est , in plenum , ut ait lex Neratius , de cond. ind. vel pure , ut ait l. ult. §. sed quia , C. comm. de legat. Statuliber , vel res sub conditione legata interim pure non est heredis , antequam conditio defecerit : defecta conditione tunc incipit pure , perfecte , in plenum esse heredis . Et observandum est , in solutione quidem id exigi omnimodo , ut res , quæ solvitur , perfecte fiat creditoris , ita ut avelli ei non possit , alioquin is , qui solvit , non liberatur . Proinde , qui hominem debet , & Stichum statuliberum , cui implicitus est casus libertatis , solvit , non liberatur , d. §. qui hominem , d. l. Neratius . Idemque est , si solvit Stichum , quem alii pignori obligavit , quia & hic avocari potest creditori actione quasi Serviana , l. 20. de solut. In vindicatione autem non exigitur , ut res sit pure , perfecte , & ad plenum ejus , qui eam vindicat . Qua ratione & emptor , cui res in diem addicta est , puta ut sit ei res empta tot aureis , nisi quis intra illas calendas meliorem conditionem fecerit , id est , nisi pretio adjecerit , quo res abiret à domino , id est , à priori emptore , hic , qui ea lege emit , quamvis non sit perfecte dominus ejus rei , quia dominium ab eo abire potest , allata meliore conditione , facta scilicet licitatione , sive adjestatione pretii , tamen interim recte eam rem suam esse vindicat , l. si quis hac lege , sup. hoc tit. Accursium nescio quid moverit , ut huic legi nostræ objiceret l. si fur , vel l. 12. §. ult. inf. de usufr. quæ cum hac lege omnino consentit . Ait enim , rem legatam sub conditione , interim esse heredis : existente conditione legati ab herede discedere , & ad legatarium transire . Porro ex contrario ejus legis , sive ἐξ ἀντιδιαστολήσ , intelligitur eum , qui sperat certæ rei dominium , non habere ejus rei vindicationem . Non spes domini parit domini actionem , hæc actio domini actio est , Levittis , de usur. Sed hanc actionem parit dominium , sed non perfectum tantum , verum etiam imperfectum . Et notanda maxime est hæc distinctio inter perfectum , & imperfectum dominium : Nam usui esse potest in quæstione de fructibus quærendis bonæ possessori . Fructus , quos percepit bonæ possessor , statim pleno jure ejus sunt , ut nec usucapi possint ab eo , cum ejus sint pleno jure , l. in pecudum , de usur. sunt ejus pleno jure statim , non perfecto tamen , quia ab eo avocari possunt , si extent eo tempore , quo dominus ab eo rem suam esse vindicat , l. certum , C. de rei vind. §. si quis à non domino , Instit. de rer. divis. Perfecete autem hujus sunt consumptione , quia de fructibus ab eo consumptis dominus agere non potest , d. §. si quis , l. quæsitum , in fi. de acquir. rer. dom. l. sequitur , §. lana , de usurp. & usuca.

L 11 2

Ad

Ad L. XXXVIII. de Servit. urb. præd. Si ædes meæ à tuis ædibus tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat, servitus imponi non potest.

Sententia legis hæc est: si tecum habita conventionem, ædibus meis hanc servitutem imponam, ne mihi ædes meas altius tollere liceat, ne luminibus tuarum ædium officere liceat, & ædes meæ à tuis tantum distent, ut conspici, vel prospici, ut ait, non possint, aut medius mons earum conspectum auferat: ea servitus, quam imposui ædibus meis, non valet, quia tuarum ædium nihil interest, & servitutis, cujus nulla est utilitas, nulla etiam impositio est, *l. quotiens, sup. tit. prox.* Igitur, ut subjicit in *l. seq.* nemo propriis ædibus servitutem imponere potest, nisi & is, qui cedit servitutem, & is, cui ceditur in conspectu habeant ejus ædes, ita ut officere aliæ aliis possint. Possunt quidem ædes meæ hanc servitutem debere tuis ædibus, non tantum si tuæ vicinæ sint, sed & si posteriores sint, licet intermediæ ædes tuis servitutem hanc non debeant. Possunt igitur meæ ædes servire tuis, quæ sunt procul, in medio interjectis forte unis, aut pluribus ædibus, nil refert, *l. 4. §. ult. & l. 5. si servit. vindic. l. si quis duas, & l. in tradendis, §. interpositis, comm. præd.* Sed non erit utilis hæc servitus, nisi tuæ ædes meis, & vicissim meæ tuis sint in conspectu, ut officere aliæ aliis possint: meæ servire possunt tuis etiam remotioribus, si modo sint in conspectu. Quare ut Cicero scribit *1. de oratore*, cum M. Buccul. in vendendis L. Fusio ædibus ita cavisset, *lumina ædium venditarum uti nunc sunt, ut ita sint*: Fusio simul, atque ædificari ceptum est in quadam parte urbis, quæ modo ex illis ædibus conspici possent, egit statim, inquit, cum Bucculejo, quod cuicumque particulæ cœli officeretur, quamvis esset procul, mutari lumina putabat, quæ modo, inquit, ex illis ædibus conspici possent, alioqui nulla fuisset Fusio agendi causa, sed nec eo interveniente fuit justa intentio Fusii, quia eadem fuit lex venditionis, quam dixit Bucculejus, cum ea, quæ proponitur in *l. 2. hoc tit.* Bucculejus scilicet cum duas ædes haberet, & alteras retineret, alteras venderet, eis, quas retinebat hanc servitutem imposuit, *lumina uti nunc sunt, ut ita sint*, id est, ut lumina ædium venditarum Bucculejus excipere, ut fenestras, quæ tum essent, liceret Fusio aperire, & immittere in ædes, quas Bucculejus retinebat, & ut ne Bucculejus ædificando, vel quo alio modo cœli lumen Fusio auferret, ut in *l. 3. & l. eos, hoc tit.* Inter lumina, & fenestras fere nihil interest. Cicer. *2. ad Attic.* *Angustias fenestrarum opponit latis luminibus, hoc est, latis fenestris.* Et male in desloratis Caii Institutionibus, *fenestræ separantur à luminibus.* Recte autem M. Tullius, *cuicumque particulæ cœli officeretur, mutata lumina videri, & quasi interversa.* Nam ut eleganter ait *l. lumen, hoc tit.* lumen est, ut cœlum videatur. Verum non agebat tamen Fusio recte, quia Bucculejo hæc fuit mens, ut de se caveret, non de aliis, de suis ædibus, non de alienis, non de omni parte urbis, nihil se facturum, quo præsentia lumina ædium venditarum mutarentur, non etiam ut alios nihil facturos, quo mutarentur: vel quo officeretur ulli particulæ cœli, non ut nunc, & in posterum semper eam omnem, quam videbat cœli particulam, videret. Erraverat tamen Bucculejus quodammodo in dicenda ea lege venditionis, quia non satis aperte, aut quia nimis generaliter eam conceperat, quæ res speciem agendi Fusio præbebat, sed id nunquam cogitasse venditor intelligitur, ut caveret emptori nulla parte cœli, vel urbis fore, ut lumina ædium venditarum mutarentur.

Ad L. XXXVI. Famil. ercisc. Cum putarem te coheredem meum esse: idque verum non esset, egi tecum familiæ erciscundæ judicio, & à iudice invicem adjudicationes, & condemnationes factæ sunt. Quæro, rei veritate cognita, utrum conditio invicem competat, an vindicatio: & an aliud in eo, qui heres est, aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est? Respondi: Qui ex asse heres erat, si cum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiæ erciscundæ judi-

A. cium, & condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiæ erciscundæ, nisi inter coheredes acceptum. Sed quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quod si neuter eorum heres fuit: sed quasi heredes essent, acceperit familiæ erciscundæ iudicium: de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice dividerint res: etiam conditionem earum rerum, quæ ei cefferunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres competere dici potest: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit.

HUjus legis species hæc est: Quidam cum esset heres ex asse, & extimaret per errorem, se L. Titium coheredem habere, egit cum L. Titio familiæ erciscundæ, de hereditate dividenda, accepto arbitro, per quem hereditas divideretur, & ut in hoc arbitrio, seu iudicio fieri solet, factæ sunt invicem adjudicationes, & condemnationes: adjudicationes rerum hereditariarum in solidum, vel pro parte, & cum in alterius persona adjudicatio præponderare, ac prægravare videretur, condemnationem in certam pecuniam alteri pernumerandam, cujus minor pars esset, ejus partis explendæ causa: pecunia est mensura rerum, quæ omnia ad æqualitatem redigit, de qua potissimum agitur in hoc iudicio, ut coheredes æquas partes ferant, si ex æquis sint instituti heredes, vel ab intestato omnino æquas: ex testamento vel æquales, vel inæquales pro rata portionum adscriptarum in testamento. Et hoc quidem genere iudicii quasi contrahitur emptio, & venditio necessaria, & involuntaria: adjudicatio quasi necessaria venditio est, *l. si pignori, hoc tit.* venditio, & cessio, sive traditio. Quo fit ut adjudicatio statim dominium adquiratur ei, cui res adjudicata est, ut Ulpianus scribit *lib. reg. tit. de dominiis*, & est proditum evidenter in *§. ult. Instit. de off. jud.* Alioquin ex sententia iudicis dominium non transfertur: ex adjudicatione, quæ fit per sententiam iudicis in iudicio familiæ erciscundæ, vel communi dividendo, quæ iudicia sunt ex *12. tabulis*, statim transfertur dominium, quod id *lex 12. tabul.* unde profecta ea iudicia sunt, addixerit ei, cui iudex rem adjudicaverit. Cur igitur adjudicatione dominium statim adquiratur, id manat ex *12. tabulis* magis, quam ex auctoritate iudicis, quia iudex non potest per se facere dominium eum, qui non est dominus: possessorem facere potest, dominum sola lex facit: nam nec prætor dominum facere potest. Porro cum ita per iudicium familiæ erciscundæ factæ essent adjudicationes, & condemnationes mutæ inter heredem ex asse, & L. Titium quasi coheredem, quæritur errore comperto, & rei veritate cognita, utrum invicem competat vindicatio rerum, quas alterutri iudex adjudicaverit, aut pecuniarum, quas alter alteri ex condemnatione solverit, an vero competat conditio indebiti. Denique quæritur, utra actio competat, vindicatio, an conditio indebiti, vel an neutra competat? Utraque non potest competere, quia ubi est vindicatio, non est conditio indebiti: & retro, ubi est conditio indebiti, non est vindicatio, *l. dominus, l. si in area, inf. de condit. indeb. l. servus infcio domino, de fidejuss.* Et hoc casu non esse vindicationem, certissimam est, quia adjudicatio, ut dixi, dominium mutavit. Idemque numeratio pecuniæ facta ex condemnatione, perfecit. An etiam non competat conditio indebiti dubitatur: & sane verius est, nec conditioni indebiti locum esse: quia sententia iudicis factæ sunt partes, factæ adjudicationes, & condemnationes. Ergo, quod ex ea causa, id est, ex causa iudicati cessit alterutri, indebitum non fuit: quia tamen natura indebitum fuit, quia res iudicata naturalem obligationem neque parit, neque perimit, *l. Julianus, inf. de condit. indeb. l. 8. §. 1. rem rat. hab.* parit tamen civilem obligationem res iudicata, & actionem iudicati. Ideoque ex causa iudicati solutum, quasi omnino indebitum, condici non potest. Et hæc est definitio certissima in jure: ex causa iudicati, etiam male, & perperam iudicati, per errorem, aut gratiam, solutum condici non posse, *l. 1. C. de cond. indeb. l. 2. C. de compensat. l. si*

l. si fidejussor, §. in omnibus, mand. l. de qua re, §. ult. de A
judic. Idque (ut ait d. §. in omnibus) propter auctorita-
tem rei judicatæ, cui stari, quamque ita fixam esse, ut con-
velli non possit, publice interest, quia rebus judicatis Reip.
status continetur, l. servo, §. cum prætor, ad SC. Trebel.
Accedit alia ratio, quæ potior, & antiquior est, cur so-
lutum ex causa judicati condici non potest, etiam si per-
peram judicatum sit, quia certissima hæc alia est regula
juris, cui etiam hodie locus est, solutum ex ea causa, quæ
per inficiationem in lite crescit, per errorem, licet inde-
bitum sit, condici non posse, l. 4. C. de cond. indeb. §. ult.
Inst. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc. Ex causa judicati
olim inficiatione crescebat in duplum, auctore Paulo 2.
sentent. tit. 19. M. Tullius pro Flacco: frater, inquit, meus
pro sua aequitate, prudentiæque decrevit, ut si judicatum ne-
garet, in duplum iret. Actioni judicati Paulus etiam addit
B
actionem legis Aquiliæ, quam etiam constat si reus ad
inficias eat, & convicatur, duplicari, l. Inde Neratius, §.
hæc actio, ad leg. Aquil. & actionem legati per damnatio-
nem relictæ, d. §. ult. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr.
nasc. ac præterea actionem depositi: nam apud Paulum
pro depensi, quod nihil significat, puto legendum depo-
siti, quia eundem Paulum apud Licinium Rufinum lego
scribere, ex duodecim tabulis, actionem depositi dari in
duplum. Sane non in confidentem, ergo in eum tantum,
qui inficiatur depositum, quia hæc inficiatio prope fur-
tum est: non quidem furtum est, sed prope furtum est,
ut ait lex inficiando, de furt. Itemque actionem ex empto,
si venditor in modo agri mentitus sit, quod etiam esse
ex 12. tabulis M. Tullius scribit 3. de offic. Ex duodecim
C
inquit, qui inficiatur est: quæ lingua nuncupavit, dupli-
penam subit. Hodie etiam ex Novel. 18. quæ constitutione
regia comprobata est, conditio ex proprio chirographo
inficiatione crescit in duplum. Ex his vero causis non de-
bitum solutum per errorem, condici non potest, quia, nec
alia est probabilior ratio, solvi videtur ultro, non tam
ab ignorante, quam à sciente pœnæ evitandæ causa: solvi
videtur, & proici pecunia propter metum pœnæ, quam
fubeunt inficiatores. Et hac ratione etiam ex causa judi-
cati solutum condici non poterat. Quamobrem in l. ser-
vo manumisso, inf. de condit. indeb. §. l. 8. §. 1. rem rei hab.
D
solutio, quæ revocatur per conditionem indebiti, pro-
ponitur facta sine judice, quia facta auctoritate judicis,
revocari non potest. In specie igitur hujus legis, si ac-
cepto judicio familiæ eriscundæ inter heredem ex asse, & L.
Titium, quem putabat sibi adjectum heredem esse, invi-
cem factæ sint quasi permutationes, partium adjudicatio-
nes, condemnationes in certam pecuniam, constituendæ
æqualitatis gratia, ex sententia judicis familiæ eriscun-
dæ cognoscentis, puta si heres ex asse alteri solverit cer-
tam pecuniam, cum ei res quædam adjudicaretur in
solidum, cessat conditio indebiti, cessat vindicatio, &
petitio hereditatis. Huic responso objici potest: At qui
solvit ex causa judicati, quod nullum erat, ita est: nul-
lum fuit judicatum, quia judicium familiæ eriscundæ non
consistit, nisi inter coheredes, & hi non erant coheredes:
judicium igitur, & judicatum nullum fuit. Sane ita est.
Verum non ideo, quod solutum est, quasi ex nulla causa
solutum condici potest, quia spectanda est opinio, & exi-
stimatio solventis, quæ sola sufficit ad impediendam con-
ditionem. Is autem solvit opinione judicati, ἐν ᾧ ὁ νόμος
E
τῆς κατὰ δίκης, solvit quasi judicatus, & condemnatus, non
opinione nuda judicatus, cum revera judicatus, & con-
demnatus fuerit, quamvis inutiliter condemnatus fuerit,
condemnatus tamen fuit qualiter qualiter. Alioqui, qui
nullomodo judicatus fuit, si solverit quasi judicatus, condi-
cit: si solverit nuda opinione judicati, nullo interveniente
judicato, nec quali quali. Et ita accipienda est lex si non
sortem, §. si quis quasi, de condit. indeb. licet loquatur, non
de sententia judicis, sed de sententia arbitri compromissa-
rii: neque enim admitto differentiam, quam hoc loco in-
terpretet Græci faciunt inter sententiam judicis, quasi ex
ea solutum condici non possit, & sententiam arbitri com-
promissarii, quasi ex ea solutum condici possit. Quia §. si quis

quasi, ideo dat conditionem, quia falso opinabatur, se fuisse
condemnatum ab arbitro, qui nullo modo erat condemna-
tus. At in specie proposita condemnatus fuit, judicatus fuit,
& quamvis nulla condemnatio sit, nulla judicatio, non con-
dit, ut in l. de qua re, §. ult. de jud. si jam mortuo debitore pe-
regre, amicus ejus ignorans susceperit ejus defensionem in
judicio, nullum judicium est, quod acceptum est cum defen-
sore mortui, & tamen si defensor condemnatus solverit
ex causa judicati, repetere quod solvit non potest. Ergo
ex nullo judicato, nullove judicio solutum condici non po-
test. Proinde in specie proposita, licet nullum sit judicium,
solventi ex causa judicati conditio non competit, quia
opinionem ejus causæ solvit, quæ inficiatione crescit in du-
plum. Et hæc de herede ex asse, qui errans accepit famil-
ercisc. judicium cum eo, qui coheres non erat. Subjicit
Paulus, idem esse dicendum, si neuter eorum heres fuerit
defuncti, de cujus bonis agitur, & per errorem, quasi he-
redes acceperint inter se judicium familiæ eriscundæ, &
ultra citroque factæ sint adjudicationes, & condemnation-
es: quia & hoc casu iisdem rationibus, neque vindicatio
eis competit invicem, neque conditio rerum, quæ iis ces-
serunt, aut pecuniarum, quæ eis solutæ sunt ex condemna-
tione. Vero heredi certum est in eos, si eas res possideant,
competere petitionem hereditatis, vel etiam si non possi-
deant, in quantum ex his locupletiores facti fuerint, quia
bonæ fidei possessores fuerunt. Superest hæc tantum quæ-
stio, quid sit dicendum, si heres ex asse cum eo, quem suum
coheredem esse putabat, consensu mutuo sine judice arbi-
trove hereditatem diviserit, ut sit plerumque inter fratres
consortes, qui hereditatem paternam inter se partiuntur si-
ne judice, l. ult. hoc tit. quia (ut Ambrosius ait libro 1. de
fide) bona pietas refugit arbitros, etiam in divisione patri-
monii. Et hoc quidem casu Paulus ait, competere condi-
tionem rerum, quæ ceserunt singulis, & competere in
solidum, ut arbitror, quia etiam adjudicatio facta mutuo
consensu, dominium mutavit. In solidum igitur competit
conditio rerum, quæ ceserunt invicem, quia nec ex causa
judicati eis ceserunt, nec ex causa transactionis. Quæ cau-
sa transactionis non minus impediret conditionem inde-
biti, quam causa judicati, l. in summa, §. 1. de condit. indeb.
l. cum solus, de usurp. & usucap. At heres ex asse, transgisse
non videtur cum eo, quem putabat suum coheredem esse,
cum non esset, quia errantis nulla est voluntas. Ergo com-
petit ei conditio indebiti, l. 4. C. de jur. & facti ignor. Et
hoc est, quod proponitur in extremo hujus legis. Cur
non subjicit Paulus, ut in priore parte, quum divisio facta
est per judicem, idem esse dicendum, si neuter eorum he-
res fuerit, qui inter se per errorem alienam hereditatem
partiti sunt, quia sane non idem videtur esse dicendum, si
neuter heres fuerit, & sine judice hereditatem alienam
inter se per errorem partiti sint, quia nulla eis conditio
indebiti competit, quia nihil juris in eis rebus habuerunt.
Expectare igitur debent verum heredem, ut ei eas res
restituunt, quas inter se ignorantes diviserint, cum ad eos
nullo jure pertinent.

Ad L. XXIX. Communi divid. Si quis cum existimaverit
fundum communem sibi cum Mævio esse, quem cum Titio
communem habebat, impendisset: recte dicetur etiam com-
muni dividendo judicium ei sufficere. Hoc enim est, si sciam
rem communem esse, ignorem autem cujus socii: neque enim
negotia socii gero, sed propriam rem tueor, & magis ex re,
in quam impenditur, quam ex persona socii, actio nascitur.
Denique ea actione pupillum teneri dicimus, ut impendia re-
stituatur officio judicis. Diversa causa est ejus, qui putat se in
rem propriam impendere, cum sit communis: huic enim nec
communi dividendo judicium competit, nec utile dandum est:
ille enim, qui scit rem esse communem, vel aliena negotia,
eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget, & in persona labitur.
Ad §. Pomponius scripsit, posci judicium posse à quolibet
sociorum, sed etiam si unus ex sociis mutus erit, recte cum
eo communi dividendo agi.

Quæ-

Quæstio hujus legis hæc est . Scio fundum Tusculanum mihi esse communem cum alio, nescio cum quo : existimo enim eum communem mihi esse cum Mævio, qui mihi communis est cum Titio, non cum Mævio . Cum in errore versarer, cum errarem in persona socii, impendia quædam in eum fundum feci, quæritur, *an hæc impendia veniant in iudicium communi dividundo, quod postea rei veritate cognita intendo adversus Titium* ? Movet dubitationem, quod ea impendia fecisse videar contemplatione Mævii, quasi fundus mihi communis esset cum Mævio, quod tamen verum non erat, non contemplatione Titii . Erravi in persona socii, in re non erravi : nam impendia feci communi nomine, sciens rem esse communem, sciens me habere socium, nesciens quem . Errare, & nescire idem est, error, & ignorantia idem . At Paulo auctore hoc loco, etiam si in eo errore fuerim cum impendia feci : mihi tamen rei veritate cognita adversus Titium, qui verus est socius, sufficit, suppetitve actio communi dividundo, ut officio iudicis partem impendiorum recipiam, quia communi nomine impendia feci, & eo animo igitur, ut alium mihi obligarem : recte, inquit, dicitur iudicium communi dividundo etiam ei sufficere : & in l. 14. *sup. eod. tit.* rectissime dicitur, inquit idem Paulus, ab Ulpiano scilicet in l. 6. hoc tit. nam Ulpianum proculdubio intelligit, atque Julianum, cujus in hanc rem Ulpianus auctoritate usus est . Eadem vero ratione, si negotia Titii geram, quæ puto esse Mævii, & aliquid impendero, impendiorum nomine mihi datur actio adversus Titium, nempe utilis actio negotiorum gestorum, l. 5. §. 1. & §. si Titii servum, & §. quid ergo, l. libertio, §. inter, l. quæ utiliter, §. ult. *sup. de negot. gest.* Et in d. l. quæ utiliter redditur ratio, propter quam datur mihi impendiorum nomine utilis actio negotiorum gestorum, ne in damno morer, inquit, vel quia æquum est, me in damno non versari . Cum in veritate, id est, ipso gestu, & re ipsa Titii negotium gesserim : æquum est, Titium mihi impensam refundere, cujus re ipsa negotium curavi . Hæc ratio solet reddi, ne in damno versetur, quum datur utilis actio deficiente directa, ut in l. qui heres erat, *sup. tit. prox.* Hæc est ratio utilitatis, à qua utiles actiones nomen acceperunt . Idem vero Paulus comprobatur in d. l. 14. in qua tamen sunt menda quædam, plusquam manifesta . Ac primum eo loco, *rectissime dicitur, etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in socium, etiam manente rei communione* : Illo loco, *etiam manente rei communione*, deest negatio : Nam si legas, etiam manente rei communione dari utile iudicium communi dividundo, id prorsus omni dubitatione caret . Quid enim certius est, quam dari iudicium communi dividundo manente communione, ut dissolvatur communio ? Et præterea impensæ factæ in rem communem, in eam actionem deducantur . ab uno ex sociis, & non tantum impensæ, sed etiam omnes aliæ personales præstationes, si socius rem communem deteriore fecerit, si corruperit, si fructus perceperit, si ex re communi aliquid lucratus fuerit : quia mixta est actio tam in rem, quam in personam, l. 4. §. sicut, l. 8. §. venit, hoc tit. At non manente communione, sublata communione regulariter non datur actio communi dividundo, l. 1. hoc tit. l. 9. C. commun. *utr. jud.* Excipiuntur tantum duo casus, quibus etiam non manente communione hæc actio competit . Unus hic est : si res communis interierit : quo genere plane sublata est communio : Sed de personalibus præstationibus, veluti de impensis factis in rem communem hæc actio superest, l. 9. & l. 11. hoc tit. l. 24. & l. 31. *sup. tit. prox.* Alter casus est, si factis impensis quibusdam in rem communem, partem meam alienavero : quo genere, etsi à communione discessero, mihi tamen impensarum nomine in socium hæc actio competit, l. 6. hoc tit. ubi, ut hoc obiter admoneam, vox *Titius* abundat, cum quo ponit fundum fuisse communem : Nam certe non fuit communis cum Titio, sed amoto illo nomine, intelligitur is, qui impensas fecit in rem communem, *ὁ δὲ τῆς*, id est, quidam : Neque enim aliter eum designavit initio legis, quam his verbis (*Si quis putans, &c.*) Et ad hunc casum pertinere suprascripta verba l. 14. eadem lex demonstrat, dum ita concludit . *Igitur etsi*

A *abalienavero prædium, in quod impendia fecissem, quia in ea causa fuit, ut mihi actio dari deberet impendiorum nomine, danda mihi erit actio, scilicet communi dividundo, ut Julianus quoque scribit . Hoc vult, natam semel actionem communi dividundo ex re, in quam impendia feci, non mihi perire abalienatione partis meæ . Ex quo manifestum est, in superioribus esse legendum, impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in socium, etiam non manente communione, ut si abalienavero partem meam . Quod item additur in fine ejus quæstionis d. l. 14. danda mihi erit, ut Julianus quoque scribit, negotiorum gestorum actio, illa verba, negotiorum gestorum actio, pessimi interpretis sunt, glossema est, quia abalienata parte, de impensis jam ante factis in rem communem, non competit actio negotiorum gestorum, sed actio communi dividundo . Nihil est ineptius, quam dicere, competere negotiorum gestorum . Et observandum in d. l. 14. Paulum hæc omnia referre ex Juliano, nempe, sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cujus negotia curavi revera, reapse, id est, re ipsa, cum putarem alterius ea esse, impensarum nomine, quod etiam ex Juliano Ulpianus refert in l. 5. §. 1. de negot. gest. In cujus extremo quidam Codices rectius habent, ut Julianus lib. 3. Digestor. scribit, nota tenarii numeri mutata in ut : Nam & in Basilicis, quæ sequuntur, si pupilli tui negotia, &c. omnia recte vindicantur legi 5. Et quæ sequitur lex quia tantundem, est lex sexta . Sicut ergo actio negotiorum gestorum datur adversus eum, cujus negotia gessi, cum putarem me gerere alterius negotia : ita idem dicendum est, ut Paulus ait in d. l. 14. in proposito casu, quum impendi in rem, quam putabam mihi cum alio, quam esset, fuisse communem ; competere scilicet mihi impensarum nomine actionem communi dividundo, non negotiorum gestorum : facessat illud negot. gest. nec semel natam actionem communi dividundo, ut ait, extingui abalienatione partis meæ, quamvis ita res mecum esse communis desierit, quia sufficit communio, quæ præcessit, qua durante ego impensas feci, ut d. l. 6. Ergo etsi erraverim in persona socii, impensarum nomine mihi competit actio communi dividundo adversus verum socium . Falsum enim est me contemplatione ejus, quem me socium habere putabam, impensas fecisse, ut ejus negotium gererem : Nam impensas feci potius, ut propriam rem tuerer, id est, propriam ex parte : Nec enim propria est in assem, quæ & alterius est, illud, de rit. nupt. Denique impensas feci in rem communem, propter partem meam magis, quam propter partem socii : Spectavi utilitatem meam potius, quam utilitatem socii . Et (ut subjicit Paulus eleganter) hæc actio communi dividundo, quæ datur impendiorum nomine, magis ex re nascitur communi, in quam impendia facta sunt, quam ex persona socii . Omnis actio mixta nascitur ex re, & ex persona, & aliquando æstimatur magis ex persona : ut quum quæritur, quamdiu duret mixta actio : nam durat triceannio, ut quælibet actio personalis, id est, non finitur nisi spatio 30. annorum, l. 3. & 4. C. in quibus caus. long. temp. præsc. loc. non hab. l. 1. §. ad hæc, C. de annal. exc. aliquando mixta actio magis æstimatur ex re, ut quum repetuntur impendia facta in rem communem, quia ea impendia non debentur ex contractu . Et ideo pupillus, qui ex contractu non obligatur sine tutoris auctoritate, in hanc tamen actionem incidit etiam sine tutoris auctoritate, puta si socius aliquid impendit in rem communem . Itemque furiosus in hanc actionem incidit, qui alias obligari non potest, l. furiosus, de obligat. & action. l. ut in conduct. pro soc. furiosus, inquit, & pupillus obligantur, etiam sine curatore, vel sine tutore auctore, ubi ex re actio venit, veluti ex communiter gesto, communiterve depenso . Et ita pupillus obligari dicitur sine tutoris auctoritate in l. Marcellus, & furiosus jure obligatur, in l. si à reo, §. si à furioso, de fidejussor. veluti ex communiter gesto, vel etiam pupillus doli potens ex delicto : Nam & actio ex delicto in Intit. ex re nasci dicitur, initio tituli de obligat. quæ ex delic. nasc. Ex eo vero, quod Paulus ait, actionem communi dividundo magis ex re nasci, in quam impenditur, quam ex socii persona, recte concluditur, errorem in persona socii non efficere, quo mi-*

minus actione communi dividendo impensæ repetantur pro parte. Aliud tamen dicendum est, si error fuerit in re: differentiam facit Paulus inter errorem in re, & errorem in persona, summe notandam. Si error fuerit in re, ut si quis impensam fecerit in rem communem, quam existimabat esse propriam in solidum, hic error obstat, quo minus impendiorum nomine agat in socium communi dividendo: impendiorum nomine hoc casu, quæ fecit, non habet in socium actionem communi dividendo, ne utilem quidem, quia neminem sibi obligare voluit, cum ea impendia fecerit quasi in re propria. Actio utilis non datur in casu dissimili, vel improprio, *l. si mensor, si mens. fals. mod. dix. l. cum servus, tit. seq. §. ult. Inst. de leg. Aquil.* Utilis actio datur tantum in casu simili, aut non omnino proprio, ut in *l. 7. de relig. & passim in tit. de præsc. verb.* Aliud est casus improprius, aliud non proprius, ut aliud indoctus, aliud non doctus, ut Grammatici notant. Ergo nulla ei datur actio impendiorum nomine, cum in re erraverit, sed dabitur ei retentio tantum rei per exceptionem doli mali, quoad impendia ei reddita sunt. Denique retentio tantum ei datur, actio vero nulla, *d. l. 1. 4. Paulus, de doli except. l. idque, §. 1. de act. empt.* Idemque est, si quis in rem alienam impenderit, quam existimabat esse propriam: Nam & hoc casu impendiorum nomine retentionem habet, negotiorum gestorum actionem non habet. Multum ergo interest, in persona quis errore labatur, an in re: Nam qui in re errat, ut qui impendit in rem communem, vel alienam, quam putat esse propriam, impensarum repetitionem non habet, quia neminem sibi obligare voluit, qui in persona errat, ut qui impendit in rem, quam scit esse communem, vel alienam, sed existimat esse communem cum alio, quam sit, vel esse alterius, quam sit: is utique aliquem sibi obligare voluit, & eo animo impendit, ut aliquem sibi obligaret. Et ideo ex re ipsa, ex gestu ipso nascitur obligatio adversus verum socium, vel adversus verum dominum, *dist. l. 14.* Ex qua hoc loco ita legendum est, ut vulgo etiam legitur: male Florentinæ: *ille enim, qui scit rem esse communem, vel alienam, addatur subdivisio, negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget, & in persona labitur tantum, non in re, quia scit qualitatem rei, scit rem esse communem, vel alienam, nescit cum quo sit communis, vel cuius ea res sit.* Quæ ignoratio non officit in iis actionibus, quæ veniunt ex re ipsa, non ex persona. Ultimus casus hujus legis nihil pertinet ad quæstionem superiorem, sed breviter hoc proponit, posse judicem, sive arbitrum communi dividendo posci à quolibet sociorum, etiam invito altero. Ut plurimum iudex datur ex conventionione litigatorum, *l. si in iudicis nomine, sup. de jud.* Non datur iudex is, quem altera pars nominatim poscit, *l. observandum, eo. tit.* Hoc enim esset mali exempli, ut ait, si daretur iudex is, quem altera tantum pars poscit, edit, & petit, qui proprie dicitur *iudex edititius*: & recte datur quandoque, quum alter consentit in edititium iudicem cum neminem fugit iudicem, cum se subicit iudicio cuiuslibet, quod & Servius notat in illum locum Virgilii.

In me mora non erit ulla.

Nec quemquam fugio: id est, consentio etiam in edititium iudicem. Et sic appellat Marc. Tullius pro Plancio, & pro Muræna. At iudex, sive arbiter communi dividendo peti potest ab uno ex sociis, vel arbiter familiæ eriscundæ, etiam invito altero, ut finiatur communio, *l. 43. sup. tit. prox.* quia nemo invitus in communione detinetur, *l. ult. C. comm. divid.* quod apud Lisiæm, Arist. dicitur *το εἰς διαίτησιν καὶ ἀρεσιν δικαστηρίων*, quoniam illis dicuntur *διαίτηται* arbitri communi dividendo, qui etiam invitos vocant ad rerum communium divisionem, vel poscente uno ex sociis. Et ex eo efficitur, recte agi communi dividendo cum mutuo, qui poscere iudicem ipse non potest: sed etiam unus ex sociis mutus erit (sic est legendum, non invitus, ut in Basilicis: *ἢ ὁ ἄλλος ἐναγεται*) recte cum eo communi dividendo agi: atque ita recte agi, poscente uno ex sociis iudicem. Et rursus recte agi cum mutuo, etiam si ejus persona non intelligatur in iudicio esse idonea, qui dari non potest: quia satis apte qui mutus est, præsens appellari non potest,

l. ult. de verb. sign. Et iudicium non consistit nisi præsentibus ambobus, ut est in 12. tab. Breviter communi dividendo, & familiæ eriscundæ iudicium petitur à quolibet sociorum, vel coheredum consortium, etiam invito, aut obmutescente altero. Invenio tantum duos casus, qui excipiuntur: quibus socius non agit communi dividendo invito socio. Unus est in *l. arbor, §. de vestibulo, hoc tit.* alter in *l. ult. C. de alien. jud. mut. caus. facta.*

Ad *L. XX. de Interrog. in jure faciendis.* *Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat: aliter atque, si quis confessus sit se occidisse servum, quem alius occidit: vel si quis responderit se heredem: nam his casibus non liberatur qui fecit, vel qui heres est. Nec hæc inter se contraria sunt: Nam superiore casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento, alter quoque liberatur: at is, qui confitetur se occidisse, vel vulnerasse, suo nomine tenetur, nec debet impunitum esse delictum ejus, qui fecit, propter eum, qui respondit, nisi quasi defensor ejus, qui admisit, vel heredis, litem subjicit hoc genere: tunc enim in factum exceptione data submovendus est actor: quia ille negotiorum gestorum, vel mandati actione recepturus est, quod præstitit. Idem est in eo, qui mandatu heredis heredem se esse respondit, vel cum eum alias defendere vellet.*

Ad *§. In jure interrogatus, an fundum possideat: quæro an respondere cogendus sit, & quota ex parte fundum possideat. Responsit: Javolenus scribit, possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat: ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quæ non defenderetur, in possessionem actor mittatur.*

Ad *§. Idem & si damni infecti caveamus: nam & hic respondere debet, quota ex parte ejus sit prædium, ut ad eam partem stipulationem accommodemus. Pæna autem non repromittentis hæc est, ut in possessionem eamus: & ideo (eo) pertinet scire, an possideat.*

IN hac l. duæ proponuntur quæstiones: quod attinet ad primam, certum est, ex responsione quemque suam, quam in jure interrogatus fecit, ex confessione sua, quam rogatus, vel non rogatus in jure fecit, teneri & conveniri posse. Ut si quis in jure interrogatus, an Stichus, qui noxam nocuit, servus suus sit? responderit, servum suum esse, quamvis alienus sit, non suus, ex suo responso conveniri, & condemnari potest actione noxali quasi dominus, *l. 27. §. ult. l. 39. §. 1. sup. de noxal. act.* Et conventus noxali actione si solverit æstimationem litis, æstimationem damni, quod fecit servus alii, verus dominus servi hac actione liberatur. Dico si solverit litis æstimationem, quia non electione ejus, qui servum alienum suum esse respondit, & litis contestatione, sed perceptione demum, & solutione, sive præstatione damni dominus liberatur, *l. 26. §. servum, sup. de noxal. act.* Et ita accipiendum est, quod ait *lex 8. hoc tit.* si actum sit noxali iudicio cum eo, qui in jure falso respondit, se esse dominum servi, dominum hoc iudicio liberari, si actum videlicet sit, & solutum, ut in *l. 3. & 4. de his, qui deiecer. vel effud.* Hinc quæritur, cur etiam non liberetur is, qui alienum servum occidit, aut vulneravit, alio in jure respondente, se eum servum vulnerasse, aut occidisse, & accipiente iudicium ex lege Aquilia suo nomine, & solvente æstimationem litis: nam solutionem hujus certum est non liberare eum, qui homicidium fecit. Videamus, quæ sit ratio differentiæ. Ratio differentiæ non est in difficili. Priore casu, quum qui non erat dominus, accepit noxale iudicium, respondens, se noxæ, id est, servi esse dominum, qui si solverit litis æstimationem, liberat verum dominum: hoc, inquam, casu neque verus dominus, neque is, qui falso respondit se esse dominum, neuter tenetur noxali actione suo nomine, sed ex persona servi, & nomine servi, qui noxam nocuit, qui cum unus sit homo, & unam semel litis æstimationem actori solvi satis est, sicut (quo exemplo hic Paulus utitur) quum ejusdem servi duo sunt domini, singuli ex delicto servi tenentur in solidum noxali actione, servi nomine, non suo, ex persona

ser-

servi, non ex persona sua. Et ideo uno convento in solidum, & solvente litis æstimationem, perinde atque si servus ipse solvisset, qui deliquit, alterum liberari conveniens est, *l. ut tantum, §. item si servus, inf. de serv. corr.* Sic (quod alterum exemplum ego addo) si unus dominus sit servi, qui noxam nocuit, alter possessor, qui dolo malo defierit eum possidere, electio est actoris cum quo velit agere noxali judicio. Sed si unum ex iis semel elegerit, & ab eo litis æstimationem consequutus fuerit, cæteri liberantur per exceptionem doli mali, quia servi nomine tenebantur, non suo, & jam servi nomine ab uno ex iis actori satisfactum est. Et ita explicanda est *lex 26. de noxal. act.* Quæ tantum abest, ut huic legi nostræ adversetur (quod tamen tentat Accursius) ut supradicto casui, quem modo exposui, conjungat ea *lex 26. etiam eum, qui hac lege proponitur, puta si alius servum alienum in jure suum esse responderit: Nam & hoc, & illo casu uno solvente, alter liberatur, quia omnes tenebantur ex persona unius servuli. Et ita Accursius eam l. 26. explicare debuit, non ut fecit, dicens, ideo in ea solvente uno, alterum liberari, quia alter, inquit, ab altero causam habuit, veluti emptor à venditore, aut donatarius à donatore: Nam idem omnino servatur, etli alter ab altero causam non habeat, ut si uno deficiente dolo malo servum possidere, sine facto ejus possessio perveniat ad alterum, quod & Albericus hoc loco recte notat. At posteriore casu, quum unus extraneum servum, & alienum occidit, aut vulneravit, alter in jure interrogatus respondit, se eum occidisse, aut vulnerasse, singuli tenentur suo nomine, & ex sua persona: unus quod revera occiderit: alter quod impudenter in jure mentitus sit, se eum occidisse, nec propter mendacium hujus, impunitum esse debet delictum ejus, qui occidit. Ergo uterque suo nomine, & quasi ex propria obligatione, ac separata domino servi tenetur actione *l. Aquilia: is, qui occidit, ex re ipsa: is, qui respondit se occidisse, ex dolo, sive mendacio suo, nam mendacium dolus est: unusquisque sui facti pœnam meretur, publice interest delicta non esse impunita, l. 25. ita vulneratus, ad leg. Aquil. ne coalescant, l. bona fides, depof. l. locatio, §. quod illicite, D. de publican. l. 1. D. ne quis eum, qui in jus vocat. vi exem. l. 6. C. Theod. de canone frumentario urbis Romæ.* Impunitate proposita vix quisquam est qui abstinere in injuria possit. Impunitatis spes (inquit ille) magna est illecebra peccandi. Et hæc quidem ita se habent, si quis temere, vel improbe, ut actorem deciperet, responderit in jure, se occidisse, quem alius occiderat. Nam aliud dicendum est, si quasi defensor occisoris intervenerit amicus quidam, non quidem palam edicendo, se defensorem illius esse, sed animo defendendi illius sua sponte, vel ex mandato illius respondendo, se occidisse, & suo nomine judicium accipiendo. Nam hoc casu, si solverit litis æstimationem condemnatus, sane occisor liberatur, non quidem ipso jure, sed per exceptionem in factum, quia occisor defensori tenetur actione negotiorum gestorum restituere quod ille pro eo solvit, vel mandati actione, si mandatu ejus litem subjerit hoc genere, id est, quasi defensor, sive animo defendendi, & quia defensor, & is, qui defenditur, habentur pro una persona, pro eo est, ac si occisor ipse litem subisset, quum alius eam subit, quasi defensor ejus, ut scilicet pro eo damnaretur, ad exemplum fere Pyladis, qui mentiebatur se esse Orestem, ut pro amico moreretur, vel etiam ut deciperet actorem, frustraretur, & ludificaretur. Rursum quæritur, cur etiam non liberetur heres à creditoribus hereditariis, alio in jure falso respondente, se heredem esse solum, qui heres non est: vel qui non solus heres est, sed ex parte tantum, & tamen liberetur dominus noxali judicio, altero respondente noxam suam esse, id est, servum suum esse, qui noxam nocuit? Et in hac specie, eadem etiam fere intervenit ratio differentia, quia tam dominus, quam qui respondit: se esse dominum, noxali judicio tenentur ex persona servi, quæ cum una sit, & una semel etiam dependi debet æstimatio litis, atque adeo uno solvente alter liberatur. At qui verus heres est, & qui se heredem esse falso respondit, uterque ex sua persona, & suo nomine separatim tenetur creditoribus hereditariis, non ex una causa, alioqui es-*

sent duo rei debendi, & uno solvente alter liberaretur, sed ex diversis causis, ex diversis obligationibus, verus heres ex contractu defuncti, falsus heres ex suo mendacio. Et ideo solutio unius non liberat alterum, & licet creditori idem bis consequi non quidem ab uno, & eodem (hoc esset improbum) sed à duobus, ex diversa causa obligatis in eandem rem, vel summam, ut in *l. 7. sup. de rei vindic. l. etiam, §. non solum, de petit. heredit.* A duobus (inquam) suo nomine obligatis ex propria quisque obligatione, tanquam duobus principalibus debitoribus proprie in singulis cujusdam obligationis, non tanquam à duobus correis, non tanquam ab uno reo principali, altero fidejussore, vel mandatore, vel defensore, alioqui unius solutione liberaretur uterque. In hac igitur specie duo quidem sunt rei debendi ejusdem pecunie, sed non duo correi. Hoc maxime notandum. In priori specie unus est tantum reus, puta servus, qui noxam nocuit. Frustra vero tentat Accursius in contrarium ex *l. si quid possessor, de petit. heredit.* solvente eo, qui se heredem esse respondit, verum heredem liberari per exceptionem doli mali, quia ea lex non loquitur de eo, qui se heredem esse falso respondit, qui ejus quod solvit conditionem non habet, quia sciens solvit, sed loquitur de eo, qui bona fide possedit hereditatem, existimans se heredem esse, cui evicta hereditate à vero herede, competit conditio indebiti soluti. Et hanc actionem, si cesserit vero heredi, verus heres, si à creditore conveniatur, quia ipso jure liberatus non est solutione, quam possessor fecit suo nomine, non nomine heredis, tueri se potest exceptione doli mali dicens, *dolo facis, qui creditum petas, quod mox per conditionem indebiti, quæ mihi cessa est, mihi restitutus es.* Frustra etiam Accursius huic legi opponit *l. 1. de eo, per quem fact. erit, sup.* ubi si plures dolo fecerint quo minus quis in judicio siliat, uno solvente omnes liberantur: quia (ut breviter respondeam) actio in factum ex illo edicto comparata persequitur id tantum, quod interest actoris, *l. 3. eod. tit.* Et ideo, si unus præstiterit actori id quod interest, quia desit ejus interesse, alii liberantur. At falsus heres solvendo creditori, videtur magis pœnam sui mendacii dependere, quam id quod interest creditoris. Et ut in *l. 8. de jurisdict. omnium judic.* memini me dicere, pœna accipitur improprie pro eo quod interest. Quia non est pœna ex utraque parte, sed ex parte rei tantum, ex parte actoris est res, quæ ei abest, non pœna. Verum ei, quod diximus, solvente eo, qui falso respondit se esse heredem, non liberari verum heredem, addenda est eadem exceptio, quæ addita est priori casui: videlicet, quum is solvit, qui respondit, se occidisse, quem alius occiderat. Exceptio hæc est, nisi is, qui respondit se heredem esse, id responderit quasi defensor veri heredis, sua sponte, cum omnino vellet eum defendere, vel ex mandatu ejus: Quo casu, quod pro eo solverit, qui eum obligare voluit, cum intervenit ut defensor, recepturus est actione negotiorum gestorum, vel mandati. Et ideo verum heredem liberat, daturque eo nomine, ne exigatur, vero heredi exceptio in factum, quod non sit æquum, verum heredem, quod solvere tenetur vero defensori, id etiam solvere creditori hereditario, cui defensor solvit. Exceptio in factum (inquam) vel exceptione doli, vel exceptione taciti pacti, ut in *l. 2. C. de pact.* Et exceptio in factum hoc loco à Dorothæo prisco more ita concepta est: *ἀλλ' εἰ μὴ παρὰ τοῦ ἐναχθεῖ, ἔχειαι εἰ μὲ τῷ, negotiorum gestorum, εἰ τῷ τῷ, mandati, ἐναχθῆναι, δι' ἧς δύναται ἀπαρτεῖν ὅσα κατέβαλεν ὑπὲρ εἰ μὲ: At si non is, quem exegisti debet contra me actionem negotiorum gestorum, vel mandati, per quam à me repetere potest quæ tibi pro me solvit: denique quod exactum est à defensore, aut veluti defensore, non potest etiam iterum exigere ab eo, qui defensus est, quia uterque habetur pro uno eodemque. Notandum autem est his casibus, quum quis quasi defensor occisoris, vel heredis litem subit, non profiteri quidem eum palam in judicio se defensionem ejus suscipere. Nec est necesse (ut recte Bartol. notat hoc loco) ut qui agit alieno nomine, dicat se agere alieno nomine: nam potest aliud agere, aliud simulare: agere causam revera alieno nomine, simulare suo nomine. Alioqui, si appareret cum*

eum defensoris animo intervenire, non amitteretur sine satisfactione iudicatum solvi, l. 39. §. 1. de nox. act. juxta regulam juris, Nemo est alius defensor idoneus sine satisfactione iudicatum solvi. Sed ut hujus satisfactionis onere se levaret, ut ait l. 18. hujus tit. ponendum est eum respondisse, se verum, aut solum heredem esse, se eum ipsum esse, qui homicidium fecit, & iudicium accipere suo nomine, quamvis non eo animo fuerit, ut suo nomine acciperet: quo genere, puta iudicio accepto pro alio, & secuta condemnatione, novatio fit necessaria, & saltem beneficio exceptionis doli, vel in factum, vel taciti pacti, verus heres, vel homicida liberatur, etiam si defensor nondum iudicatum fecerit, l. solutione, de solut. l. si pro patre, §. 1. de in rem vers. l. si fundus, §. 1. si plures, de pignorib. d. l. 2. C. de pact. l. 3. C. de execut. rei jud. Idemque probat d. l. 18. hoc tit. nimirum condemnato defensore verum debitorem liberari, etiam si defensor nondum solverit iudicatum. Sed si defensor solvendo non sit, rescisso priore iudicio, per quod liberatio contigit vero debitori, vel beneficio exceptionis restitui actionem petita restitutione in integrum in verum debitorem, quod res à defensore condemnato servari non possit propter ejus inopiam. Hæc est prior quæstio.

Ad §. in jure, Quæstio, quæ proponitur in §. in jure interrogatus, hæc est, an cogatur respondere qui in jure interrogatur à Præatore, vel ab adversario, an rem, qua de agitur possideat, vel quota ex parte eam possideat: movet dubitationem, quod quæstio proponi videtur de actionibus in rem, quæ adversus possessorem dantur, actore dominium suum esse petente, in quibus tamen actionibus constat, has interrogationes non fieri, sed in actionibus in personam tantum, nec omnibus tamen, sed iis tantum in personam actionibus, quibus certum petitur: sunt hæc interrogationes in personalibus actionibus, & fiunt antequam petitionem suam actor instituat, & litem contestetur, ut instructor veniat ad agendum prius prærogato reo, l. 1. hoc tit. In rem actionem possessio adversario parit, l. un. C. de al. jud. mut. caus. sac. In rem actio est ex præsentis possessione adversarii, l. non alias, §. 1. de judic. hoc est, in rem actio datur domino in possessorem. Quamobrem l. 9. de rei vindic. & lex si fundus, §. in vindicatione, de pignor. ajunt, officium iudicis in actione in rem in hoc versari, ut inspiciat, an reus possideat, quia in non possidentem hæc actio non datur, ut, inquam, inspiciat pro sua prudentia, non etiam, ut reum interroget, & respondere hac de re compellat, quod male Accursius tentat in d. l. 9. ex hoc §. qui nihil pertinet ad actionem in rem, ut postea dicitur. Eadem vero ratione l. qui petitorio, de rei vindic. ait, eum, qui utitur actione in rem, id est, qui uti vult (ut Basilica loquuntur) ὁ ἐθέλων ἐκδικᾶσθαι actione in rem, ne frustra experietur, debere requirere, an is, cum quo instituit agere, & decrevit, possessor sit, vel dolo defierit possidere, qui etiam pro possessore habetur, quia hac actione frustra agitur in non possessorem, l. ult. eod. tit. l. 1. & l. 3. C. ubi in rem act. exerc. deb. debere, inquam, eum, qui acturus est requirere, id est, odorari, explorare, percrutari: Basilica ἀνερωτῆσθαι, per se scilicet, an is cum quo acturus est, rem possideat: nec enim compellere eum potest ad respondendum an possideat: sicut nec unde, vel quo titulo possideat, l. 25. de jur. fisc. l. pen. C. de petit. hered. per quam abrogatur lex 1. C. Theodos. de fid. instrument. neo item, ut respondeat, quota ex parte ejus res sit, id est, quota ex parte rem possideat, ut interpretanda censeo esse verba illa l. in speciali, de rei vindic. sicut in hoc §. quota ex parte ejus sit prædium, id est, quota ex parte prædium possideat. Hæc de actionibus in rem. In actionibus autem in personam, quæ in possessorem dantur, hæc interrogationes sunt necessariae, ut in actione damni infecti, quæ datur in possessorem vicinarum ædium, quæ vitium faciunt, aut convitium, ut est in veteri inscriptione, quoties omnes partes ædium vitiosæ sunt, & ruinosæ. Per quam actionem desideramus, ut vicinus nobis caveat damni infecti, puta quod earum ædium vitio, aut ruina damni contigerit ejus rei nomine, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari. Postulatio cau-

Tom. II. Post,

tionis, quæ personalis est, est actio damni infecti, & sic vocatur in l. 3. §. si vicinus, & l. supra, §. officium, de aqu. & aqu. plur. arc. & à Græcis ἡ ἐλαπίδι συμπτώσεως ἐναγωγὴ, actio concepta in spem casus, & cladis, aut ruinae: in spem Labiæ, ut & quidam non male loquuntur. Vicino autem cessante in præstanda cautione hujusmodi, quæ petita est, vice cautionis mittitur in possessionem earum ædium, atque etiam si justa causa videatur, eas possidere jubemur, l. prætor ait, de damn. inf. Hæc est pœna non caventis, ut ait hoc loco, pœna non repromittentis suo nomine damni infecti. Cautio autem damni infecti, aut vice cautionis missio in possessionem ad eam tantum partem prædii, sive ædium accommodatur, quam quisque possidet, si plures sint domini ædium vitiosarum: nec enim singuli tenentur in solidum, l. prætoris, §. 1. l. plures, de damn. inf. l. 6. §. si damni, sup. comm. divid. l. si communes, de negot. gest. l. is, cui, §. si ex duobus, ut in possess. legat. eatur. Quibus nihil obstat lex in stipulatione, de damn. inf. quia (ut & Accursius animadvertit) non de pluribus dominis ea lex loquitur, sed de uno tantum domino, qui si ædium vitiosarum nomine non caveat in solidum, ita punitur, ut actor eat in possessionem ædium. At si plures sint domini, satis est pro sua quemque parte cavere, & aliis caventibus, aliis non caventibus, in eorum tantum partes fit missio in possessionem, qui cavere detrectant. Et ideo actoris interest scire, is, quo cum agit cavere damni infecti oportere, an possideat, & quota ex parte possideat, ut ad eam tantum partem accommodetur cautio, & primum decretum, id est, missio in possessionem. Ac propterea, si ea de re in jure interrogetur per prætorem, respondere cogitur, ut in l. 1. hoc tit. ut si forte neget falso se possidere, ne caveat damni infecti, aut compellatur cedere possessionem mendacii convictus, aut si desistendum putaverit, quasi dolo versatus, omnimodo compellatur actori ædes tradere. Et hæc est prior species hujus §. & similiter, quæ est alia species, cum debitor absens est, vel latitat, nec defenditur, quia creditores mittuntur in possessionem bonorum ejus absentis, vel latitantis, & indefensu, l. item ait, §. pen. ex quib. caus. major. l. 2. l. 7. §. 1. quib. ex caus. in possess. eat. Qua in causa notandum est, pro absente, vel latitante, atque indefenso haberi nonnunquam eum, qui præsens est, quique rem pro parte defendit: pro absente, inquam, haberi, vel latitante, & indefenso in alia parte, quam non defendit, quia plena defensio tam ab eo exigitur, quam à defensore ejus, & si à defensore ejus, & ab eo igitur, d. l. item ait, in fine, l. 9. §. Celsus, hoc tit. Et eleganter l. 52. quæ ex his explicanda est, de regul. juris, ait, non defendere non tantum eum, qui latitat, sed etiam eum, qui præsens rem non defendit. Hoc cognito, finge debitorem, cum quo creditores experiuntur, fundum possidere: postulantibus creditoribus interrogatus apud prætorem, quota ex parte fundum possideat, cogetur respondere, ut scilicet si mentiat, se eum possidere, verbi gratia, ex quadrante tantum, quem possidet ex semise, & se pro quadrante tantum defensionem offerat, in alium quadrantem, quem non defendit, creditores mittantur in possessionem. Et hoc est, quod proponitur in priore parte hujus §. quod male Accursius accipit de actione in rem, ex l. 7. §. Celsus, quibus ex caus. in possess. eat. Quia interrogationes hujusmodi non sunt necessariae in actionibus in rem, sed in iis tantum, quæ sunt in personam, & ita si certum petitur, l. 1. hoc tit. In actione in rem etiam quandoque venit pars incerta, l. 3. in fi. l. quæ de tota, §. 1. de rei vindic. Ac præterea certissima est ratio differentia inter actiones in personam, quibus certum petitur, & cæteras actiones in personam, vel in rem. Ratio differentia hæc est, quia in personalibus actionibus parum, aut nihil interest actoris, prius interrogari eum, cum quo iudicium suscipit, an sit heres, an sit dominus, an sit possessor: quia si non sit heres, non tenetur hereditariis actionibus, si non sit dominus, non tenetur noxalibus actionibus. Et in superioribus casibus, si non sit possessor, missio in possessionem locus non est, & qui agit nihil agit, l. 1. in fi. quando di. usufruct. leg. ced. Nec ullum igitur subest periculum plus petitionis, quia nihil agit, nihil

M m m

petit:

petit male agit, qui plus petit, non nihil agit. At maxime interest actoris, ut ait *l. 9. §. summatim, hoc tit.* interrogari seum, quota ex parte heres sit, ne actor plus petendo causa cadat, vel hodie damni aliquid sentiat, ne incurrat in periculum plus petitionis, quia heredes non tenentur, nisi pro partibus hereditariis: Nam ex duodecim tabulis, nomina inter coheredes ipso jure divisa sunt pro hereditariis portionibus: & ideo non veniunt in iudicium familiaris excusandæ, *l. 2. §. ult. famil. excusc.* In hoc iudicium veniunt indivisa, non divisa. Ergo non veniunt nomina, quæ ipso jure divisa sunt pro portionibus hereditariis. Et creditor hereditarius, qui ab uno ex heredibus petit plus parte hereditaria, plus petit, & ideo priusquam petat, cogere potest heredem, ut in jure palam edicat, quota ex parte sit heres. Et similiter in superioribus casibus recte interrogatur reus, quota ex parte prædium possideat, eadem ratione, ne actor plus petendo causa cadat, veluti petendo se mitti in possessionem totarum ædium, quæ possidentur tantum pro parte. Et hæc est ratio, proposita in *l. 1. hoc tit.* propter quam ex interrogaciones non sunt necessariæ, nisi in actionibus in personam, quibus certum petitur propter periculum plus petitionis: hujus autem periculi nullus metus subest in iudiciis bonæ fidei, quia incerti actiones sunt, quia certum non petunt, sed id tantum, quod ex bona fide dari fieri oportet. Et hoc est, quod ait Marcus Tullius in oratione pro Roscio Comædo, arbitrium, id est, actionem bonæ fidei esse incertæ pecuniæ iudicium, id est, actionem strictam esse certæ pecuniæ: & ideo eum, qui amplius se fertio nummo petat, quam ei debitum sit, actione stricta, actione certi in personam, causam perdere. Actionibus autem bonæ fidei comparantur actiones arbitrariæ, quales sunt omnes actiones in rem, *l. qui restituere, de rei vindic.* quia tantum in iis potest arbitrii clausula, quantum bonæ fidei in illis, *l. in bonæ fidei, de eo, quod cert. loc.* Itaque in actionibus, quibus incertum petitur, ex interrogaciones supervacuas sunt, quarum instituendarum causa fuit periculum plus petitionis, cujus metus abest ab his iudiciis. Hæc est sententia hujus §. & ratio, ex qua breviter observandum est, priorem partem hujus §. esse de actione creditoris, qui quod debitor rem non defendat, postulat se mitti in possessionem bonorum ejus. Posteriori autem partem, esse de actione damni infecti, qua intenditur damni infecti caveri, aut vice cautionis in possessionem iri oportere, quæ posterior pars incipit ab his verbis. Idem, etsi damni infecti caveamus, id est, si nobis caveamus damni infecti à vicino. Sic ea verba interpretanda sunt, oblitterata Accursii glossa.

Ad L. XLII. de Act. emp. & vend. Si duorum fundorum venditor separatim de modo cujusque pronuntiaverit: & ita utrumque uno pretio tradiderit, & alteri aliquid desit: quamvis in altero exsuperet: forte si dixit, unum centum jugera, alterum ducenta habere: non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint, Et de his ita apud Labeonem relatum est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari. Utique si exiguus modus sylvæ desit, & plus in vineis habeat, quam repromissum est, an non facit dolo, qui jure perpetuo utitur? Nec enim hic quod amplius in modo invenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet. Et tunc tenetur venditor cum minor modus invenitur. Videamus tamen ne nulla querela sit emptoris in eo fundo, si plus inveniat in vinea, quam in prato, cum universus modus constat. Similis quæstio esse potest ei, que in duobus fundis agitata est, & si quis duos statuliberos uno pretio vendat, & dicat unum decem dare iustum, qui quindecim dare debebat. Nam & hic tenetur ex empto actione, quamvis emptor à duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est, in omnibus supra scriptis casibus luerum cum damno compensari: & si quid deest emptori sive pro modo, sive pro qualitate loci, hoc ei resarcire.

Quæstio hæc est. Quidam duos fundos vendidit, & tradidit simul uno pretio, una cautione, uno instru-

mento emptionis, fundum Sejanum, & fundum Mævianum. Separatim autem modum cujusque dixit, & repromisit. Puta fundum Sejanum habere centum jugera, fundum Mævianum ducenta jugera. Post fundi Sejani modus invenitur minor decem jugeribus, fundi autem Mæviani modus invenitur major 10. jugeribus. Venditor in dicendo modo, quem dixit, non est versatus dolo malo. In pronuntiando modo fundi Sejani mendacium dixit, non mentitus est, quia non habuit animum decipiendi emptoris: alioquin in eum competeret vetus actio ex empto in duplum auctore Paulo *lib. 1. Sement. tit. 18. & lib. 2. tit. 16.* quæ in fine hujus legis admittitur compensatio lucri cum damno, non admitteretur. In dicendo autem modo fundi Mæviani neque mendacium dixit, neque mentitus est, quia manifestum est in ducentis decem, & ducenta inesse. Quod vero re ipsa deceptus emptor sit in modo fundi Sejani, licet nullus dolus venditoris probari possit, quod, inquam, in re ipsa emptor deceptus sit in modo fundi Sejani, cui desunt 10. jugera. quæritur, an ei competat adversus venditorem actio ex empto, quod non præstiterit modum fundi Sejani, quem dixit: Et placet competere actionem ex empto, quod ejus fundi modum non præstiterit, quem dixerat, vel ut in 12. tab. quod non præstiterit, quæ lingua nuncupaverat. Et ita in *l. 2. in princ. hoc tit.* si modus agri, qui dictus est, non præstetur, esse actionem ex empto in venditorem, & erit ergo etiam in specie proposita ipso jure, nec quicquam proderit venditori, quod quantum deest fundo Sejano, tantum exsuperet in fundo Mæviano. Verum non habita ratione ejus, quod exsuperat in fundo Mæviano, propter id, quod deest Sejano, & ex Labeonis sententia ipso jure in venditorem est actio ex empto. Et hoc admittamus libenter, ipso jure esse actionem ex empto. Verum hoc admisso, rursus quæritur, an si hac actione venditor conveniatur, tueri se possit exceptione doli mali, maxime in hac specie, si ex duobus illis fundis, qui uno pretio venierunt, unus sit sylva, vel saltus, alter vinea, & in vinea, qui fundus est fructuosior, longe plus sit, quam dictum sit, in sylva exiguus modus desit. In hac specie æquum esse videtur, repellere emptorem, qui venditorem compellat ex empto: quia in hac specie nihil emptoris interest, quam quod deest sylvæ, id habeat in agro meliore: & dolo facere videtur, qui agit, quum ejus nihil interest. Actiones enim comparatæ, & compositæ sunt (ut ait Marcus Tullius) ex damno, & injuria cujusque, id est, ut per eas consequamur id quod nostra interest. An ergo dicemus maxime in hac specie nunc proposita, tueri se posse venditorem exceptione doli mali? An contra dicemus, hanc exceptionem cessare, quod nihil faciat dolo emptor, qui agit ex empto ob minorem modum sylvæ, quia sane nihil videtur dolo facere (inquit) qui jure perpetuo utitur? Jus perpetuum vocat jus summum, jus directum, ut in *l. 2. C. Theod. de jure fisci: jure directo, atque perpetuo.* Jus quod omnia recta, & inflexibilia exigit, æquitatis regula flexibilis est, ut structurae Lesbiæ regula plumbea, secundum Aristot. Dolo igitur non facit, qui utitur jure recto, & quo semper, aut plerumque cives utuntur. Quod item & publicum dici potest. Dolo igitur non facit, qui jure publico utitur, qui concessa actione utitur: Nam ut in regulis habemus, *l. nihil consensu, §. 1. non capi eum, qui jus publicum sequitur:* ita vice flexa statueri licet, nihil capere eum, qui jus publicum sequitur. Denique nec capi, nec capere eum, qui jure publico utitur. Jus autem publicum jus perpetuum hoc est, ut venditor, qui majorem modum dixit, ex empto teneatur, ut modum, quem dixit, præstet, nec defendat se exceptione doli. In hac specie venditor majorem sylvæ modum dixit: ergo tenetur ex empto efficaciter. Præterea jus perpetuum hoc est, ut si venditor minorem modum dixerit, & inveniatur major, quod amplius est, ad compendium emptoris pertineat potius, quam venditoris. Ergo & in hac specie, quod plus est in vinea, id debet cedere compendio emptoris, salva manente ei petitione per actionem ex empto ejus, quod deest sylvæ. Et hæc quidem, quæ hactenus diximus, faciunt pro emptore. In contrarium Paulus tractat eodem artificio, eademque methodo, qua usus est

est in *l. mater*, de inoffic. testam. & tentat, *ὡς ἐν ἐπιχορηγίᾳ τοῦ ἐναντίου, τὸ ἐναντίον λογισμῶ παροξυνεῖσθαι*, tentat, inquam, nullam esse querelam in specie proposita, nullam iustam actionem, aut postulationem emptoris. Hac ratione, quia si unus fundus venierit centum jugerum, qui constabat ex vinea & prato, & dixerit venditor in vinea esse 50. jugera, in prato totidem, & in vinea inveniantur 60. in prato 40. atque ita confuse constet universus modus centum jugerum, plane cessat actio ex empto, quia non habet, quod queratur emptor, cum quod deest in prato, exsuperet in vinea, cujus reditus longe amplior est, quam prati, & utilior hominibus, & uberius, vel Columella teste, conferente vineam cum prato, *lib. 3. cap. 3.* At contra, si in vinea sint 40. in prato 60. tunc sane fatemur, locum esse actioni ex empto, quia captio intervenit emptoris, *l. si in qualitate, l. si fundo vendito, hoc tit.* quam in ea parte fundi, quæ melior est, vinea, puta, minus invenitur. At (& hæc est assumptio, quæ addenda est superiori propositioni, propositio erat de uno fundo vendito, qui dicebatur esse centum jugerum: sequitur nunc assumptio) at de uno fundo vendito, in specie in hac lege proposita, de duobus fundis venditis, unus fundus veniisse videtur, quia venierunt uno pretio: ergo cessat actio ex empto, si major sit modus in vinea, minor in prato: at negandum est, duobus fundis venditis uno pretio, unum fundum veniisse videri, quia etsi venierint uno pretio, duæ sunt emptiones & venditiones: tot emptiones, quot res, *l. cum plures, de evict. l. & uno pretio, hoc tit.* Et vero nunc vice versa Paulus rursus tentat sumpto argumento a duobus statuliberis ab herede venditis ex empto actioni locum esse. Finge: dominus in testamento suo Sticho & Pamphilo directam libertatem dedit, Sticho sub conditione, si heredi quindecim dederit, vel quod idem est simpliciter, sub conditione, si 15. dederit, *l. ita liber, de statulib.* Pamphilo autem sub conditione, si quinque dederit, & heres re integra utrumque vendiderit uno pretio, constat statuliberos posse vendi, & conditionem statulibertatis impleri in persona emptoris, *l. statuliberos, l. statuliberi a cæteris, §. ult. de statulib.* In vendendo autem heres conditionem statulibertatis pronuntiavit, & dixit, Stichum decem dare iustum, qui iustus erat dare quindecim, & Pamphilum dare totidem, qui iustus erat dare quinque tantum. Confuse congruit universus numerus: quia ambo 20. dare debent: sigillatim non congruit numerus, qui dictus est, quia Sticho plus dare iustus est. Et ideo venditor ex hac causa tenetur ex empto, sicut si solidum Stichum vendidisset, & dixisset decem tantum eum dare iustum, *l. 10. de statulib. l. qui alienam, §. 1. de evict.* Ergo duobus fundis venditis uno pretio, si vel uni fundo delit modus, qui debitus est, quamvis exuperet in altero, actio ex empto locum habet. Paulus postquam satis agitavit hanc quæstionem ultro citroque, tandem concludit in superioribus casibus, videlicet, de duobus fundis, vel de duobus statuliberis venditis uno pretio, ex hac causa emptore agente ex empto compensari debere lucrum cum damno, officio iudicis scilicet, quia iudicium bonæ fidei est, etiam non opposita exceptione doli, *l. plane 38. de pet. hered.* puta, quod exsuperat in vinea, compensari debere cum eo, quod prato, vel sylvæ deest, & si quid delit emptori in modo, vel in qualitate agri, id ei suppleri & resarciri oportere. Hoc declarem appositis exemplis. Si venditor in vinea dixerit esse ducenta jugera, in prato centum, & inveniantur in vinea ducenta decem, in prato nonaginta: emptor nihil consequetur actione ex empto, quia ei nihil deest, imo plus habet, quia decem jugera, quæ exsuperant in vinea, plures sunt quam decem, quæ prato desunt, vel sylvæ. Contra vero si in vinea inveniantur centum nonaginta, in prato 110. minus habet emptor pro qualitate agri, quia 10. quæ abundant in prato, non tanti sunt, quanti decem, quæ desunt arbusculo aut vineæ. Quod si in vinea desint decem, in prato nihil: vel contra in prato 10. in vinea nihil: vel si in utroque agro desit aliquid, decem emptori suppleri debent pro qualitate & bonitate agri, juxta *l. 4. §. ult. hoc tit.* At si fundus venierit non expressa qualitate, si non dixerit, se vendere vineam, aut sylvam, aut

Tom. II. Post.

olivatum, ut pratum, denique si fundus venierit non expressa qualitate agri, & majorem modum venditor dixerit, pro modo, & quantitate, si numero jugerum, quæ desunt, æstimatio facienda est; & damnum emptori faciendum, ut *d. l. 4.* damnum, inquam, faciendum est, quod pro modo emptor facit, vel pro qualitate, ad concurrentem quantitatem lucri. Nam compensari prius oportet lucrum cum damno, & si damnum præponderet, id præstari, quod præponderat, aut prægravat emptorem. Quæ est sententia hujus legis. Addendum tantum, similem compensationem damni cum lucro admitti in specie legis *si negotia, de negot. gest. sed non admitti in specie legis 23. 25. & 26. pro soc.* Cur tam varie? Hoc quæro, cur in specie hujus legis, cur in specie *l. si negotia*, hæc compensatio admittitur, & non in specie illarum legum, *pro socio*. Negotiorum gestorum lucrum, quod domino paravit compensat cum damno, quod culpa vel negligentia ejus præbuit, vel etiam quod casus per culpam ejus præbuit, ut *d. l. si negotia*. Cujus auctor est (quod maxime ad rem facit) Pomponius: ergo compensationem admisit lucri cum damno quod culpa gestoris præbuit. Cur etiam in *l. 23. & seqq. pro soc.* socius non compensat lucrum, quod industria ejus societati attulit, cum damno quod culpa ejus præbuit? Nam in supradictis legibus aperte dicitur, culpam esse præstandam, etiamsi in aliis rebus aucta fuerit societas per socij industriam. An est statuenda differentia inter negotia gesta, & societatem? Minime, si sequamur Pomponium, non est statuenda differentia inter negotia gesta & societatem. Nam ex sententia Pomponij socius eadem compensatione utitur, ut Ulpianus refert in *d. l. 23.* sane notans legem *si negotia*, quanquam de negotiis gestis loquatur, non de societate, sed ubique par incurrit ratio. Et sane hac in re dissentit Pomponius ab aliis: sed aliorum sententia obtinuit, socium, vel gestorem negotiorum non compensare lucrum cum vitio suo, cum culpa sua. Quæ sententia comprobata est etiam decreto Marci, & ei locus dari debet, non in societate tantum, sed etiam in negotiis gestis, ita ut nullo casu quisquam lucrum compenset cum suo vitio. Et in specie hujus legis non compensatur etiam lucrum cum vitio vel culpa cujusquam, si (quod idem est) cum damno, quod culpa attulerit, sed cum damno simpliciter, id est, cum eo, quod modo, aut qualitati agri cujusquam deest. Postremo nihil etiam adversus hanc legem fecit *lex si duos, de evict.* ubi si duo servi simul venierint quinque, quorum unus erat dignus quinque, alter decem, evicto eo, qui erat dignus quinque, non ideo cessat actio de evictione, quod alter sit dignus decem, id est, non compensatur, quod plus in hoc est, cum eo, quod minus est in illo. Cur ita? Quia hi duo servi non confuse uno pretio venierant, sed quinque: Si quinque: ergo non uno pretio. In specie autem hujus legis duo fundi, vel duo statuliberi confuse venierunt uno pretio. Itaque facile fit compensatio augmenti, quod est in uno, cum decessione, quæ est in altero.

Ad L. X. de Usuris. Partum post litem contestatam editum restituere possessor debet, quem non deberet restituere, si cum mater peteretur, jam natus fuisset: nisi specialiter & pro hoc egisset.

Hæc lex proprie pertinet ad actiones in rem, quæ vindicationes appellantur. Idque verbum *petendi* demonstrat, quo proprie vindicatio significatur: petere idem est, quod suum est, vindicare, & petitio idem est ac vindicatio. Idemque indicat verbum possessoris. Nam actio in rem in possessorem dirigitur. Loquitur autem lex generaliter de possessore, nec separat bonæ fidei possessorem a malæ fidei possessore. Et in utroque certissima ejus definitio est, partum post litem contestatam editum, possessorem restituere debere, quia post litem contestatam omnes possessores pares sunt: omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, *l. sed etsi, §. si ante, de petit. hered.* Porrigitur autem hæc definitio etiam ad actiones in personam, *l. 2. l. 3. §. in his, hoc tit.* Ergo si in rem, si in personam actum sit de ancilla, quam auctor suam esse petit, vel quam

M m m 2

in-

intendit sibi dari oportere; re judicata secundum actorem, etiam partum editum post litem contestatam restituere oportet actori: eidemque victori, sicut & foetum perceptum post litem contestatam, & omnem causam, omnemque accessionem rei in iudicium deductæ venire. Et fit ea restitutio officio iudicis, l. 35. §. 1. de rei vindic. quamvis petitus non sit partus, vel foetus, qui ederetur, quive perciperetur, vel causa, quæ post existeret, & emergeret post iudicium, acceptum scilicet, post iudicium inchoatum, post litem contestatam. Hæc tria idem tempus notant. In actionibus autem in rem ita jus est ex l. 12. tabul. ex qua etiam dupli fructus post litem contestatam in restitutionem veniunt. Verba legis 12. tabularum hæc sunt apud Fesulum: *si vindiciam falsam tulit*, id est, si is, à quo res vindicabatur, eam falso, & contra veritatem vindicavit. Nam actio in rem est mutua vindicatio ex utraque parte, ut Institut. ostendunt initio *iii. de action.* Ergo, inquit lex, *si vindiciam falsam tulit, ejus rei, sive litis arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnus decido.* Quam legem proculdubio intelligit lex Julianus, §. *quansum, ad exhib.* ubi ait, fructus æstimari secundum legem. Legem enim quum dicimus, 12. tabularum intelligimus, maxime cum tractatur de ea actione, quæ ex 12. tabul. descendit, ut actio ad exhibendum, & in rem actio, propter quam actio ad exhibendum est inducta. Et ideo Paul. 5. Sentent. ait, ex die accepti iudicii, id est, ex die litis contestatæ, duplos fructus præstari victori. Et Divus Ambrosius epistol. 24. *Cum Adverterem*, inquit, *graviori conditione illum, si vicisset acturum de duplis fructibus.* Et in l. 1. C. Theod. de usur. rei judic. ex prisca juris formulis, id est, ex 12. introductum est, ut malæ fidei possessores in fructus duplos convenirentur. Et in l. 1. de fruct. §. 1. C. Theod. litigator victus (inquit) *quem invasorem rei alienæ, prædonemve constabit, sed & qui post conventionem rei incubavit alienæ, non sola rei redditione teneatur, nec tantum simplorum fructuum præstationem solam, sed & duplos fructus exsolvat.* Et ii sunt, qui majores fructus appellantur in Digest. id est, dupli, in l. rescriptum, §. 1. de distract. pign. §. 1.6. §. ult. mand. Hodie restituuntur simpli fructus, vel æstimantur in simplum tantum, non in duplum, & partus similiter, cæteræque accessiones, & causæ rei in iudicium deductæ. Nam et si lex 12. tab. loquatur tantum de fructibus, tamen potest etiam ad partum, & omnem causam, l. Julianus, §. *Idem Julianus, l. præterea, de rei vindicat.* Et hæc de actionibus in rem. In actionibus in personam idem introductum ac receptum est, ut scilicet partus editus post litem contestatam, & fructus & omnis causa restituantur officio iudicis, non quidem ex 12. tabul. quæ est tantum de vindiciis, seu de vindicatione, sed ex usu recepto, l. 2. hoc tit. l. cum fundus, in princip. de reb. cred. ex opinione vulgo recepta, d. l. 2. ex opinione Sabinianorum scilicet, l. 8. de re judic. l. videamus 2. §. si actionem, hoc 1. Sabiniani ex æquitate, ut ait §. si actionem, censent etiam in actionibus in personam, post litem contestatam, omnem causam esse restituendam actori, secundum quem lis datur. Ratio illa æquitatis est communis omnibus actionibus tam in rem, quam in personam, ut quale quidque est tempore litis contestatæ, tale restituatur, d. l. 2. ne reus lucrum faciat ex re, quæ in lite esse cœpit, l. Julianus, §. ult. de rei vindic. ne reus habeat quod non esset habiturus, si statim bonam fidem agnovisset, & cessisset actori, l. 35. §. 1. eod. tit. Et hæc de partu edito, vel alia causa existente post litem contestatam. Videamus, quid sit dicendum, si partus sit editus ante litem contestatam, id est, antequam mater peteretur. Et constat, partum editum ante litem contestatam non venire in restitutionem, nec in æstimationem, nec in actione in rem, nec in actione in personam, l. inter stipulantem, §. ult. de verb. oblig. Sicut nec fructus veniunt, qui sunt percepti ante litem contestatam, & non veniunt primum potestate actionis, quia actio rem tantum petit, puta fundum, vel ancillam, & rei appellatione non continetur fructus, quia alia res esse cœpit statim atque re separatus est. Et eodem modo ancillæ appellatione non continetur partus jam editus, quia alius jam homo est, l. 7. §. de fruct. de

A) *excepti rei judic.* Et rursus fructus percepti ante litem contestatam, vel partus nati ante litem contestatam, etiam non veniunt officio iudicis, quia in iudicio ejus rei non vertitur quaestio, l. si fundus, §. interdum, de pignor. l. adiles, §. item sciendum, de adil. edic. l. si tertius, §. officium, de aq. & aq. plur. arc. Denique in actione in rem, vel in personam, veniunt quidem fructus pendentes, qui & stantes appellantur, quia pars rei sunt, sed non etiam percepti, & exstantes, nec partus editi ante litem contestatam, nisi, ut subicit Paulus, & ipsi suo nomine nominatim in litem, in quaestione vocentur: atque petantur, l. 2. C. de petit. hered. hoc tamen ita verum est, nisi sit actio bonæ fidei: nam, ut Scævola dicebat, bonæ fidei nomen manat latissime, & sane complectitur etiam fructus perceptos, vel partus editos ante litem contestatam omnimodo, d. l. videamus, §. pen. & partus sane in actione ex empto editos post numerationem pretii: quam in rem est singularis lex *Thais, §. Lucia, de fideicom. libert.* Et hoc vero distat fructus, vel partus ab usuris: nam in bonæ fidei iudiciis officio iudicis usura non veniunt, nisi post moram, l. mora, §. in bonæ fidei, hoc tit. partus & fructus veniunt etiam ante moram, qui exsisterunt ante litem contestatam. Addenda est etiam alia exceptio, secundum hanc exceptionem priorem (quam nos posuimus initio) habet tantum locum in actionibus strictis, ut non veniant fructus percepti ante litem contestatam, vel partus editi ante litem contestatam, nam aliud servatur in bonæ fidei iudiciis, sed strictis iudiciis addenda est alia exceptio, nisi in formula actionis strictæ prætor utatur restituendi verbo, quia hoc verbum plenam significationem habet, ut in actione Faviana, & Pauliana, & interdicto unde vi, d. l. videamus, §. in Faviana. In cæteris actionibus strictis, vel arbitrariis non veniunt partus editi ante litem contestatam, vel fructus percepti ante litem contestatam, nec in præjudiciis quidem, id est, cognitionibus de statu. Nam matre petita in servitute, vel in libertatem, non videtur petitus jam ante editus partus, nisi nominatim petitus sit, l. ult. C. de lib. caus. Nec item in actionibus legatorum, vel fideicommissorum, quamvis in plerisque cautis sint ad similes actionibus bonæ fidei: nam & in actionibus legatorum, vel fideicommissorum ita demum veniunt fructus, vel partus, si post litem contestatam, vel post moram percipiantur, vel edantur, nisi & pro iis, qui ante editi, & percepti sunt, specialiter actum sit, l. 3. §. 1. l. 8. l. 14. in princip. hoc tit. l. ult. C. de usur. & fruct. legat. §. l. 14. hoc tit. ait Paulus libro 14. responsorum. Respondit Paulus: *Moram, &c.* legendum est, post moram, ut in Basilicis, *μὰρ ὑπερθεσιν.* Cæterum ante moram, vel litem contestatam percepti fructus, vel editi partus, ad compendium pertinent heredis, non legatarii, aut fideicommissarii, l. si quis bonorum, l. cum servus, §. 1. l. quaestum, §. ult. de leg. 1. l. 26. de leg. 3. l. generaliter, §. proinde, de fideic. libert. l. 1. §. ult. C. de usur. & fruct. leg. Et hæc sufficiens de sententia hujus legis.

Unum tantum restat, quod opponitur sententiæ hujus legis ex l. non potest, de judic. quæ non videri in iudicium venisse ait, quod post litem contestatam accidit: ideoque nova actione, nova interpellatione opus esse. Hoc omnino videtur pugnare cum hac lege, quæ in iudicium in rem venire ait partum editum post litem contestatam, in quam & Græci generaliter ita constituunt, *ἢ προκέραις παρὰ σιωπηρῶς περὶ ἔχειν δοκῶν, ὅσα ἔχου τῶν σομολογῶν ἢ ἐδῆν εἴρη ἰδία ἢ οὐκ ἀγνοῦν ἐπ' αὐτοῖς, litis contestatio omnia tacite complecti videtur, quæ post eam accidunt, nec opus est propria actione.* Verum, ut respondeamus breviter: *d. l. non potest*, ut hic recte Odofredus notat, est accipienda de eo, quod post litem contestatam extrinsecus accidit, non ex re ipsa, quæ in lite esse cœpit, ex qua dicuntur esse fructus, & partus, d. l. 7. §. de fructibus. Soleo ad d. leg. non potest exemplum apponere ex l. Antæus, in fine, de aq. & aq. plur. arc. Si actum sit damni infecti, vel aquæ pluvie arcendæ de eo opere, quod factum est, quodque nocere potest vicino, & post litem contestatam ea de re aliud opus fiat, de hoc novo opere novo iudicio agendum est. Quod etiam ostendit lex si mater, §. pen. de excepti. rei jud. Nec est ablimile, quod ait lex

de iis rebus, sup. de recept. qui arbit. recep. de his rebus arbitrum sumptum ex compromisso, judicare debere, deque iis controversiis, quæ ab initio inter eos fuerunt, qui compromiserunt, non de aliis controversiis, quæ postea supervenerunt.

Ad L. CXXV. de Verb. oblig. Cum stipulamur, quicquid te dare facere oportet; nihil aliud in stipulationem deducitur, quam quod præsentis die debetur: Hoc enim solum hæc stipulatio demonstrat.

PRIUS hanc legem tractabimus, etsi ordine posterior sit l. 14. ex quibus caus. in possess. eat. tum quia est faciliior, tum quia quodammodo cohæret cum iis, quæ ante diximus in l. partum, de usur. Quod nobis debetur, in usu est frequentissimum, ut id deducamus in stipulationem confirmandæ obligationis gratia, vel etiam per acceptationem postea tollendæ obligationis gratia, eo quod nobis debetur re, aut literis, aut consensu prius deducto in stipulationem Aquilianam. Et ita fere concipimus stipulationem, quidquid te mihi ex illa causa dare facere oportet, id spondesne? spondeo. Paulus ait his verbis significari, quod debetur præsentis die: verbum, oportet, demonstrare præsens tempus duntaxat, nec complecti futurum. Quæ causa in stipulatione Aquiliana additur, oportebitve: hoc modo, quidquid te mihi dare facere oportet, oportebitque. Nam si dixeris tantum oportet, præsens tantum obligatio in stipulationem deducitur, ut l. 76. §. 1. hoc tit. & l. si à colono, sup. hoc tit. quæ est conjungenda cum l. 16. de liber. leg. Et hac in re observandum est longe aliam esse rationem judiciorum, sive actionum, & formularum, quæ in judiciis frequentantur, aliam stipulationum: Nam si ita agam in iudicio, quicquid te mihi dare facere oportet, hac formula etiam id quod oportebit continetur. Hac formula, ut sup. ad leg. proximam docuimus, continentur etiam fructus, vel partus editi post litem contestatam, & tacite petiti intelliguntur: continetur omne incrementum, omnis causa, quæ rei in iudicium deductæ accesserit post litem contestatam. Et ad actiones sane respicit etiam lex 8. de verb. signif. ubi tamen vulgo legitur verbum oportebit. Sed recte sensit Cælius Calcagninus esse legendum verbum oportet, tam præsens, inquit, quod est certissimum, quam futurum tempus significat, in actionum formulis scilicet. Verbum autem oportebit, nusquam invenies præsens tempus significare. Et eam legem proprie pertinere ad actiones, etiam indicat quod sequitur, actionis verbo non contineri exceptiones: quod utique verum est in edicto de edendo, quod est de edenda actione, non de edenda exceptione. Eademque ratione in his stipulationibus, quæ instar actionis habent, actionesque dicuntur, ut in stipulatione legatorum, vel fideicommissorum, his verbis, quicquid te mihi dare facere oportet, nam & de præsentis legato interponuntur, l. etiam de præsentis, ut leg. nom. cav. his, inquam, verbis stipulationis, quicquid te mihi dare facere oportet, & id quod oportebit continetur, ut fructus, & usuræ ex mora, l. 1. §. bellissime, ut legat. nom. cav. quia hæc stipulationes quasi actiones sunt, postulanturque à prætore, ut ait l. 1. §. 1. de prætor. stipulat. l. non solum, rem rat. hab. l. actiones, de obligat. & act. l. si ambo, §. in stipulation. de compensat. Nunc transeamus ad l. 14. quib. ex caus. in possess. eat.

Ad L. XIV. Quibus ex causis in possess. eatur. Si quis creditorem prohibuerit bona creditoris ingredi, datur in eum actio, quanti ea res sit.

Ad §. Sed & si quis legatorum servandorum causa missus in possessionem, admissus non est, si legati conditio pendeat, licet possu deficere, æstimatur tamen id, quod legatum est, quia interest ejus cautum habere.

Ad §. Creditor autem conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere.

VARIÆ sunt causæ, ex quibus fit missio in possessionem universorum bonorum adversarii. Una est, quæ fit missio creditore in possessionem universorum bonorum

debitoris absentis, vel latitantis, vel exulantis, & indefensi, vel præsentis, & rem non defendentis, rei servandæ gratia, ut ait l. 1. hoc tit. id est, debiti servandi gratia, ut in Novella 53. *κεεεε εινεεν φυλακτες*, & in epist. Symmachi ad Theod. Petitore, inquit, postulante, ut servandi debui causa in materna corpora mitteretur, quod adversaria æstimationem honorum conventa facere nolisset, seu crediti servandi causa, ut ait lex l. §. non quærimur, si quis omis. caus. testam. & specialiter dotis servandæ causa, l. es, quæ, §. 1. ad municip. l. pen. §. item danda, de divers. & temp. præsc. l. offic. de rei vindicat. iudicati servandi causa, l. 2. & 3. C. qui pot. in pign. hab. Ad quas causas mittendi in possessionem proculdubio respicit generalis clausula edicti: si quis ex alia causa missus erit in possessionem, de qua in l. ult. in fine, n: vis fiat ei, qui miss. erit in possess. Est & alia causa, propter quam fit missio in possessionem, puta legatario, vel fideicommissario missio in possessionem universorum bonorum, quæ sunt in causa hereditaria, vel etiam certis ex causis, quæ ipsius heredis sunt, legatorum servandorum causa, si heres nolit cavere legatorum nomine, quæ in diem, vel sub conditione relicta sunt: de quo genere missionis est titulus, ut in possessionem legatorum, vel fideicommissorum, &c. Est & alia, quæ fit ventris nomine, uxore, quam vir moriens prægnantem reliquit, ventris nomine missa in possessionem bonorum defuncti, de qua in tit. de vent. in possess. mit. Est & alia damni infecti, si vicinus ædium vitiosarum nomine nolit repromittere, aut satisfacere damni infecti. Sed hæc causa damni infecti longe distat ab illis, quoniam ex illarum causa fit missio in universa bona, l. 1. hoc tit. Quod & Marcus Tullius scribit in Quintiana: possessionem bonorum spectari non in aliqua parte, sed in universis, quæ teneri, ac possideri possint. Ex causa autem damni infecti fit tantum missio in eam partem, eamve rem, ex qua damnum timetur, l. 4. §. 1. l. si finita, §. ex hoc edicto, de dam. infec. Item ex causa legatorum, sive legatorum servandorum causa, & ex causa damni infecti fit missio cautionis vice, quæ non præstat ab herede, aut vicino. Quæ ex causa etiam ea possessio vicaria dicitur. Ex aliis autem causis non fit missio ullius cautionis vice, l. 1. §. ult. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. erit, l. si finita, §. si quis damni, de dam. infec. l. postquam, §. 1. ut leg. nom. cav. Sunt & aliæ inter has causas differentiæ, quæ inferius explicabuntur, nec cum superioribus conjungendæ. Nam hæc ratio docendi, & perspicuitas exigit. Notandum tantum est, quamvis inter has causas mittendi in possessionem multæ intercedant distantiæ, seu differentiæ, tamen hoc esse commune omnium causarum, ut quacunque ex causa quis decreto prætoris iustus sit ire in possessionem, si non admittatur, si prohibeatur venire in possessionem, in eum, qui prohibuit, is, qui prohibitus est, habeat interdictum, ne vis fiat ei, &c. vel ex causa interdicti actionem in factum in id, quod interest, vel executionem extraordinariam, quæ fiat per ministeria & officia prætoris, aut manu militari. Idque ex edicto illo, ne vis fiat ei, qui in poss. missus est, & hoc sive dominus, sive alter prohibuerit. Sic vulgo legitur in l. 1. §. est autem, eod. tit. rectius, quam Florentiæ nullo sensu, sive dolo, sive aliter prohibuerint. Rectius etiam, quam Basilica, *ε'ρε δολω η' ε' αλλως κολυσωσι*: sive dolo, vel aliter prohibuerint. Nam prætoris edictum omnino exigit dolum, nec qui alter citra dolum prohibet, tenetur interdicto, vel actione in factum, d. l. 1. §. si quis ideo. Alter vero, quam dominus, sane tenetur, ut tutor si prohibuerit, d. l. 1. §. hoc edicto, & procurator, & actor municipum, l. 27. de dam. infec. Et ita hoc loco, si quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi, non dominus ipse, vel debitor significatur, sed alius quilibet. De missione autem in possessionem legatorum servandorum causa dubitari potest, an prohibito legatario ingredi bona hereditaria, in eum, qui prohibuisset, hæc actio competere, hac ratione, quod ex hac causa missio fit ut plurimum, si legata sint conditionalia, aut in diem, & pendente conditione postulanti legatario non caveat heres sua die legata reddi. Et non fit hæc missio crediti servandi causa: quia legatarius conditionalis non est creditor, l. is, cui, de oblig. & act. l. 27. qui, & à quibus manum. lib. non fiant,

fiant. Non igitur fit crediti servandi causa, sed legatorum, aut fideicommissorum servandorum causa. Et legatarius conditionalis non est creditor, quia antequam conditio legati exstiterit, legati nullæ sunt vires. Verum hæc missio fit specialiter legati servandi causa, licet conditio legati deficere possit in incerto, & ambiguo, quia etiam existere potest. Et ideo interest legatarii interim cautum habere, ne heres dilapidet bona, vel interim labatur facultatibus. Proinde legatario ob non præstitam cautionem missio in possessionem, nec admissio, id est, prohibito in possessionem venire, ei competit hæc actio, quæ in factum est in id, quod interest, puta quod est in legato, id est, in veram æstimationem legati, perinde atque si conditio legati exstiterit. Hæc est pœna non admittentis missum in possessionem, l. 4. §. *condemnatio*, inf. de tab. exhib. Verum hæc in re multum distat legatarius conditionalis à creditore conditionalis, cujus distantia ostendendæ causa nobis hæc lex pen. data est. Neque enim alio spectat, quam ut constituat hæc in re esse differentiam inter legatarium conditionalem, & creditorem conditionalem. Legatarius conditionalis, ut dixi, non est creditor, quia legati nullæ sunt vires ante conditionem impletam: creditor vero conditionalis, veluti stipulator conditionalis, est creditor: quia obligatio conditionalis statim ab initio contractus vires accipit: & est obligatio conditionalis, obligatio cum adjuncto, l. *ususfructus*, de stipulat. servor. Et certissimum illud est, in legatis conditionalibus spectari tempus existentis conditionis, quoniam ex eo tempore vires accipiunt, in contractibus autem spectari tempus contractus, quoniam ex eo vires accipiunt. Qua ratione placet legata conditionalia non transmitti in heredem, quia nondum constiterant in persona legatarii vita defuncti: stipulationes autem conditionales transmitti, quia statim ab initio vires habuerunt, & radices egerunt in persona stipulatoris: & similiter legata conditionalia filiofamil. relicta non acquiri patri, si conditio, exstiterit post emancipationem filii, stipulationes autem acquiri. Quæ omnia fufius exposuimus in l. 78. de verb. oblig. & l. *qua legata*, de reg. juris. Porro etsi creditor conditionalis sit creditor, non tamen potest pendente conditione mitti in possessionem bonorum debitoris rei servandæ causa, & impune prohiberi potest. Legatarius autem, qui non est creditor, pendente conditione in possessionem mitti potest, herede non cavente, & impune non prohibetur. Et perspicua ratio differentiæ inter legatarium, & creditorem hæc est, quia creditor mittitur in possessionem bonorum debitoris, pignoris tantum vice, quod *pignus prætorium* dicitur, missio facit, & constituit pignus prætorium: Creditor, inquam, mittitur in possessionem pignoris vice, non cautionis vice, quia antequam extiterit conditio neque pecunia, neque cautio ei ulla debetur, præter quam uno casu, l. 4. inf. de separatis. exposita 12. responsor. Papiniani. Excepto illo casu, antequam extiterit conditio stipulatori conditionalis, nec res, nec pecunia, nec cautio ulla debetur. Igitur cautionis vice non mittitur in possessionem, sed pignoris tantum vice, ut scilicet postea ex edicto ea bona publice distrahat, quasi pignorata, hasta posita in foro, l. 6. §. 1. l. 7. §. 1. & l. seq. §. 1. hoc tit. Creditor autem conditionalis non potest ea bona distrahere, d. l. 7. §. si in diem, quia ut dixi, nec cautio ei debetur, nec pecunia. Et is tantum distrahere potest, postquam missus est in possessionem, cui alterum debetur, pecunia, vel cautio, ut in casu dictæ leg. 4. Creditor conditionalis, cum nihil eorum ei debeatur, non potest bona distrahere. Ergo nec ire in possessionem bonorum: ut remotio consequentis, nonnunquam est remotio antecedentis: vel ut Paulus ait hoc loco, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere, quasi ita concludens in 2. figura.

Qui mittitur in possess. potest bona vendere.

Creditor conditionalis non potest bona vendere.

Ergo creditor conditionalis non mittitur in possess.

Legatarius autem conditionalis recte mittitur in possessionem bonorum, non tantum pignoris vice, ut l. *missio*, pro emptore, l. 18. §. ult. famil. erisc. l. 3. & 5. C. ut in possess.

legat. sed etiam cautionis vice, quæ ei, interim, dum pendet conditio, debetur ex edicto prætoris. Qua in re legata, & fideicommissa comparantur judiciis bonæ fidei, in quibus ante diem, vel ante conditionem agi potest ad cautionem interponendam, l. in omnibus, de judic. l. *Seja*, de mort. caus. donat. l. si constante, §. quoties, sol. matr. Ergo si heres perseveret non cavere legatario, & justa esse causa videbitur, poterit legatarius bona, in quæ missus est, distrahere. Itaque non frustra mittitur, nec impune igitur ab herede, vel ab alio prohibetur venire in possessionem, sed si prohibitus sit, datur ei in eum, qui prohibuit, actio in factum, de qua in hac lege agitur. Ex hac differentia potest constitui alia ex l. 1. §. 1. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. erit. Legatario missio in possessionem, nec admissio, actio illa in factum, de qua hic agitur est perpetua, & datur etiam in heredem ejus, qui non admisit, qui eum prohibuit, quia facile ei est quodcumque oblata cautione evitare hanc actionem, quia cautionis vice legatarius missus est in possessionem. Creditori autem in eum, qui prohibuit, est actio annua tantum, non perpetua, quæ nec in heredem ejus, qui prohibuit, datur; quia non cautionis vice creditor missus est in possessionem, ut sit in ejus potestate cautione aliqua oblata evitare hanc actionem pœnalem, sed missus est pignoris tantum causa, quo semel constituto atque contracto, non est integrum id resolvere alia ratione, quam solutione debiti. Nihil est his addendum, nisi quod huic l. penult. objicitur lex 6. in princ. hoc tit. quæ ait, creditores conditionales in possessionem mitti solere. Et hæc lex ait, non mitti, quia nec vendere possunt bona, in quæ mittuntur. Nihil est, quod tam facile explicari possit. Respondeo, *solere quidem mitti*, ut ait l. 6. sed si non admittantur, non dari eis actionem in factum, ut hæc lex pen. ait, quia non optimo jure mittuntur creditores, non cum effectu: neque enim pignus excqui, & vendere possunt. Si ergo initium spectes, mittuntur: si finem, vel effectum, non mittuntur, quia pignus non contrahunt, quibus nondum neque res, neque pecunia, neque cautio ulla debetur.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. III. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XL. de Relig. & sumpt. fun. Si quis enim eo animo corpus intulerit, quod cogitaret inde alio postea transferre, magisque temporis gratia deponere, quam quod ibi sepeliret mortuum, & quasi æterna sede dare destinaverit, manebit locus profanus.

SCIENDUM est, locum religiosum illum esse, in quo mortuus sepultus est, vel si comburatur, ut solebant olim, in quo ab ustrina mortuus, vel mortui ossa justæ sepulturæ atque perpetuæ causa illata sunt. Dico *mortuus*, vel *mortui ossa*, ut prætor in l. 2. §. prætor, hoc tit. Mortuus, est corpus, vel cadaver integrum: mortui ossa, & cineres, sunt corporis combusti reliquæ, quæ & reliquæ dicuntur sæpe in hoc tit. & in fine tit. seq. Græcis *Λειψανα*. Nov. sexagesima: mortui conditorium est sepulchrum: ossium conditorium, est ossuarium, l. 2. de sep. viol. Et in antiqua inscriptione, *Julia Fuscina ossuarium viva sibi fecit*. Sed & ossuarium sepulchrum appellatur. Ait enim Ulpianus in l. 2. §. sepulchrum, hoc tit. sepulchrum esse, ubi corpus, ossave condita sunt. Præterea in definitione loci religiosi, dixi, *justæ sepulturæ causa, atque perpetuæ*, ad differentiam mortui, qui certo loco deponitur, non ut perpetuo ibi sit, sed ut in alium locum transferatur perpetuæ sepulturæ: quæ depositio corporis locum non facit religiosum. Si quis (inquit Paulus hoc loco) eo animo corpus intulerit, quod cogitaret inde alio postea transferre, magisque illic deposuerit temporis gra-

gratia, quam veluti æternæ sedi destinaverit, aut tradiderit, manebit ille locus profanus, locus purus ut vocatur, non erit religiosus locus ille depositionis. Id enim non est sepelire, sed deponere, & commendare, l. 14. §. funeris, hoc tit. illo locus, ad corpus commendandum, id est, deponendum temporis gratia, sive ad tempus, ut in testamento Geruntii apud Hieronymum, simplici sepulchro conditus, vel potius commendatus. Et in libello quodam oblato Severo Imperatori, cum subscriptione Juvencii Celsi Jurisconsulti: Cum, inquit, ante hos dies conjugem, & filium amiserim, & pressus necessitate corpora illorum scilicet sarcophago commendarim, donec quietis locus, quem emeram edificarem. Rogo Domine permittas. Et in l. 3. §. non perpetua, de sepulch. viol. non perpetua, inquit, sepulchra tradita corpora, id est, commendata, & deposita: quæ ait, posse transferri, sine venia, scilicet, permissu principis, aut magistratus, ut l. 10. hoc tit. quæ translatio proprie appellatur ἀνακομιδή. Prima autem elatio funusque mortui ἀνακομιδή. Omnis autem cura sepeliendi mortui, quæ ad sepulchrum fit, συκομιδή dicitur, quod interpretes Æschyli ostendit illo loco, ἀτιμοί εἶναι δ' ἐκφορέειν φίλων ὄψο. Deposita, inquam, corpora & commendata transferri in alium locum possunt, sine venia: at corpora perpetuæ sepulturæ tradita, non possunt transferri, nec loco moveri, sine piaculo, nisi impetrata venia à principe, aut præside, l. 1. §. ult. C. eod. tit. vel à collegio Pontificum, l. ossa, hoc tit. Nam tunc constat ex epistola Plinii ad Trajanum, & M. Tull. 2. de legibus, & ex d. l. ossa, & l. ult. tit. seq. & l. hereditas, in fine, sup. de petit. hered. ex hujusmodi causis collegium Pontificum adiri solet. Et in antiqua inscriptione, reliquie trajectæ ex promissu collegii Pontificum piaculo factæ: & aliquando etiam permissu tribuni plebis, ut in alia inscriptione: eisdem corporibus translatis permissu tribuni plebis. Connecti vero hæc lex 40. debet cum superiore, quasi ratio superioris, quoniam ait, si quis enim eo animo, &c. lex superior ait, justæ sepulturæ traditum corpus, id est, terra conditum, & humatum videri, etiam in arcula conditum sit, dummodo eo animo conditum sit, ut non alio transferatur, id est, non deponendi animo. Si quis enim animo deponendi corpus intulerit (ut subjicit Paulus) locus profanus manet, nec fit religiosus. Erat autem arcula vile sepulchri genus, plebejum sepulchrum, unde vilis arca. Horatio:

Augustis ejetta cadavera oellis.

Conseruus vili portanda locabat in arca.

Et Lucano.

Dum vilem magno plebei funeris arcam.

Ergo locus nihil religionis habet, antequam corpus terra obrutum, vel arca lapidea, ut ait l. 7. hoc tit. conditum & impositum sit ea mente, ut non alio transferatur. Impositum dixit l. 37. hoc tit. ut veteres, situm, unde & siticines, qui apud sepultos caneant.

Ad L. XLIV. cod. Quum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non sit: quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur illud religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est, caput, cuius imago sit, & inde cognoscimur.

Ad §. Cum autem impetratur ut reliquie transferantur, definit locus religiosus esse.

Addit Paulus in hac lege 44. Si diversis locis corpus fortasse cæsum, ut solebat, sepultum sit, utrumque locum religiosum non esse (vel quod idem est) utrumque locum non esse sepulchrum, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest. Et una est sepultura, quæ unius est: ut una tutela, quæ unius pupilli: una noxa, quæ unius servi. Sed illum locum ait religiosum esse, ubi quod est principale, Græce ἡγεμονικόν, conditum est, & principale statuit esse caput: cuius, inquit, imago sit, & inde cognoscimur (est locus elegantissimus) Nam omnis imago cuiuscumque materiæ olim plerumque caput tantum & humeros exprimebat, sine reliquo corpore, ut in numismatis. Ambrosius 6. Hexam. Sola, inquit, ære fusa principum

capita, & duos vultus de ære, vel marmore adorari. Plinius 37. cap. 2. de imagine Cnei Pompeii confecta ex margaritis, quas vocat opes Orientis. Jam tum, inquit, illud caput orientis opibus, sine reliquo corpore ostentatum. Juvenal. sat. 8.

----- At tu, inquit,

Nil nisi Cecropides truncoque simillimus Herma.

Nullo quippe alio vincis discrimine, quam quod

illi marmoreum caput est, tua vivit imago.

Vere igitur dicit Paulus imaginem capitis fieri, quia non fit etiam totius corporis, sed capitis tantum humerorum tenus, non reliqui corporis. Cur vero capitis tantum? Quia, inquit, inde cognoscimur. Quam rationem reddit etiam in problem. Arist. Διάτι, inquit, τοῦ προσώπου τὰς εἰκόντας ποιεῖν, πότερον ὅτι τοῦτο δηλοῖ ποιοῖ τινες, ἢ ὅτι μάλιστα γινώσκεται; cur vultus, & oris imagines fiunt? an quod vultus sit index animi, an quod inde cognoscimur? Ubi igitur caput conditum est, ubi mortui sepulchrum est, & locus tantum ille sepulchri religione tenetur: non etiam materia, vel porticatio, qua forte sepulchrum communitum est: non hortus, non aliæ culturæ interjacentes, l. æde, de cont. empri. l. 37. hoc tit. l. locum, C. eod. tit. quæ & tutela sepulchri dicitur in antiqua inscriptione: huic monumento tutela nomine cedunt agri puri, jugera decem, & taberna, quæ proxime illum locum est. Aelius Gallus Jurisconsultus apud Festum ait, Religiosum tantum esse sepulchrum, ubi mortuus sepultus ac humatus sit. Et Ulpianus in l. 2. §. sepulchrum, hoc tit. sepulchrum esse, ubi corpus, ossa vel hominis condita sunt, non totum locum, qui sepultura destinatus est: totum non esse religiosum, sed eatenus duntaxat, quatenus corpus humatum est.

Quamobrem dici potest, nec fines, aut latitudinem, aut longitudinem loci sepulchro destinati, quæ notari solent in titulis sepulchrorum his verbis: In fronte pedes tot, in agro tot. Et ab Horatio illo loco: Mille pedes in fronte, trecentos cippus in agro. Et M. Tullius Phil. 9. Et locum sepulchri Pansa consul in Æsquiliis, vel quo in loco videbitur pedes 30. quaque versus designet, quo Servius Sulpitius infortatur. Hos, inquam, fines loci sepulchro destinati, recte dicimus non teneri religione, sed quatenus corpus humatum est duntaxat. Non omittam quod addit Paulus in fine hujus legis, si quandoque impetratur à principe, vel magistratu, vel collegio Pontificum, ut reliquie, quæ semel traditæ sunt justæ sepulturæ, loco moveantur, & in alium commodiorem transferantur, quod si res exigit, impetrari solet, l. 39. hoc tit. ut si forte reliquie vi fluminis contingantur, l. 1. C. eod. tum locus, quo moventur, qui sane erat religiosus, definit esse religiosus. Idemque evenit, si locus ille captus ab hostibus: nam victoria & captivitas profanat omnia. Locus sepulchri captus ab hostibus definit esse liber, l. cum loca, 36. hoc tit. Sed & quemadmodum homo postliminio recipit libertatem, ita ille locus religionem pristinam, si recuperaretur ab hostibus. Cæterum victoria locum profanum facit, d. l. 36. Cic. de signis: Has tabulas, inquit, M. Macellus cum illa omnia victoria profana fecisset. Et Virgilius 12. Æneid.

Quos contra Æneadæ bello fecere profanos.

Ad L. XL. Si certum petatur. Lecta est in auditorio Æmiliæ Papiniani præfecti prætorio Jurisconsulti hujusmodi: Lucius Titius scripsi me accepisse à Publio Mævio quinquaginta mutua numerata mihi de domo, & hæc quinquaginta proba recte dari Calendis futuris, stipulatus est Mævius Publius, spondeo ego Lucius Titius. Si ea die superscripta summa Publio Mævio, eive, ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisfacta, eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo post solvam, poenæ nomine, in dies triginta, inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est Publius Mævius spondeo ego Lucius Titius: convenitque inter nos, uti pro Mævio ex summa superscripta menstruos refundere debeam denarios trecentenos ex omni summa ei, hereditate ejus. Quæsitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competeat, transferat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur, periunde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus,

latus, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset. Igitur finito primo mense, primæ pensionis usuras currere; & similiter post secundum, & tertium tractum usuras non solutæ pecuniæ pensionis crescere: nec ante sortis non solutæ usuras peti posse, quam ipsa fors peti potuerat. Pactum autem, quod subiectum est, quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quæ priorie parte simpliciter in stipulationem venissent; pactumque id tantum ad exceptionem prodesse, & ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si (ut ille putabat) ad exceptionem tantum prodesset pactum (quævis sententia diversa obtinuerit) tamen usurarum obligatio ipso jure non committetur. Non enim in mora est is, à quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed (si) quantitatem, quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cum conditio extiterit, sicut est in fructibus, idem & in usuris potest exprimi: ut ad diem non soluta pecunia, quod competit usurarum nomine, ex die interpositæ stipulationis præstetur.

EXponam speciem, quæstionem, sententiam hujus legis, nullo prætermissorum, quæ ad eam pertinent: ac primum ea, quæ veluti *παρεπύως* præponenda sunt, præmittam. Species hæc est. L. Tit. acceptis mutuo quindécim millibus denarium, creditori stipulanti promisit, se eam pecuniam soluturum Calendis proximis. Et si forte ea die, id est, Calend. prox. non solvisset eam pecuniam, exinde quo tardius solveret, ex mora solvendi Calend. prox. creditori stipulanti promisit usuras centesimas, id est, in denarios centenos denarios/singulos quot mensibus, quod in idiotismo dicimus, *au denier huit, & un tiers*. Huic vero stipulationi ex continenti, nullo intermisso intervallo, subiectum est pactum nudum, quo ejus sortis, aut pecuniæ solvendæ dies mutata est: Namque pacto convenit, ut qui promiserat, se universam pecuniam, se totam sortem soluturum Calendis prox. pacto, inquam, convenit, ut hic ex universa forte quot mensibus solveret trecenos duntaxat, quæ pensiones mensuræ collectæ in unam summam efficiunt quotannis tria millia, & sexcentos, & explent sortem totam anni quinti mense secundo, id est, mense quinquagesimo. De usuris dependendis in pacto subiecto stipulationi nihil dictum est. Pactum fuit de sorte solvenda tantum divisas pensionibus, non de usuris. Jam vero finge: transit numerus aliquot mensium, qui competebant solutioni pensionum. Fac transisse tres menses, ut & Græci interpretes ponunt in hac lege, quibus singulis debitor, uti pacto convenerat, non solvit trecenos, ut jam ex sorte debebat nongentos. Hæc est species facillima: quæstio & definitio ejus æque facillima. Inde quæritur, utrum nongentorum usuræ debeantur, id est, utrum singularum pensionum mensuarum, vel mensurnarum, ut olim loquebantur, usuræ debeantur ad rationem solvendæ sortis, quæ pacto immutata, & divisa in pensiones est, revocata etiam obligatione usurarum, licet de usuris nominatim nihil pacto comprehensum sit: an vero statim atque cessatum est in solvendis statutis pensionibus, totius sortis usuræ debeantur: & utrum debeantur ex die stipulationis, an ex die, quo primum debitor in solvendis pensionibus moram fecit? Usuræ, vel infliguntur propter lucrum creditoris, vel propter moram debitoris, l. cum quidam, §. si pupillo, de usur. Quæ propter lucrum creditoris, eæ debentur ex die contractus, ex die interpositæ stipulationis, & proprie *fœnus* vocantur. Quæ infliguntur propter moram debitoris non debentur ex die contractus, sed ex die moræ. Hæc vero quæstio fuit agitata, ut Paulus ait, in auditorio publico Æmilii Papiniani præfecti prætorio Jurisconsulti, cum de causis vice principis cognosceret, in consilio assidentibus Paulo, & Ulpiano, quos etiam nominatim Lamprius scribit fuisse adfessores Papiniani præfecti prætorio, & assidentibus fortasse etiam aliis, cum scilicet ea de re forte à sententia præsidis provinciæ fuisset appellatum ad præfectum prætorio, qui obtinet apicem omnium digni-

Atatum, quique solus dicitur vice sacra judicare. Fuit autem Papinianus præfectus prætorio sub Antonino Caracalla. Intelligimus quæ sit species hujus legis: quæ sit quæstio videamus, & quemadmodum ea quæstio definienda sit. Paulus, cujus sententia obtinuit, dicebat rogatus sententiam, pactum stipulationi subiectum incontinenti de solvendis ex universa sorte trecenis mensibus singulis: hoc, inquam, pactum inesse stipulationi: hoc est, hujus pacti exceptionem, vel doli exceptionem, quæ semper cum exceptione pacti concurret, stipulationi inesse ipso jure, etiam non oppositam, neque allegatam. Nam exceptionis, quæ inest potestate judicii, oppositio necessaria non est, l. 3. inf. de rescind. vendit. l. plane, de petit. hered. Idcoque totam sortem Calendis proximis, ut stipulatione cautum erat, peti non posse, ac consequenter si Calendis proximis tota fors non solvatur, totius quoque sortis usuras peti non posse, quia ubi non est petitio sortis, nec usurarum petitio est, l. 69. cum post, §. usuras, & l. si mulier debitori, de jure dot. quæ in hanc rem maxime notandæ sunt. Et in specie leg. si ita quis promiserit, in princip. de verbor. obligat. non alia ratione ex die interpositæ stipulationis usuræ currunt, quam quod, ut illa lex ait, & obligatio quoque ipsa principalis, id est, sortis obligatio ex eo die initium capit: alioqui dilata solutione sortis, differetur etiam solutio usurarum. Denique cum incontinenti pacto nudo convenerit subiecto stipulationi inter creditorem, & debitorem, ut debitor ex universa sorte refunderet quot mensibus trecenos, quia hæc pactio inesse, & novam formam addere stipulationi creditor, sive priori parti, id est, præcedendi stipulationi, perinde est, ac si creditor in singulos menses trecenos stipulatus esset, & quo tardius solveretur ex die solutioni competente, ex die solutionis, ex die, quo solvi debuit, ex mora usuras centesimas. Namque certissimum est, diem solutioni adscriptum interpellare pro creditore, & debitorem constituere in mora, quoniam ipse se debitor die solutioni dicto interpellare debet, sibi que denuntiare, quod sui officii est, sibi denuntiare verum, & æquum, l. trajectiæ, de obligation. & action. l. 9. §. 1. de usur. l. 5. hoc tit. l. 4. §. ult. de leg. comm. l. magnam, C. de contr. stipulat. l. 2. C. de jure empby. Igitur finito primo mense primæ pensionis, id est, trecenorum, usuræ centesimæ debentur ex sententia Pauli, id est, denarii tres. Et similiter post secundum, & tertium mensem crescunt usuræ pensionum non solutarum pro rata, nec ante, ut ait, sortis non solutæ usuræ peti possunt, quam ipsa fors peti potuerit, hoc est, cujusque pensionis usuræ peti non possunt, antequam pensio peti possit, tantum abest, ut statim atque cessatum est in solvenda pensione prima, possint peti usuræ totius sortis. Et hæc est sententia Pauli, quæ obtinuit in consilio Papiniani. In quo tamen consilio, sive auditorio, Ulpianus, quem designare videtur Paulus, dum ait, quidam, & ille, videtur longe alia in sententia fuisse. Nam Ulpianus, vel quidam ille existimabat, pactum subiectum stipulationi pertinere tantum ad solvendam sortem, divisas pensionibus, non etiam ad usuras, id est, prioriem partem, id est, in stipulationem simpliciter deductas. Ulpianus hæcebat scripto, quia pactum de sorte loquitur, non de usuris. Et ideo non soluta pensionē prima, vel quacunque pensione non soluta, existimabat ex die stipulationis totius sortis usuras deberi, perinde atque si id nominatim cautum, & expressum fuisset, nimirum, ut ex die stipulationis currerent usuræ, si sua die fors, aut sortis pars non solveretur; & pactum illud existimabat tantum prodesse debitori ad exceptionem, si eam oppeneret, puta, ut si finito primo mense ab eo tota fors peteretur, repelleret actorem exceptione pacti conventi opposita, vel doli mali ipso enim jure totam sortem peti posse, quia, ut ille existimabat, pactum ipso jure non immutavit formam, & causam stipulationis, pactum non inest, non continetur stipulatione. Hæc sententia à Paulo refellitur duabus potissimum rationibus. Prior hæc est, quia sortis petitione pacto convento dilata ex continenti, consequens est menti contrahentium, & rationi etiam juris, usurarum quoque præ-

præstationem esse dilatam, ut scilicet non debeantur ex die stipulationis, sed ex die competente solutioni cujusque pensionis, si ea die pensio non solvatur, id est, ex tempore moræ. Ac præterea non totius fortis, sed pensionum tantum non solutarum sua die, quia (ut ante docuimus) cætenus petitio est usurarum, quatenus & sortis petitio fuit, quæ soluta non est. Posterior ratio hæc est, quia, etiamsi concedamus, inquit, si demus, quod ille existimabat, pactum statim subjectum stipulationi prodesse tantum debitori ad exceptionem, & ipso jure prima pensione non soluta, totam sortem peti posse, etiamsi hoc demus, quod tamen non obtinuit (quia ipso jure pactum inest stipulationi, & stipulationem transformat confestim) Verum etiamsi hoc demus, & annuamus, non est verum quod ille existimabat, totius fortis usuras peti posse, quia ex cautione hoc loco proposita non debentur usuræ, nisi ex mora, ut illa verba indicant, *tunc eo amplius, quo post solvam*, ut in *l. si ita stipulatus fuero*, §. *Chrylogonus, de verb. oblig.* in alia cautione, *Tunc quo post solvetur*. Quibus verbis mora significatur: nam *quo post*, id est, quo tardius, ut infra ait in hac *l.* & in *l. ult. de re judic. quo tardius judicatum*. Et mora nihil aliud est, quam tarditas. Denique secundum hanc cautionem usuræ non debentur, nisi ex tempore moræ. At mora non intelligitur fieri, ubi nulla petitio est, nulla actio, nulla petitio sortis, *l. si pupillus, de verb. oblig.* Et in hac specie, vel fatente Ulpiano (si Ulpianus is fuit) nulla petitio est, quia pacti exceptione infringitur: nam quod ad effectum attinet, nihil interest ipso jure non sit petitio, an per exceptionem elidatur, *l. nihil interest, de reg. juris, l. 1. §. proinde, ne vis fiat ei, qui in possess. l. 7. §. idem erit dicendum, quibus ex causis in possess. casur, seu de reb. aut. jud. possid. l. 1. §. movit, ad Senatuscons. Turpill.* Ergo quia mora fieri non intelligitur in solvenda sorte, quæ peti cum effectu non potuit propter exceptionem pacti, ut ille fatetur, totius fortis usuræ non debentur, pecunia non soluta statim pensionibus, nec ex die stipulationis, sed ex die moræ tantum. Conclusio, & brevissima sententia hujus legis hæc est: pacto incontinenti stipulationi subjecto dilata solutione sortis, quam totam stipulatione convenerat solvi Cal. proxim. atque divisa ea in pensiones menstruas, ut quaque in pensione solvenda cessatum fuerit, ex eo tempore usuras deberi pro rata pensionis non solutæ, non ex die stipulationis, quia ita actum est palam inter creditorem, & debitorem, ut usuræ præstarentur propter moram debitoris, non propter lucrum creditoris. Agi quidem potuit, ut & propter lucrum præstarentur, sed id actum non est. Agi, inquam, potuit, quod subicit in extremo hujus legis. Hoc fatetur Paulus, agi potuit, & exprimi, ut statim atque cessatum esset in solvendis pensionibus, ex die stipulationis usuræ deberentur. Sic & de fructibus, ait, idem agi, & caveri posse, puto deducto fundo in stipulatum, nempe, fundum dari centesimis Calend. & si ea die non detur fundus, fructus debeantur retro ex die stipulationis. Id quidem agi potuit, sed in proposita specie actum non fuit. Et quod ait in extremo hujus legis, *id quidem agi posse nominatim, & exprimi, ut ob sortem sua die non solutam, usuræ præstentur ex die stipulationis*: ei opponitur *l. cum quidam, de usur.* ex qua elicitur hoc tantum, ob minores usuras sua die non solutas, non posse infligi majores ex die contractus, sed ex die cessationis tantum, & mora in futurum, non in præteritum. Pugnante hoc cum extremo hujus legis? nullo modo. Nam in extremo hoc tantum dicitur, ob sortem non solutam sua die, posse habita conventionem nominatim inter contrahentes, infligi usuras etiam centesimas (qui est, vel potius olim erat modus, & finis legitimus usurarum) ex die contractus solvendas. Cautio, quæ proponitur in hac lege, quæ litem fecit in auditorio Papiniani, vel concilio nihil aliud est, quam instrumentum, sive chirographum pecuniæ mutuo acceptæ, & ex continenti interpositæ stipulationis, de ea reddenda. Quo genere id actum est, ut obligatio ex sola stipulatione nasceretur, non ex mutuo, *l. 6. & 7. de novation.* Itemque instrumentum pacti ex continenti stipulationi subjecti, quod & in hac lege recte concluditur, stipulatio-

Tom. II. Post.

ne ipso jure contineri, stipulationi inesse, stipulationem ipsam transformare, ita ut quod eo pacto continetur, perinde habeatur, atque si stipulatione, quæ præcessit pactum, nominatim comprehensum fuisset. Pacta, quæ contractui ex continenti adjiciuntur, coherere contractui, formare contractum. Neque enim videntur facta ex continenti, quasi mutata sententia, nisi reformandi contractus gratia. Et verba cautionis hæc sunt: *L. Titius scripsi, chirographo scilicet manu mea scripto, vel manu aliena, ut in l. fidejussor, §. 1. de pignor.* Aliud est chirographum, aliud *ἰδιόχειρον*, in *l. scripturas, C. qui pot. in pign.* Nam *ἰδιόχειρον* manu propria: *ἰδιόχειρο γράφον* etiam aliena. Chirographum cautio est, qua cavetur creditori, & inde chirographum cavere, *l. 5. §. Idemque ait, commod. l. 89. de solut.* Chirographum, inquam, est cautio. Nam & plerumque in se habet stipulationem, ut in hac lege. Et inde agere ex chirographo .i. ex stipulatu, in *l. ult. in principio, de dol. excepti.* *L. Titius, inquit, scripsi me accepisse à P. Mævio quindecim mutua, id est, quindecim millia denarium, seu denariorum, quoniam majorem fuisse pecuniæ summam, quam quindecim, sequentia demonstrant.* Et debet notæ illius numeri quindecim superponi temo: nam temonis superpositio est millium adsignificatio. Et ita in *l. si testamento, §. quod si duo, de fidejuss.* viginti, id est, viginti millia, & decem, id est, decem millia, quia subjicit eadem lex quinque millia, tractans eandem speciem. Et in *l. debitor, de negot. gest.* quinquaginta, id est, quinquaginta millia, & decem, id est, decem millia, quia & eadem lex subjicit, quadraginta millia nominatim. Ea autem quindecim *L. Titius scripsit, sibi esse numerata de domo P. Mævii creditoris, ad differentiam ejus pecuniæ, quæ numeratur in foro, de mensæ scriptura per argentarium.* Unde Donatus in Phormione notavit. *Hodie addi chirographis de domo, vel ex arca sua, vel ex mensæ scriptura*: de domo hoc loco, ex arca in *l. quidam, de constitut. pec.* Seneca 3. epistol. *Scis cujus arca utar, expecta me pupillum, & de domo fiet numeratio.* Cum ex scriptura mensæ argentarii pecunia mutua datur, quasi ex fide publica accipitur, & nominibus contrahitur obligatio, nomina fiunt apud mensam argentarii. Quum autem numerantur pecuniæ ex domo, vel ex arca, obligatio contrahitur per stipulationem. Quæ duo genera contrahendæ obligationis notantur in *l. 1. de ann. leg.* & aliis plerisque locis, quibus argentariis, sive mensariis comparantur rei stipulandi, vel promittendi, *l. si plures, litem, l. si unus, sup. de pact. l. si duo, de recept. qui arbit. recep.* Porro ea quindecim *P. Mævius stipulatus est sibi proba recte dari Calend. futuris, Calend. seq. Calend. prox. proba, lecta, sine probro, ut Plautus loquitur; & recte, id est, boni viri arbitratu, ut l. 73. de verb. signific.* & sic in cautione legis *Titii, de constitut. pecun. remanserunt*, inquit, *apud me 50. ex credito tuo, quos tibi reddere debebo Idibus Martiis probos.* Qui enim reprobos nummos reddit, & solvit, non liberatur, *l. eleganter, §. 1. inf. de pignor. act.* Verum (ut eadem lex ostendit) reproborum damnum non facit, quandoquidem reprobi, quos solverat sciens, vel insciens, ei sunt reddendi, non sunt scindendi, quia utiles ei ad aliquid esse possunt, in merce haberi, cmi, vendi palam, tanquam reprobi suo qualicumque pretio. Cæterum, quod obtinebat in herede liberando sacris defuncti, quibus jure veteri adita hereditate obstringebatur, quod, inquam, obtinebat, auctore Festo, liberationis gratia, sive manumissionis sacrorum gratia, ut arcæ Pontificum inferret certum pondus auri, puri, probi, profani, sui, idem obtinet in quibuscunque solutionibus, & liberationibus. Nam alienæ, vel sacræ, vel reprobæ, ærosæ, subæratæ, lacunosæ pecuniæ solutio debitorem non liberat, sed suæ pecuniæ tantum solutio, ut faciat eam accipientis, & probæ, ac puræ. Et ita in formula fœderis Antiochii *Titii Livii 38. Argenti probi Antica talenta duodecim millia dato.* Et sæpe apud Demosthenem in syngraphis, *ἡποδίζναι τὸ ἀργύριον δοκιμῶν.* Et in libello familiarium colloquiorum, *καθὼς ἔλαβες δοκιμῶν ἀπόδος.* Seneca in epist. *Nec votes, quod debeo, nisi in aspero, & probro accipere*, ubi asperum vocat nummum recens culum, à quo & asperatura dici-

N n n

dici-

dicitur, quod argentario datur, ut nummos veteres commutet cum asperis sive recentibus. Verum ad rem: stipulationem fortis solvendæ Calend. proximis, si ea die fors non solveretur, subsequitur stipulatio usurarum. Si ea die (inquit) superscripta summa P. Mævio, ejus, ad quem ea res pertinebit, id est, heredi, ut in fine hujus cautionis, vel cuicumque successori in jus universum, veluti bonorum possessori, vel adrogatori. Nam is, qui adrogatur tacito jure omnia bona sua, universumque jus suum cum capite transfert in adrogatorem. Et ideo recte in *l. plura, §. ult. de obligat. & action.* his verbis: *Ad quem ea res pertinebit*, dicitur contineri & adrogatorum, & eorum, qui in jus succedunt, personas. Male Florentiæ, & adrogatis: nam adrogatus non est successor, sed adrogator est successor universi juris, quod adrogatus habuit, priusquam capite minueretur per adrogationem. Ideo ibi etiam recte Basilica, & *ἡ οὐδὲν ὄντα ἀλλ' ἐν μὲν ἢ διαδοχῶν*, id est, verbis illis: *Ad quem ea res pertinebit, & adrogatorem significamus & successorem quemlibet*. Stipulatio igitur usurarum ita concepta est: *si ea die superscripta summa P. Mævio, eive, ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisfere eo nomine factum non erit*. Dare est facere pecuniam accipientis: est dare suam, non alienam: solvere est numerare, satisfacere est dare expromissorem, vel fidejussorem, vel pignus, aliove modo creditori cavere, ut ipse vult sibi caveri, *l. si rem, §. omnis, de pignorat. act.* in hunc vero casum, id est, *si ea die fors soluta non esset*, P. Mævius stipulatus est vsuram centesimam, id est, (ut ait lex apertissime) *in dies triginta, in quæ denarios centenos, denarios singulos*. Usura centesima est, cujus pars centesima est, usura menstrua, id est, quæ in centenos quot mensibus reddit singulos, quotannis duodenos, ut apud Plautum in Epidico: *sumpsit fœnore, in dies minasque argenti singulas, nummis*, id est, in dies 30. quæ est centesima usura, in dies 30. ut in *l. si quis ita promiserit, in princ. de verb. obligat.* id est, in mensibus singulos, nam ut Mathematici, ita & nos in dinumeratione temporum omnes menses facimus triginta dierum. De denariis autem hoc solum adnotabo, denarios fuisse argenteos nummos: quod si quis attendat satis aperte præter Voluf. Mætiæ demonstrat *lex quæ extrinsecus, de verb. oblig.* & pendisse singulos denarios decem asses, sive decem ibras, (& inde nomen) vel quatuor sestertios nummos: nam singuli sestertii constant duobus assibus & semisse: denarius, *c'estoit une reale de Cassille*, solidus erat aureus, & pendebat 25. denarios, vel centum sestertios, *c'estoit comme un noble à la rose*. Et ita semper in jure solidus, id est, aureus constans 25. denariis argenteis. Stipulatus autem est P. Mævius hanc usuram centesimam pœnæ nomine, ut ait, id est, propter moram debitoris, quo tardius sortem solveret: nam usura, quæ propter moram infligitur, pœna est & coercitio debitoris. Post stipulationem fortis & usurarum mutata sententia incontinenti, pacti sunt inter se debitor, & creditor, ut non Calend. prox. ut caverant initio, debitor totam sortem solveret, sed singulis mensibus denarios trecentos tantum, quoad expleisset summam quindecim millium denariorum. Hoc pactum ex continenti subiectum inest stipulationi (ut ait Paulus, cujus sententia obtinuit in concilio, in adfessorio Papiniani, *car il estoit Advocat*) hoc est, format vel transformatur, *μετὰ τὴν οὐδὲν ὄντα* stipulationem, quæ præcesserat, & pro eo res habetur, ac si P. Mævius stipulatus esset in singulos menses denarios trecentos, & insuper pro rata non solutæ cujusque pensionis usuras centesimas. Itaque debetur tum fors, tum usura. Igitur non solutæ primæ pensionis tantum usuras deberi, non totius fortis, & deberi ex die moræ, quo cessatum est in solvenda pensione prima, non ex die contractus sive stipulationis: & sequentium pensionum usuras similiter ex mora deberi. Falsam autem esse opinionem ejus, qui existimabat, Calend. prox. non soluta sorte, ipso jure totam sortem peti posse, totiusque fortis usuras, si non solveretur fors, quasi pacto non immutata priori stipulatione, sed quæ sita tantum debitori exceptione pacti. Quod si ita esset, omisa ea exceptione, tota fors a debitore exigeretur, *l. Papin. de Publ. in rem act.* At verius est, ipso ju-

re tutum esse debitorem, etiam si non apponat exceptionem pacti, quia pactum, quod incontinenti subiectum est stipulationi, novam formam & conditionem stipulationi dedit, quod ex continenti adicitur, legem contractui dat, contractum format & perficit, hoc est, contractui inest, etiam si adicitur contractui stricti juris, veluti stipulationi in hac specie. Inest ergo contractui stricto, stipulationi strictæ, ex parte rei, scilicet, ex parte debitoris, ex parte rei debendi, ut reo profit, actori autem noceat, non etiam ex parte actoris, sive creditoris, ut ei profit. Et hoc distat iudicia stricta a iudiciis bonæ fidei: nam iudiciis bonæ fidei pacta facta incontinenti insunt, non ex parte rei tantum, sed etiam ex parte actoris, ut actori præbeant actionem, *l. juris gent. §. quinimmo, sup. de pact. l. in bonæ fid. C. eod. tit.* Iudiciis autem strictis insunt ex parte rei tantum, non ex parte actoris. Quod exemplo faciam manifestius: si quid in contrahenda stipulatione placuit solvi intra mensem, statim subiecto pacto convenerit solvi intra triduum: ex hoc pacto non nascitur actio, quia non est subiectum contractui bonæ fid. sed stricto: sed si convenerit id solvi intra duos menses, si a debitore petatur transacto primo mense, tueri se potest, quo minus exigatur potestate pacti conventi, quod stipulationi inesse creditur. Idemque erit, si pacto convenerit solvi divisim pensionibus quod in contrahenda stipulatione caverat debitor se in solidum soluturum Cal. prox. nam si debitor conveniatur in solidum finito primo mense, recte dicet, ipso jure se teneri tantum in pensionem primam, puta, ut in hac specie in trecentos, non in quindecim millia denarium, quia pactum illud stipulationi inest ex parte rei, sive partem stipulationis facit, quæ est sententia Pauli. Non hoc vult Paulus, pactum inesse stipulationi ex parte actoris (ut vulgo perperam hæc lex accipitur) sed ex parte rei debendi tantum: quod omne fusius die proxima explicabitur. P. Mævius stipulatus est sortem Calendis futuris, vel (quod idem est) Calendis proximis, breve intervallum debitori ad solvendum dedit, quia nisi stipulatus sit, verbi gratia Cal. Martii sortem dari, Cal. prox. id est, Cal. Aprilis, minus quam menstruum spatium debitori dedit: nec enim intra mensem dari stipulatus est, qui Calendis proximis dari stipuletur. Nam si 4. Calend. Decemb. dari stipuletur. Calend. Decemb. intra triduum dari stipulatur, vel si hodie (qui 18. vel 19. dies nobis est) stipuletur, dari Calend. prox. intra diem 12. aut 13. dari stipulatur, quod breve & modicum intervallum est, *l. promissor, §. 1. de constit. pec. & modicum intervallum non est intervallum, l. 6. §. 1. de duobus reis*. Et ita Quint. *Vix salutatis laribus expellor, & apud plerosque dubitari potest an admittus sim*, Declam. 9. Quandoquidem dies contractæ stipulationis in specie proposita non multum distat a die condicito solutioni, qui dies stipulationis dicitur, id est, a Cal. prox. quo die secundum stipulationem tota fors solvi debuit; aut si ea die non solveretur, tunc ex mora sortis ea die non solutæ, usuræ centesimæ pœnæ nomine, ut ait vice pœnæ, *l. qui sine usuris, de negot. gest. l. cum stipulati, de verb. oblig.* nam usura, quæ moroso debitori infligitur, pœna est. Et illo articulo (tunc) in formula hujus cautionis, futurum tempus significatur, numerandum ex Cal. prox. non præsens, aut præteritum, ut in *l. 4. §. ult. de condit. & demonst. l. 64. & 126. de verb. obligat. l. pen. de testam. tut.* Nam P. Mævius usuras stipulatur in futurum, si Calend. prox. fors non reddatur, non in præteritum ex tempore contractæ stipulationis. Et lego in hac formula, ut vulgo, *si ea die*, ut sequatur, *superscripta summa*, quia noluit dicere, *die superscripta*, sed *summa superscripta*, ut infra, ut *P. Mævio ex summa superscripta*. Recte igitur vulgo, *si ea die*, non recte Florentiæ, *si die*, & recte etiam vulgo infra, ut *P. Mævio ex summa superscripta*: non recte Florentiæ, ut *pro Mævio*. Item infra, recte vulgo, *quo tardius soluta esset*, ut in *l. ult. de re judic.* non recte Florentiæ, *quoad tardius*. In extremo quoque legis recte vulgo, *quod competit usurarum nomine*, non recte Florentiæ, *quo competit*. Nunc redeo ad quæstionem legis de obligatione usurarum. Quæritur in specie proposita, quare satis jam exposuimus recitatione prima, quatenus usurae

debeantur, quum aliquot, vel omnes menses tranfierunt, A
 qui solutioni pensionum ex pacto stipulationi incontinenti
 subiecto competeant. Et respondet Paulus, pacta inconti-
 nenti subiecta inesse stipulationi, huiusmodi pactum esse
 subiectum incontinenti. Ergo inesse. Quid est inconti-
 nenti? Illico, & continenter, nullo alio actu interjecto, qui
 alienus sit ab eo negotio, quod geritur, *l. 12. de duob. reis.* Et
 ideo apud Sophoclem recte chorus suadet regi, ut illico, sive
 ἐπὶ χροῖα, ut ait, extruat sepulchrum Polynici, & fovea extra-
 hat Antigone, ac subicit: ὅρα νῦν τὰδ' ἐλθων, μηδ' ἐπὶ ἄλλο-
 σοι πρὸς, id est, hæc agere perge, nec te divertas ad alia. Igitur
 quod quis stipulationi, antequam diverterit ad alia nego-
 tia, subicit pactum, id subiectum esse creditur inconti-
 nenti. Quid autem est inesse stipulationi? Continenti ipsa
 stipulatione, ut non sit necesse prætorem actioni ex stipu-
 latione addere, vel reum opponere exceptionem pacti, quod B
 suppleri ea exceptio possit, & debeat religione iudicantis,
 quasi pars stipulationis, quæ ab initio, ita ut pacto con-
 tinetur concepta stipulatione, pacto secuto stipulationem
 ex intervallo reo necessaria est exceptio pacti, quia non
 inest stipulationi: Pacto autem secuto incontinenti, non
 est reo necessaria exceptio, quia non iure exceptionis, sed
 ipso iure, mero iure fors non debetur tota Calend. proxim.
 licet priori parte contractus tota in stipulationem deducta
 sit, sed debetur tantum divisim pensionibus, ut pacto con-
 festim stipulationi subiecto comprehensum est, puta tre-
 centi denarii in menses singulos, perinde atque si ita con-
 cepta stipulatio fuisset, quia pactum incontinenti sub-
 iectum stipulationi, ei inesse, eamque reformasse intelli-
 gitur, & ipso iure relevasse debitorem onere totius auctoris
 solvendæ Calend. proximis. Iraque hoc tantum dicit auctor C
 huius legis, pactum subiectum stipulationi incontinenti,
 inesse ex parte rei debendi tantum, ut scilicet ei ipso iure
 proficiat, non etiam ut præbeat creditori actionem ex sti-
 pulatu, vel præscriptis verbis, quod postremum ex hac le-
 ge nullo modo colligi potest. Et ita inveni hanc legem
 Paulum Caltrensem interpretari, fide penitus abrogata
 summano Bartoli, & aliorum omnium, qui omnes eam
 ob rem, quod ad eos attinet, vere & congruenter huic legi
 hanc appellationem indiderunt, ut diceretur *lex lexa, non*
intellecta, quia ex eo genere interpretum unus solus Cal-
 trensis ejus sensum alliquutus est. Raphael quidem Ful-
 gosius eundem sensum asserere tentavit, sed diffidenter.
 Solus Paulus Caltrensis asseveranter. Et vero aliæ quo-
 que leges sunt, quæ probant stipulationi, vel alii con-
 tractui stricti juris subiectum pactum incontinenti inesse D
 ex parte rei, ut *l. 4. §. ult. de pact.* quæ si stipulationi puræ
 decem dari statim subiecto pacto conditionali placuerit,
 ut donec usuræ solverentur, decem non peterentur, hanc
 conditionem pacti inesse stipulationi ait, perinde atque
 si in stipulatione ipsa expressa fuisset. Aliæ quoque sunt
 leges, quæ probant pactum contractui stricto subiectum
 incontinenti non inesse ex parte actoris, id est, non vale-
 re ad formandam, vel parandam actionem, ut *l. 3. C. de*
usur. l. Titius, de præscript. verb. l. qui negotia, mand. &
aliæ complures, quæ docent ex pacto usurarum, quod
mutuo subiectum est incontinenti, usuras peti non posse.
 Cur ita? an odio usurarum, ut vulgo fertur? minime,
 quia nihil odio usurarum in jure civili constitutum esse re-
 perio. Et est certissimum. Cur igitur? quia mutuum est
 contractus stricti juris, & pactum incontinenti factum ex
 parte actoris non inest contractui stricti juris. Idem probat E
lex rogasti, §. 1. hoc tit. quæ docet si mutuo datis decem,
 tamen si statim pacto conveniat undecim reddi, non posse
 condici amplius, quam decem. Cur ita? quia mutuum est
 contractus stricti juris: & contractibus strictis pacta sub-
 iecta ex continenti non valent ad agendum. Neque vero
 contra ulla lex est, quæ id genus pacti probet valere ad
 agendum, quod est inesse ex parte actoris. Non *lex si quis*
na promiserit, §. Seja, de verb. obligat. quam in hanc senten-
 tiam afferunt: species hæc est: Seja hortos emit mandatu
 Titii: ac deinde Titio stipulanti promisit, se hortos tradi-
 turam, cum is pretium omne cum usuris solvisset. Incon-
 tinenti autem subiecto pacto, placuit inter eos, ut Titius

Tom. II. Post.

pretium cum usuris solveret intra Calen. Apr. & hortos
 acciperet. Et lex ait, Titium, si non multo post Calen. Apri-
 les pretium offerat cum usuris, nec ulla in illa modici tem-
 poris mora sit captio Seja, recte agere ex stipulatu, hor-
 tos sibi dari oportere. Hæc est sententia dicti §. Seja. Unde
 non recte colliges, pactum stipulationi subiectum inconti-
 nenti valere ad actionem ex stipulatu Titio dandam,
 quia ea actio Titio non ex pacto competit, sed ex priori
 stipulatione, quæ pacto immutata non est, & Seja nulla
 proponitur competere ex pacto, qua pretium cum usuris
 petat. Idem etiam non probat *lex 27. de reg. jur.* Nam quod
 ait, pacto convento cum inchoatur actio, id est, jus perse-
 quendi, id est, incontinenti, & initio contractus, ipso iure
 causam obligationum immutari, modum actionum infir-
 mari. Hoc tam pertinet ad judicia bonæ fidei, quam ad
 judicia stricta, & in judiciis bonæ fidei sane verum est,
 tam ex parte actoris, quam ex parte rei, *d. l. jurisgenium,*
§. quinimmo, & l. in bonæ fid. C. eo tit. In strictis non est
 verum, nisi ex parte rei, & à judiciis bonæ fidei interim
 verum est, quod Accursius hic notavit, excipiendum esse
 casum legis quod si locus, *sup. de relig. & l. servus ea lege,*
de ferr. export. & l. avia, de jure dot. quos casus per vos
excute. Sed non etiam casum *l. 3. C. de usur. vel l. rogasti,*
§. 1. hoc tit. quia non loquuntur de contractibus bonæ
 fidei, sed de mutuo. Et generaliter locum obtinet in om-
 nibus aliis contractibus strictis, ut scilicet in eis ex parte
 actoris non insint pacta facta incontinenti, sed ex parte
 rei tantum, neque nova videri debet hæc differentia inter
 judicia stricta, & bonæ fidei, pactis factis: nam & pactis
 factis ex intervallo, inter ea differentia est, quod sic de-
 monstrat: pactum factum ex intervallo si detrahatur con-
 tractui bonæ fidei, ut puta si post contractam emptio-
 nem, & venditionem ex intervallo fiat pactum de augendo,
 vel minuendo pretio, pactum inest emptioni venditioni
 ex utraque parte: nam & actionem parat actori quasi ex
 nova emptione, & reum ipso iure tuetur, si conveniatur
 ex priori emptione, *l. pacta, de contrab. emp.* Stipulationi
 autem neque inest ex parte actoris, quia actionem ei non
 parat, nec ex parte rei, quia reo nihil proficit, nisi benefi-
 cio oppositæ exceptionis, nisi facti rei opponentis ex-
 ceptionem, *l. 3. de rescind. vendit.* Præterea *lex petens, C. de*
pact. (quam etiam in hanc sententiam afferunt) non pro-
 bat etiam pactum incontinenti subiectum stipulationi
 inesse ex parte actoris, quia ea lex non est de pacto sub-
 iecto stipulationi, sed de stipulatione subiecta pacto.
 Hanc constat parere actionem. Et vero (ut Paulus ait *2.*
Sent.) omnibus pactis stipulatio subijci debet, ut ex sti-
 pulatu actio nasci possit. Illud vero pactum, quod inconti-
 nenti subijcitur stipulationi, neque parit propriam actio-
 nem, neque format actionem ex stipulatu, sed ipso iure
 ex parte rei tantum inest stipulationi, id est, reo prodest
 etiam tacenti, nec opponenti exceptionem pacti: hoc ge-
 nere pactum subijcitur stipulationi, stipulationis refor-
 mandæ, conservandæ, vel emendandæ gratia. Illo vero
 genere pacto subijcitur stipulatio, pacti confirmandi gra-
 tia, ut in *d. l. petens.* Quæ ideo recte ait, nihil interesse, an
 stipulatio, quæ interponitur pacti firmandi gratia præ-
 cedat, an sequatur pactum: nam & quæ antecedit tempo-
 re, sequitur natura, & intellectu. Et ita nihil interest an sti-
 pulatio mutuum præcedat, an sequatur, *l. 6. §. 7. de novat.*
 nihil interest pactum præcedat emptionem, vel alium con-
 tractum, *l. 3. C. de adilit. action.* nihil interest traditio præ-
 cedat emptionem, an sequatur, *l. sine, §. 1. de Pub. in rem,*
 nihil interest legatum tutori relictum sequatur, an præ-
 cedat tutelam, *l. 33. de excusat. tutor.* Et ita est explicanda
d. l. petens. Ex his vero concludamus, nullum esse locum
 in jure, quo probetur, pactum incontinenti inesse sti-
 pulationi ex parte actoris, quoniam inest duntaxat ex parte
 rei, ut in specie huius legis, si sortem, quam stipulatione
 placuerat solvi Cal. prox. etsi ea die non solveretur, cen-
 tesimas dari: si, inquam, statim subiecto pacto, mutataque
 sententia convenerit sortem solvi divisim pensionibus, pu-
 ta ex sorte 15. millium denarium solvi menstruos denarios
 trecenos, quia tale pactum inesse creditur stipulationi, &

N n n 2

pro

pro eo res habetur, ac si secundum formam pacti ab initio concepta fuisset stipulatio: finito primo mense ipso jure non possunt à debitore peti, nisi trecenti denarii: finitis duobus mensibus, non nisi sexcenti, finitis tribus, non nisi nongenti, non fors integra, id est 15. millia, etiamsi jam pridem exierint Cal. prox. & consequenter non nisi pro rata pensionum sua die non solutarum, usuras quoque deberi: non ergo deberi usuras totius sortis, quia tota fors peti non potest, & non potest peti usura sortis, nisi & fors ipsa peti possit, *l. cum post, §. usuras, de jur. dot.* aut certe eatenus tantum usura peti potest, quatenus & fors, quæ est sententia Pauli in hac lege. Quidam à Paulo dissentiens dicebat, pactum incontinenti subjectum stipulationi, non inesse stipulationi, & debitori tantum prodesse ad exceptionem, si eam opponere vellet, si ea uti vellet: sin minus, nihil prodesse, quia ipso jure (ut dicebat) ex Cal. prox. peti ab eo fors integra potest, quasi non imminuta, vel immutata pacto forma, & origine stipulationis: & ideo non solutis statis pensionibus aliquot mensium, dicebat usuras totius sortis deberi ex die stipulationis, & peti posse, nec petenti obitare exceptionem pacti, quia in pacto nihil de usuris comprehensum. Et insuper dicebat totius sortis usuras deberi ex die stipulationis, id est, ex Cal. prox. quo tota fors solvi debuit, aut si ea die non solveretur, usuram centesimam in menses singulos, quo tardius solveretur, non expectato (ut dicebat) sine singularum pensionum, perinde atque si id nominatim inter contrahentes expressum fuisset, ut non soluta parte sortis statis pensionibus, retro sum usura præstaretur, non ex die tantum, quo mora facta est in solvenda pensione quaque, solvendisque pensionibus, sed ex die stipulationis, id est, ex die, quo solvi libi totam sortem P. Mævius stipulatus est, puta ex Calend. prox. Nam ex die contractæ stipulationis non potuit exillimare, aut non fuit adeo verax, ut existimaret usuras deberi, cum hæc verba stipulationis: *tunc eo amplius, quo post solvam, pænæ nomine*, plusquam aperte referantur ad tempus moræ, id est, ad tempus non solutæ sortis Cal. prox. Verum hæc sententia à Paulo refellitur, existimante (quod etiam obtinuit) ex eo die, id est, à Calend. proxim. non deberi centesimas usuras, si cessaretur in solvendis pensionibus, sed à die cessationis tantum, à die finiti mensis cujusque, & pro rata pensionis cujusque: quia dilatio sortis solvendæ, atque divisio in pensiones, quam pactum invexit, suspensio, & intermissio usurarum est. Quid aliud? Non debentur ergo ex Calend. proximis usura, sed ex eo tempore, quo debitor moram fecit in pensione quaque sua die solvenda. Unde efficit Paulus etiam eo dato, quod ille dicebat, pactum non inesse stipulationi, sed prodesse ad exceptionem tantum: eo, inquam, dato, non concesso (nam diversa sententia obtinuit) eo paulisper dato, etiam si id detur, non posse peti usuras totius sortis, quia ex tempore moræ debentur, & non intelligitur in mora fuisse solvendæ totius sortis is, à quo tota fors peti non potuit, *l. si pupillus, de verb. obligat.* Non intelligitur autem peti potuisse, quod si petitum fuisset, aut si peteretur, exceptione pacti posita (ut vel ille putabat) infirmari posset. Inanis est petitio, quæ exceptione infringi potest, *l. sciendum, de usur. l. Stichum, §. aditio, de solut. l. & eleganter, §. servus, de dolo, & l. quamvis, §. Marcellus, ad Vellej. l. 25. de verb. oblig. l. pen. inf. de condic. ob turp. caus.* At secundum sententiam Pauli, quæ obtinuit, cum nec ipso jure tota fors peti possit, & totius sortis multo minus usura peti possunt. Denique ipso jure non committitur stipulatio usurarum, nisi pro rata pensionum sua die non solutarum, ex tempore cessationis, & moræ, non ex die stipulationis, nisi id nominatim expressum sit. Nam in fine hujus l. fateatur Paulus, id specialiter exprimi, & caveri posse, ut non solutis pensionibus, retro sum usura debeantur ex die stipulationis, id est, ex Calend. proximis, vel etiam aliter, ut à die non soluta sorte post moram, post eam diem etiam retro usura debeantur ex die contractæ, & interpolitæ stipulationis, qui modico intervallo distat ab illo, ut *l. 64. & 126.* quæ est ex eodem libro Pauli, *de verb. obligat.* Nam & idem de fructibus caveri posse ait, ut puta, si fundus promissus ad

diem non detur, ut ejus fundi fructus retro computentur ex die contractæ stipulationis, & restituantur: quam in rem hic locus est singularis: nescio similem. Et observandum Paulum argumentari à fructibus ad usuras: nam & usura vice fructuum sunt, *l. usura, de usur. l. 3. de usus. ear. rer. quæ usu consum. vel l. cum quidam, de usur.* quæ extremo hujus legis opponitur, satis dixi prima recitatione, & hoc tantum inculcari præstat, in fine hujus legis ostenditur, ob sortem sua die non solutam, posse infligi usuras ex die contractus. Lex cum quidam non tradit contrarium: sed hoc tantum, ob minores usuras solutas quidem quibusdam diebus, sed sua quadam die non solutas, non posse infligi majores ex die contractus, sed ex die cessationis tantum, quo debitor cessavit in solvendis minoribus. Optima ratione, quia iniquum est usuras usuris accrescere, solutis minoribus accrescere majores, usura usuris nunquam accedunt. Antequam veniam ad *l. 18. de cond. ob turp. caus.* si placet repetamus magis, atque magis id quod obscurum est in *l. lecta*, ut confirmemus ea, quæ ad eam diximus esse omnia verissima. Ac primum, quod ait Paulus, non ante sortis non solutæ usuras peti posse, quam & ipsa fors peti potuerit, id inveni Græcos interpretes etiam confirmare ex *l. 8. §. illud, de lib. legat.* quæ lex ait, si testator vetuerit à debitore suo intra certum tempus sortem peti, non posse etiam ab eo heredem ejus, ne quid faciat contra voluntatem defuncti interim quandiu fors peti non potest, usuras petere. Sortis igitur dilata petitione, & dilata etiam intelligitur petitio usurarum. Invenio etiam id, quod est præcipuum in *l. lecta*, nempe pactum incontinenti subjectum stipulationi, inesse ex parte rei ipso jure, etiam non opposita exceptione, & minuere obligationem, non etiam ex parte actoris, quia non valet ad agendum, & ut Stephanus ait in eadem legem, pactum incontinenti subjectum stipulationi, minuere potest obligationem, non etiam augere, quod nihil aliud est, quam illud pactum ex parte debitoris inesse, non ex parte creditoris. Invenio, inquam, idem in mutuo, qui est contractus stricti juris, Ulpianum scripsisse in *l. rogasti, §. 1. eod. tit.* quia in eo non hoc tantum proponit, pactum incontinenti subjectum mutuo non inesse ex parte actoris, ut docui, ut puta, si mutuo acceptis 10. statim subjecto pacto convenerit undecim reddi, non amplius condici posse, quam 10. non undecim, quia pactum non inest ex parte actoris, non auget obligationem mutui: sed tantum inest ex parte rei ipso jure, ut puta, si acceptis mutuo decem, statim pacto convenerit, novem tantum reddi, ipso jure non possunt peti nisi novem: pacto ipso jure minuitur obligatio, & inest ex parte debitoris. Favorabiliores utique semper sunt rei, quam actores. Consentit ergo Ulpianus cum Paulo, & consequenter in *l. lecta*, Paulus non Ulpianum reprehendit, sed alium quendam, forte Papinianum ipsum, qui præerat consilio, ut in *l. si creditores, de separat.* dum ait Paulus, *quidam putat*, sane Papinianum intelligit, cujus sententia extat in *l. debitor, eod. tit.* Aliis locis quum ait quidam, forte potuit Ulpianum significare, ut in *l. 8. usus. quemadm. cave. l. qui heredi, §. si duorum, de condit. & demonstr.* & dum ait, *Alii, in l. pro emptore, §. si in diem, inf. pro emp.* Hæc sunt, quæ addi velim iis, quæ prius tradidi ad *l. lecta*.

Ad L. VIII. de Condict. ob turp. caus. Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eum possis: tamen si solveris, non posse te repetere: quoniam sublata proxima causa stipulationis, quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudine, superesset. Porro autem, si & dantis, & accipientis turpis causa sit, possessorem potiorum esse. Et ideo repetitionem cessare, tamen ex stipulatione solutum esse.

Quæstio legis hæc est, si solvi, quod stipulanti promiseram ob turpem causam, veluti ob stuprum, qua in re versatur turpitudine stipulantis, & promittentis, dantis, & accipientis, an id condicere possim? Quæstio non est de turpitu-

pitudine accipientis tantum, ut glossæ volunt, & interpretes omnes, qui ex uno casu, qui proponitur in hac l. conficiunt duos diversos: perperam, ut postea demonstrabitur. Quæstio (inquam) non est de turpitudine accipientis tantum, quo casu constat etiam re soluta, conditioni locum esse, cum ex parte dantis nulla versatur turpitudine, ut si dedi, ne mihi injuriam faceres, l. 1. & 4. l. pen. & ult. C. eod. tit. Sed quæstio est de turpitudine utriusque, & turpiter dato, vel soluto, & turpiter accepto. Et ita Græci omnino ponunt, qui breviter totius legis sententiam ita exprimunt: *εάν ἐκαστὸς δέ τῶν ἀδικῶν ἀιτῶσθαι δόνε, &c.* id est, si cum ex utraque parte turpitudine versaretur, turpisve causa existeret, promisero me daturum aliquid, si à me petatur, habeo quidem exceptionem: sed si solvero, non habeo repetitionem. Itaque quum ex utraque parte versatur turpitudine, conditioni locus non est ejus, quod solutum est. At videbatur tamen conditioni locus esse, quia solvi indebitum. Indebitum enim est etiam, quod et si ipso jure debeatur, jure tamen perpetuæ exceptionis, quæ tam naturalem, quam civilem obligationem exstinguit, non debetur, *l. qui exceptionem, inf. de cond. indeb.* Quod autem promisi ob turpem causam, etiam si versetur turpitudine ex utraque parte, id si à me petatur, tueri me possum exceptione doli mali, vel in factum, quæ perpetua exceptio est, & omnem obligationem exstinguit. Ergo id effectu non debui. Et consequenter si per errorem solvi, id quali indebitum condicere possum. Duo exigimus, ut conditio indebiti competat ei, qui solvit, cum haberet exceptionem; primum, ut habuerit perpetuam: nam temporaria exceptio conditionem non inducit, *l. sufficit, inf. de cond. indeb.* & ut habuerit ejus generis exceptionem, quæ etiam naturalem obligationem expugnat, veluti exceptionem pacti, *d. l. qui exceptionem, §. ult. conjuncta l. si non fortem, §. si liberus, eod. tit.* & exceptionem jurisjurandi voluntarii, aut necessarii, *l. si quis juravit, eod. tit.* & exceptionem Senatusconsulti Vellejani, *d. l. qui exceptionem.* Est hanc, de qua hic agitur exceptionem doli mali, vel in factum ex causa doli, *l. 7. sup. tit. prox. l. si pater ignorans, sol. matrim.* Exceptio autem, quæ naturalem obligationem non perimit, ut exceptio rei judicæ, *l. judex Julianus, inf. de cond. indeb.* & exceptio Macedoniani, *dist. l. qui exceptionem, & l. quia naturalis, ad Sc. Maced.* Hæc exceptiones, quæ civilem obligationem tantum exstinguunt, non naturalem, non inducunt soluti conditionem. In casu autem hujus legis verius est, exceptionem doli, vel in factum, licet sit perpetua, & naturalem etiam perimat obligationem, soluti conditionem impedire, quia, ut ait Paulus, *sublata proxima causa stipulationis, nempe stipulatione, quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudine superesset.* Quæ verba videntur subobscura, sed nihil est facilius, ut exponemus. Proxima causa solvendi est stipulatio, quia, ut ait in fine, ex stipulatione solutum est. Hæc vero causa nulla est, quia stipulatio per exceptionem inanis constituitur, ut in *l. lecta, de reb. cred.* Et ideo, quod ad hanc causam attinet, quia nulla, aut inutilis est, aut inutilis fit per exceptionem, ei, qui solvit, conditio competere videtur. Pristina autem causa solvendi est turpitudine, quia causa turpis prius venit in mentem, de eaque primum inter se tractarunt contrahentes, tractatus turpis antecessit, deinde secuta est stipulatio, & stipulationem solutio. Solutioni proximior est stipulatio, solutionis proxima causa est stipulatio, quam exceptio doli, vel in factum infirmat, infringit, nullamque constituit. Pristina autem causa, id est, prior (*pristina enim dicitur, ut Festus ait, quasi priustina*) pristina, inquam, sive prior solvendi causa, id est, turpitudine non aboletur, sed eadem manet, & extat. Et hæc inhibet soluti conditionem. Proxima causa non inhibet, quia nulla est, sed prior causa inhibet. Et ita quoque Græci hanc rationem Pauli interpretati sunt, quorum verba hæc sunt fere, *ἡ καταβολή &c.* id est, *solutioni proximior est stipulatio, quia prius de turpi causa cogita verum, & inter se colloquuti sunt, deinde subjecerunt stipulationem, & ita stipulationem secuta solutio est: nihil est evidentius.* Et sic in

A *l. cum is, §. pen. inf. de cond. indeb.* si mater, cum in ea opinione esset, ut crederet se pro dote obligatam filie nomine, se dotem pro filia dare debere, pietatis officio functa dotem dederit, non condicit. Quare? Utitur eadem ratione: quia sublata falsa opinione, quæ scilicet fuit proxima causa dandæ dotis, & per se conditionem inducit, relinquitur, inquit, & superest pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Et propter eam causam dicitur cessare conditio. Invenies & in *l. cum de hoc, inf. de except. rei judic.* proximam causam actionis dici ad differentiam primæ, seu pristinae causæ. Causa proxima actionis in rem est dominium: causa prima, titulus acquirendi dominii, veluti possessio temporis lege definiti. Quod autem sequitur in hac lege, *porro autem si & dantis, & accipientis, &c.* id consequentia est, & conclusio ejus, quod dixit ante. Et (*porro autem*) idem valet, quod proinde. Denique idem est casus, non alius: nimirum, si dantis, & accipientis turpitudine versetur, in pari causa, in pari vitio potiore, & meliorem esse conditionem possessoris, ut in *l. 2. C. eod. tit. l. ult. inf. de cond. sine caus.* in pari causa fortunam pro possessore dare sententiam, & ideo, quod is tenet, & possidet non potest ei condici ab illo, qui dedit, quique in eodem vitio versatur, licet dederit ex stipulatione, quæ jure exceptionis nulla, & inanis erat, quia hac causa sublata superest alia, puta turpitudine, quæ inhibet repetitionem, turpitudinis causa, ex qua solutum repeti non potest. Quod autem dicitur hoc loco stipulationem, vel stipulationis causam, quod idem est, tolli exceptione doli mali, vel in factum, ei nihil obstat *l. 5. C. eod. tit. nihil lex generaliter cum l. seq. nihil l. si flagitii, de verb. obl.* quæ turpes stipulationes dicunt esse ipso jure nullas ab initio, etiam si nulla opponatur exceptio, citra exceptionem, quia loquuntur de stipulationibus rei turpis: ut si quis stipulanti promiserit, se homicidium facturum, aut lenocinium, sicut in *l. 6. §. rei, mand.* dicitur rei turpis mandatum nullum esse, & ita stipulatio turpis, id est, stipulatio rei turpis: non loquuntur de stipulationibus certæ pecuniæ, quæ fiunt non expressa causa stipulationis: hæc ipso jure valent, nec excluduntur, nisi beneficio exceptionis doli, vel in factum. Et ita Bartolus recte. Concurrit autem exceptio doli semper cum exceptione in factum, hæc est honestior: illa quodammodo infamat. Et hac utimur adversus eos, quibus honorem, & reverentiam debemus, ut adversus parentes, & patronos: illa adversus cæteros, *l. apud Celsum, §. adversus, de doli except.* Eademque est ratio actionis de dolo, & actionis in factum, *l. non debent, de dolo.* Actio enim de dolo est famosa, infamat reum secuta condemnatione, quia omnino est in personam, dirigitur in personam, qua cum agitur, quia notat personam ejus, qui dolum fecit. Actio autem in factum vi quidem ipsa est etiam in personam, sed non figura verborum, quia in rem, & generaliter scribitur, sive concipitur, non notata persona, quæ dolum admisit: scribitur in factum, id est, in id quod gestum est, non in eum, qui gessit, quamvis vi ipsa, *ἡ δὲ δαῖμα μὲν*, sit in eum. Et ita eodem sensu Lampridius Alexandrum Severum, *si quid minus bene factum esset, id ipsum convincisse ait, verum in factum, & sine amaritudine animi: in factum scilicet, non in personam: factum reprehendebat, & convincebat magis, quam personam.* Quod est scitum, & elegans.

E Ad L. XXI. de condi&. indeb. *Plane, si duos reos non ejusdem pecuniæ, sed alterius obligationis constitueris: ut puta, Stichis, aut Pamphili: & pariter duos datos, aut togam, vel denaria mille: non idem dici poteris in repetitione, ut partes repetans: quia nec solvere ab initio sic poterunt. Igitur hoc casu electio est creditoris, cui velit solvere: ut alterius repetitio impediatur.*

Q Uæstio l. pendet ex *l. 19. §. ult. & l. 20. sup.* Eam igitur prius exponamus. Si duo sint rei debendi, qui debeant singuli in solidum eandem pecuniam, puta 10. non dena, & per errorem pariter solverit 20. id est, singuli dena, recte ait *l. 19. §. ult.* singulos quina quasi indedita

bita repetituros, ut creditor non habeat, nisi decem, quæ sola ei à duobus reis debebantur: nec sua decem, quæ solvit, repetet unus potius, quam alter, quia nec apparet uter indebitum solverit, quia pariter solverunt. Ut igitur par sit ratio omnium, melius est singulos repetere quina: pariter solverunt viginti, id est, uno eodemque tempore, non simul ambo: nam si diversis temporibus singuli solverint dena, qui prior solvit, non habet repetitionem, quia debitum solvit, posterior decem, quæ solvit quasi indebita, repetere potest, *l. cum duo, inf. hoc tit.* Item si ambo simul solverint 20. scientes præsentisque, qui posterior solvit, non habet conditionem, quia solvit per errorem juris, nesciens se solutione prioris liberatum esse. Error juris non inducit conditionem, sed error facti tantum, *l. cum quis, C. de jur. & fac. ignor.* Ponendum igitur est, quod & Græci ponunt hoc loco, unumquemque solvisse decem, nesciente altero, puta solvisse per alium, per nuntium, aut tabellarium, non per se, *ἑκάστου ἑκάστου.* Pone, inquit, unumquemque ignorante altero, misisse per alterum creditori nummos. Ex quo intelligitur, aliud esse pariter, aliud simul ambo, aliud ἀμα, aliud ἀμότε. Porro *l. 20.* ait idem esse, si reus principalis, & fidejussor pariter 20. solverint, cum in obligatione essent decem tantum. Singuli enim repetent quina. Et in hac causa (inquit, quod notandum) reus, & fidejussor non distant à duobus reis debendi. Recte in hac causa. Nam in aliis causis, multum distant reus, & fidejussor ejus à duobus reis debendi. Fidejussor compensare potest, quod reo principali debetur, *l. 4. & 5. de compensat.* Correat vero non potest compensare, quod correat debetur, nisi socius sit, *l. si duo, de duob. re. constit.* fidejussor si solverit, habet in reum principalem actionem mandati, vel negotiorum gestorum, *l. 20. mand.* Correat si solverit, adversus correat nullam actionem habet, quia suo nomine solvit, *l. si pro parte, §. ult. de in rem verso.* Utriusque correat par causa est, *l. ult. in princ. qua in fraudem credit.* Singuli enim sunt rei principales, fidejussor non est reus principalis, sed accessio, & sequela principalis obligationis, *l. 5. §. penult. de inst. act. l. 93. de solut. mora rei fidejussori nocet, l. mora, de verb. oblig. mora correat, correat non nocet, l. in condemnatione, §. pen. de reg. jur. & est hodie ex Novella Justiniani de fidejussoribus, inter eos certissima differentia, quod etsi electio permittatur creditori, ut eligat ex duobus reis quem voluerit, quem conveniat, & condemnet, eadem ei electio non permittitur in reo, & fidejussore. Prius enim conveniendus, & excutiendus est reus principalis, quam fidejussor. Qua ratione si hodie reus, & fidejussor solverint 20. id est, singuli decem, cum decem tantum deberentur, dicerem soli fidejussori competere conditionem decem, quæ solvit per errorem, cum existimaret totidem reum non solvisse, & non esse solvendo. Quam in rem est valde singularis Glossa *l. 20.* Est tamen etiam alia causa, in qua reus, & fidejussor non distant à duobus reis debendi. Nam neque inter correat, neque inter reum, & fidejussorem locus est beneficii divisionis, quod induxit epistola divi Adriani, invito creditore, *l. si plures, §. ult. de fidejuss. l. si ex toto, §. ult. de legat. 1. l. reos, de duob. reis.* His cognitis videamus, quid sit dicendum, quæ est quæstio hujus *l. 21.* si duo sint debitores non ejusdem pecuniæ, inquit, sed alterius obligationis, id est alternatæ obligationis, ut si singuli debeant Stichum, aut Pamphilum sub disjunctione, quo genere uterque servus est in obligatione, unus tantum in solutione, *l. si duo, de verbor. obligat. & electio est debitoris quem solvat, l. per unum, §. ult. de jur. dot.* Quid autem dicemus, si pariter solvant utrumque, unus Stichum, alter Pamphilum? vel quid si debeant singuli sub disjunctione, sub alternatione, togam, aut denaria mille (dicit Paulus denaria mille, more Græcorum, ut Plautus, in *Rud. centum denaria Philippæ in pascolo*, id est, in marsupio) Quid ergo si singuli debeant sub alternatione togam, aut denaria mille, & pariter utrumque solvant per errorem, unus togam, alter denaria mille, an possint singuli condicere partes, sicut illi, qui cum deberent decem, solverunt 20. condicere possunt partes, ut supra dictum est, puta, quina: an similiter & in hac specie unus poterit*

condicere partem Stichi, alter partem Pamphili, vel unam partem togæ, alter partem mille denarium? Minime, quia, ut ait, nec ab initio solvere potuerunt partes hominum, vel togæ. Et cujus rei arbitrium non haberet in solutione, id etiam æquum est, ut nec habeat in repetitione: non potuerunt solvere partes: ergo non poterunt etiam repetere partes. Non est etiam æquum, utrumque servum retinere, vel utramque rem creditorem retinere, cum altera contentus esse debeat, sicuti fert jus, & conditio alternatæ obligationis: & vicissim non est æquum, utrumque debitorem rem, vel hominem, quem solvit in solidum, repetere, aut unum potius repetere, quam alterum. Fac utrumque velle repetere, quod solvit. Impedient se invicem, quia non statuunt, aut non possunt statuere, uter potius repetat. Si inter eos conveniret quis repeteret quod solvit, & quis non repeteret, nullus esset labor. At quid fiet, si uterque repetitione uti velit, Paulus definit, melius esse neutri repetitionem dari, & in electione creditoris, & arbitrio ponere, cui reddat, quod ab eo accepit, ut eo electo alterius repetitio impediatur. Hoc, inquit, casu, rei scilicet expediendæ gratia (quod notandum) electio est creditoris cui velit solvere, id est, reddere quod accepit plus debito, cui velit reddere decem. Hoc casu, quum scilicet sunt duo debitores Stichi, aut Pamphili, vel togæ, aut denarium mille. Alias enim si non sint duo debitores, sed unus tantum, qui debeat Stichum, aut Pamphilum sub disjunctione, & per errorem utrumque solvat, electio non est creditoris, sed electio est ejus, qui solvit, ut repetat quem volet. Quod Julianus subindicat in *l. cum is, in princ. hoc tit.* quia cum utroque homine, vel altero mortuo apud creditorem, deneget debitori conditionem, quia qui superest remanet in soluto, sane utroque vivo, debitori, qui solvit videtur dare electionem, ut ex iis repetat quem volet. Idque Julianum sensisse etiam Papinianus scripsit auctore Justiniano, *l. pen. C. eod. tit.* Et probat Juliani sententiam tam Papinianus, quam Justinianus ipse, *d. l. pen.* ut scilicet is habeat electionem repetendi, qui & solvendi electionem habuit, abrogata sententia Celsi, Ulpiani, & Marcelli, qui electionem reddendi, & retinendi quem vellet, creditori dabant, quasi creditore jam facto debitore reddendi alterius. Ex exitat hæc Ulpiani sententia adjuncta auctoritate Celsi, & Marcelli in *l. si non sortem, §. pen. inf. hoc tit.* Illo loco, utroque simul soluto, Stichum, id est, & Pamphilum mihi, id est, creditori, repetendi, &c. cum tamen uterque non conjunctim, sed disjunctim esset in obligatione, mihi creditori retinendi quem vellem arbitrium daretur. Sed explosa hæc sententia est, & correctæ igitur omnino *d. l. si non sortem*, in suprascripto loco. Inter eosdem Jurisconsultos fuit ratione pari controversia in hac specie: si is, qui debuit Stichum, aut Pamphilum, putans se pure debere Stichum, solverit Stichum: nam Julianus ei dat conditionem Stichi, si veritate cognita Pamphilum solvere malit, *d. l. cum is, §. ult.* Celsus autem deneget conditionem Stichi, *l. 19. de leg. 2.* Denique, ut utroque dato, & soluto Celsus retentionem, sive potestatem retinendi quem velit creditori dat, ita & altero dato, ejus ei retentionem dat. Julianus vero, ut utroque dato potestatem repetendi quem velit debitori dat: Ita & altero dato potestatem repetendi ejus, & dandi alterius. Et ex mente Justiniani Juliani sententiam sequendum est. At quæro quid dicemus, si debitor unus Stichi, vel si duo debitores Stichi, cum existimarent se debere Stichum, aut Pamphilum, solverunt Pamphilum, quia in disjunctivis electio est debitoris. Et hoc casu extra omnem controversiam est, Pamphilum quasi indebitum condici posse, *l. 19. §. pen. sup. hoc tit.* quia non videtur pro Sticho solutus Pamphilus. Imo vero non potuit alius pro alio solvi invito creditore, *l. 2. §. 1. de reb. cred.*

Ad L.LX. cod. Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere potest. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanens: similemque

que esse ei dicit, qui ita promisit: si ve navis ex Asia venerit, si ve non venerit? quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. Vbi autem quis quod pure debet, sub conditione novandi animo promisit: plerique putant, pendente novatione, solum repetere posse: quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit. Idemque esse, etiam si diversas personas ponas eandem pecuniam pure, & sub conditione novandi animo promississe. Sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura, & conditionali eundem debiturum certum est.

Hæc lex ab interpretibus est multo, & inerudito pulvere aspersa. Quæstio hæc est, an verus debitor, cum quo creditor litem contestatus est, si pendente iudicio, nondum data sententia, nondum facto iudicio solverit quod debuit, an id pendente iudicio condicere possit? Causa dubitandi hæc est, quia forte iudicabitur ab eo pecuniam non deberi, & interim incertum esse videtur, debeat, nec ne. Atque adeo, sicut pendente conditione obligationis, ei, qui solvit conditio datur, l. 16. & 18. hoc tit. l. 5. §. pen. de lib. leg. ita etiam danda videtur esse conditio ei, qui pendente iudicio, sub incerto eventu iudicii, pecuniam solvit. Aliud tamen Juliano iudicium est, ut Paulus refert in hac lege, nempe conditionem ei dandam non esse, quia & solventi post absolutionem iudicis non daretur conditio, quia verus debitor est, id est, quia natura debet: veritas autem, & natura idem est, ut in Inst. adoptionem imitari naturam. Cic. pro domo sua, adoptionem imitari veritatem suscipiendorum liberorum. Aufonius: adoptionem imitari prolem, quam legisse juret, quam genuisse velit. At qui vere, & natura debet, absolutione iudicis debere non desinit: res enim male iudicata non expungit naturalem obligationem: naturale vinculum, juris gentium vinculum, l. 8. §. 1. rem ratam haberi. Ergo nec absolutus verus debitor, quod sua sponte solvit, condicere potest, l. iudex, hoc tit. nam ejus, quod natura debetur, non jure civili, repetitio non est, l. quod enim, l. fidejussor, §. fidejussor, de fidejuss. l. 49. §. 1. de solut. l. 1. §. id quod natura, ad leg. Falcid. Quod si verus debitor, etiam si absolutus sit, condicere non potest quod solvit post absolutionem, & multo minus id condicere potest, quod solvit ante absolutionem pendente lite. Et rursus, si quod solvit post absolutionem condicere non potest, & multo minus, quod solvit post condemnationem. Nam etiam si verus debitor non fuerit, quod solvit ex condemnatione condicere non potest, quia id civiliter debuit ex sententia iudicis, l. cum putarem, sup. famil. ercisc. Et quia secundum jus vetus, ex ea causa solvit, quæ infractione crescit in duplum, l. 4. c. eod. tit. Nec dicas verum debitorem, qui absolutus est, solum repetere non posse hac ratione, quod res iudicata à iudice, qui eum absolvit, alio iudicio, puta conditione indebiti, convelli, aut retractari non possit. Ne hoc dicas, quia posterior iudex non cognoscit de sententia prioris iudicis, qui à debitore peti vetuit, quive debitorem pronuntiavit non debere, neque retractat rem ab eo iudicatam, sed cognoscit tantum de causa repetendæ solutæ pecuniæ. At dicas, verum debitorem, etiam si absolutus sit, non repetere quod solvit, nec jure causam obtinere apud posteriorem iudicem, quia natura debuit, & ut subjicit Paulus ex Juliano, verus debitor, qui solvit manente adhuc iudicio, οὐκ ἔστιν ἄλλο δίκασμα, similis est ei, qui ita stipulanti promisit: Si ve navis hoc anno ex Asia venerit, si ve non venerit, centum dari: qui si interim solvat, antequam certum sit, ventura sit navis, necne, conditionem non habet, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur (videatur obscura ratio) hoc est, sublata una solvendi causa, puta, non debente eo solvere ex illa parte stipulationis quod navis venerit ex Asia, quæ non venit, superest altera causa, quia etsi navis non venerit, aut venerit, in hunc quoque casum se debitor obligavit. Denique una causa cessante, existit statim altera, & ita sublata una causa solvendi absolutione debitoris, quæ civilem obligationem tollit, emergit statim, & suboritur altera: quia natura debitor manet, quia naturale vinculum, naturalis obligatio absolutione perempta non est. Et dicit, alterius solutionis, pro altern-

trius, ut heri in leg. 21. alterius obligationis, id est, alterutrius, vel alternatæ obligationis (ubi & ratione consimili Paulus utitur) & solutionis, id est, numerationis, & redditionis debitæ pecuniæ. Glossæ hæc non intelligunt. At quæri potest, si quis ita stipulanti promiserit, si ve navis venerit ex Asia, si ve non venerit, utrum pura sit, an conditionalis stipulatio? Et, ut breve faciam, verius est conditionalem esse, & si certum sit, alterum casum futurum, quia ex ea petitio non datur, antequam alter casus extiterit. Quæ est ratio Bartoli verissima. Et Julianus quoque in l. necessario, §. si ita, de peric. & comm. rei vendit. servo ita vendito: Eslo servus ille emptus tot aureis, si ve navis venerit ex Asia, si ve non venerit, dicit venditionem statim esse perfectam, & ideo periculum servi ad emptorem respicere: dicit esse perfectam, non etiam esse puram. Conditionalis igitur emptio, conditionalis stipulatio est, ut & legatum, ita relictum, si ve navis venerit ex Asia, si ve non, si ve illud factum fuerit, si ve non fuerit, constat esse conditionale, & ideo non transmitti ad heredem legatarii, nisi alteruter casus vivo legatario extiterit, l. huiusmodi, inf. quando dies legati ced. Qua in re tale legatum distat sane plurimum à pari stipulatione, quia stipulatio quæcunque conditionalis transmittitur in heredem stipulatoris, propterea quod ex præsentis tempore vires accipit, licet sit conditionalis, non ut legatum ex futuro tempore, l. usufructus, de stip. serv. l. si filiusfam. de verb. obligat. §. ex conditionali, Inst. eod. tit. Conditio item stipulationis, vel alterius contractus, quæ extitit, retrahitur, retro recurrit, d. l. necessario, §. 1. l. potior, §. 1. qui pot. in pign. hab. conditio legati, quæ extitit, non retrahitur. Qua de causa & legatum pendente conditione solum, ut arbitror, repeti potest, certissima ratione, quia certum non est debitum iri. Si enim legatarius interim moriatur pendente conditione, heredi ejus nihil debetur. Pecunia autem in stipulationem deducta factam sub conditione supra scripta, si pendente conditione solvatur, repeti non potest, quia certum est stipulatori, vel heredi ejus quandoque debitum iri, quatenus scilicet conditio omnimodo extitura est, hæc, vel illa, si navis venerit, vel si navis non venerit. Itaque tametsi sub illa conditione legatum relinquatur, quæ omnino extitura sit, interim solum repeti potest, quia fieri potest interim moriente legatario, ut legatum nulli debeatur. Quod si sub eadem conditione promissum sit stipulanti, interim solum repeti non potest, l. 18. hoc tit. Et quod ad causam repetitionis attinet, stipulatio pro pura habetur, quia ut ex pura, ita ex hac solum non repetitur, licet sit conditionalis, quia conditio omnimodo extitura est. Itemque quod ad causam novationis attinet, pro pura habetur: nam si quod pure debetur, sub ea conditione promittam, quæ omnino extitura sit, novandi animo, statim novatio fit, l. 9. §. 1. de novat. Et ita legatum relictum, quum morietur heres, quia conditionale est, & ad heredes legatarii non transmittitur, si vivo herede legatarius vita decedat, d. l. huiusmodi, l. heres meus, §. 1. de cond. & demonstr. interim solum per errorem repeti potest. At stipulatio ita concepta, quum morietur promissor, quæ non est conditionalis, non sub conditione facta, sed sub die incerto, quandoquidem, etsi promissorem moriturum certum sit, quo die tamen sit moriturus, incertum est: quia, inquam, & hæc stipulatio ad heredem transmittitur, quod interim ex ejus stipulationis causa solvitur, repeti non potest, l. 17. hoc tit. quæ lex (quod notandum) exemplum est ejus, quod ante dixit in l. 16. & proposuit his verbis, quod autem sub incerto die debetur, die pendente non repetitur. Res exigit, ut illo loco legamus: die pendente, ut in §. 1. Inst. de Attilius. Die pendente, non ut passim, die existente, alioqui nulla esset differentia inter debitorem sub conditione, & debitorem sub die incerto. Quam tamen differentiam voluisse constituere Pomponium in d. l. 16. plusquam manifestum est, quia & existente conditione, solum non repetitur, ut eadem lex ait. At differentia in hoc tantum consistit, quod pendente conditione solum repetitur, quia certum non est debitum iri quum conditio est casualis, quam omnino extiti-

exstitutam dicere non possumus. Pendente, inquam, illa conditione, solum repetitur, quia certum non est debitum iri. Pendente autem die incerto, puta, quum morietur promissor, pendente die incerto solum non repetitur, quia certum est debitum iri. Sequitur in hac l. (& hic est finis) *Vbi autem quis, quod pure debet, sub conditione novandi animo promissu, plerique putant, &c.* Dixit ante de eo, qui promisit pecuniam sub duabus conditionibus, sive *navis veneris ex Asia, sive non venerit*, in omnem eventum, quem dixit, interim solum repetere non posse: nunc dicit de eo, qui eandem pecuniam stipulanti promisit pure, ac deinde sub conditione novandi animo: qui si solvat pendente conditione, pendente novatione, quaeritur, an repetere possit? Et hunc quoque placet solum repetere non posse, quia eam pecuniam omnimodo debiturus est: live enim conditio defecerit, quasi novatione non facta, eam debiturus est ex pura stipulatione: sive exstiterit conditio, quasi novatione facta, eam debiturus est ex conditionali stipulatione, l. *quoties, de novat.* At in contrarium obijci potest, quid si novandi animo stipuler à secundo sub conditione, quod pure mihi primus debet, & secundus pendente conditione solverit? repetere potest: quia non est omnino certum à secundo pecuniam debitum iri. Si enim conditio defecerit, à secundo non debetur, sed à primo ex pura stipulatione, quasi novatione non facta, nec primo, quasi tacita pactioe liberato, quia inanis novatio, nec vim pacti habet, l. *in persona, §. ult. sup. de pact.* Sed hic casus (ut Paulus ait) longe est dissimilis à superiore. Itaque ab eo ad illum non ducitur idoneum argumentum: nam superiore casu unicum debitorem, qui pure primum, ac deinde sub conditione promisit novandi animo, certum est omnino debiturum, vel ex pura, vel ex conditionali stipulatione. Et ideo si interim solverit, conditioni locus non est, quamvis tunc solverit, quum incerta erat solvendi causa, quamvis ex qua obligatione solveret, adhuc esset incertum. Posteriore autem casu, quum duo sunt ejusdem pecuniae debitores, unus pure, alter sub conditione, stipulatione conditionali interposita novandi animo, non est certum, uter eorum sit debiturus pecuniam. Et ideo conditioni locus est, si pendente conditione, & novatione solvatur. Et hæc est sententia Pauli in hac lege.

Ad L. XLI. de Pign. act. *Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti, datur nullis actio pigneratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero. Hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si conveneris de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.*

Ad L. XIV. de Fidejussor.

Certum est rem alienam, in qua debitor nullum jus habet, vel quæ ei non debetur, ab eo specialiter pignori obligari non posse sine mandato, aut voluntate domini, nec ejus pignoris creditori persecutionem dari, id est, actionem hypothecariam: sed contraria actione pigneratitia teneri debitorem in id, quod interest, etiam ignorantem, qui creditori ignoranti rem alienam pignori posuit, atque etiam scientem, qui creditorem decepit teneri extra ordinem crimine stellationatus, l. *si rem alienam, in princ. l. tutor, §. 1. l. si quis in pignore, §. 1. hoc tit. l. 6. C. si aliena res pignori data sit.* Rei alienæ qualem qualem obligationem esse dicit *l. rescript. §. 1. inf. de distract. pign.* id est, nullam, ut in *l. gerit, de acquir. hered.* qualis qualis possessio, id est, nulla. At sciendum est, uno casu re aliena pignori data, licet ab initio pignus non consistat, non contrahatur, postea ex aequitate convalescere, puta si debitor, qui eam rem pignori opposuit, postea dominium ejus acquisierit, ut si domino ejus rei heres exstiterit. Convalescit autem hoc casu, & confirmatur pignus, non quidem

directo, quia directi, & summi juris regula, quæ à Catoe profecta est, obstat, quæ vetat, *quod ab initio non valet, ex post facto non convalescere.* Et ideo neque pignus, quod ab initio non valet, ex post facto convalescit directo, sed convalescit utiliter, hoc est, pignoris persequendi gratia creditori datur adversus debitorem, qui eam rem possidet, non quidem ordinaria, & directa actio hypothecaria, sed utilis, & extraordinaria, sive in factum, quæ eundem effectum habet, præsertim si ab initio nescierit creditor rem esse alienam, quam pignori accipiebat; & si hoc casu utilis hypothecaria ei datur, & multo magis ei dabitur retentio ejus rei per exceptionem doli mali si eam possideat, l. 7. §. *sed etsi filiusfam. inf. ad SC. Maced.* Alioqui scienti creditori datur retentio tantum, l. 1. *in princ. inf. de pignor.* non vindicatio, id est, actio hypothecaria, quæ hoc loco (quod notandum) dicitur utilis pigneratitia, ut in *l. si Titio, inf. de pign. l. Titius, quibus mod. pign. vel hypoth. solv. l. si mater, §. ult. & l. pen. inf. de except. rei judic. & in l. 5. C. si aliena res pign. data sit.* In qua idem proponitur, quod in priore parte hujus legis, utilis persecutio exemplo pigneratitiæ, id est, utilis hypothecaria. Alio igitur sensu dicitur hic actio pigneratitia, quam in rubrica ipsa: Nam actio pigneratitia in hac rubrica est actio in personam, tam directa, quæ soluta omni pecunia debitori datur adversus creditorem pignoris recuperandi gratia, quam etiam contraria, quæ ex diverso, sive ex contrario (unde nomen contrariæ actioni) datur creditori adversus debitorem, si quid necessario impendit in rem pigneratam, vel si quid aliud ejus interfuit, ut id à debitore recipiat. Actio autem hypothecaria, quæ hic dicitur pigneratitia, est actio in rem, non in personam, l. 17. *inf. de pignor. l. 2. C. si unus ex plurib. hered. cred.* Item actio pigneratitia, de qua est hic titulus, tam directa, quam contraria est bonæ fidei, hypothecaria est arbitraria, non bonæ fidei. Ad rem. Sic statuo. Re aliena pignori obligata ignorantem creditori, postea debitori ejus rei dominio quæsito convalescit pignus, & creditori non tantum retentio datur, si eam rem possideat, sed & utilis hypothecaria adversus debitorem, si debitor eam possideat. Hoc dicit Paulus in priori parte hujus legis idque significat. *d. l. 1. de pignor. & d. l. 5. C. si alie. res pign. data sit.* Nec huic sententiæ, & definitioni obstat, quod dicitur in *l. & quæ nondum, §. 1. inf. de pign. creditorem, qui agit hypothecaria, probare debere, cum conveniebat de pignore, rem in bonis debitoris fuisse.* Quod utique in hac specie cum probare non possit, quia certe non fuit in bonis debitoris, videtur deneganda ei esse actio hypothecaria. Namque breviter ita respondeo: hujus rei probationem à creditore desiderari, si agat directo judicio, non si agat utili judicio, utili hypothecaria, & extraordinaria, ut in specie proposita, & ita Albericus recte. Et hoc satis est; nec sequaris in hanc rem Accursii nugas, puta, id non probanti creditori dari hypothecariam in debitorem, non in extraneum possessorem. Datur enim hypothecaria in utrumque, in quemlibet possessorem: sed utilis, ut dixi, non directa, vel ut idem ait, dari hypothecariam, si tempore conventi, & cauti pignoris debitor eam rem bona fide possidebat: quoniam propter bonam fidem eo tempore quodammodo in bonis debitoris fuisse intelligitur, non si eam mala fide possidebat: Nam & hoc rejiciendum est, quia utroque casu verus est, creditori confirmato pignore acquisitione domini, dari utilem hypothecariam adversus debitorem, qui eam rem possidet, quasi retroacta pignoris confirmati causa ad tempus conventionis. Præterea huic sententiæ, quæ proponitur in priori parte hujus legis opponitur *lex si servo, qui, & à quibus manum. lib. non fiant,* quæ servo alieno manumisso, non consentiente domino, quod fit inutiliter, si postea manumissor servi factus sit dominus, ut puta, si domino heres exstiterit, negat manumissionem convalescere: si domini acquisitione pignus convalescit, cur non & manumissio multo magis, cum & favor libertatis sæpe alias benigniores sententias exprimat? Breviter respondeo, hanc esse rationem differentie inter pignorationem, & manumissionem servi alieni, quia ex manumissione nulla nascitur obligatio, quæ ob-

stringat personam manumissoris, vel ne fiat bona ejus. At A
 ex conventionem pignoris id agitur, ut nascatur obligatio,
 quam interest debitoris, ne teneatur contraria pignora-
 tia, quandoque dominio quaesito vires obtinere. Et hanc
 rationem differentiarum recte Bartolus etiam attingit, & ve-
 rissima est. Ne quis etiam hic mihi nugas Accursii obji-
 ciat, ideo libertatem non facile convalescere, quod nec
 facile revocetur, quæ competiit semel. Quod perinde est,
 ac si diceret, ideo in una re non esse favorabilem liberta-
 tis causam, quod in alia re sit favorabilis. Quod quidem
 est contra id, quod vulgo dicitur, *favores esse ampliandos*,
l. cum quidam, de lib. & post. Et hæc de priori parte hujus
 legis. In posteriori parte quaeritur; sicut debitor in jus
 universum domini succedente, jure hereditario pignus
 convalescit, an etiam è contrario pignus convalescat, re
 aliena à debitor pignori data non consentiente domino, B
 si postea ejus rei dominus debitori heres extiterit, atque
 ita coeperit idem esse pecuniæ debitor, qui & ejus rei do-
 minus est? Et respondet Paulus hoc casu, pignus non con-
 valescere, nec ut priori casu creditori ignorantem adversus
 debitorem dandam esse utilem persecutionem pignoris, uti-
 lem pignoratitiam, id est, hypothecariam, hunc casum esse
 dissimilem à priori: quod ita demonstrat: Nam priore ca-
 su creditori agenti hypothecaria adversus debitorem eam-
 rem possidentem, debitor improbe resistit, id est, impu-
 denter, dicendo eam rem non fuisse in bonis suis tempore
 conventionis, quam tamen ipse quasi suam tunc temporis
 pignori obligavit. Hoc sermone seipsum mendacii arguit,
 & merito non auditur pati recusans utilem hypotheca-
 riam: si (inquit Paulus) convenisset de pignore, quæ ver-
 ba Glossa non intellexit, si convenisset de pignore, ut in
 priore casu scilicet, nam duo tantum casus in hac lege
 proponuntur non tres, ut Glossæ, & Glossarum assecla
 ponunt. Si convenisset, inquit, de pignore, ut in priore
 casu convenit, ut res aliena pignori esset, quam quasi suam
 debitor pignora-
 vit, ita ut nunc ex suo mendacio arguatur,
 improbe resistit, quo minus eam rem creditor vindicet
 actione hypothecaria, quam initio dixit esse suam, nunc
 improbe dicit, non fuisse suam, & ideo pignus non consi-
 stere. Merito igitur dicemus propter mendacium, & perfidi-
 am ejus, hoc priore casu pignus convalescere. At in po-
 steriore casu, nihil improbe facit dominus rei, itemque
 debitor factus adita hereditate debitoris, quum creditori
 rem vindicanti resistit, quia non ipse eam rem pignori op-
 posuit, sed debitor, cui heres existit, se non consentiente;
 & non debet ex facto defuncti heredi dominium rei prop-
 riæ, vel immunitas rei propriæ auferri, *lult. C. de evict.* D
 Et hæc est sententia posterioris partis. Nec quidquam est
 amplius in hac lege. Verum huic posteriori sententiæ duo
 objiciuntur. Primum ex *l. filium, de lib. caus.* quod libertas
 convalescit, quæ servo data est à non domino, si dominus
 manumissor heres extiterit. Cur ergo, & pignus hoc ca-
 su simili non convalescit, si dominus debitori heres extite-
 rit, qui pignori rem alienam opposuit? Dicam hoc extor-
 quere favorem libertatis, hoc colore, quod sit æquum con-
 servari libertatem à defuncto datam ab herede, qui in ejus
 bona succedit, qui ex ejus bonis lucrum facit, forte am-
 plum, & luculentum, & tamen libertatem à se datam non
 conservat invitus, qui domino heres extitit, ut ostendi
 sup. ex *l. si servo, qui, & à quibus*. Cur tam varie? quia
 aditio hereditatis me obligat quodammodo, maxime ma-
 numissioni à defuncto factæ conservandæ: manumissioni à
 me factæ conservandæ alienæ aditio hereditatis, vel quæ
 alia causa me non obligat. In hanc rem assertur etiam
 lex si ab eo, C. eod. tit. de liber. caus. Cujus tamen longe
 alia species est: Nam species *l. filium*, est de non domino
 manumisso: species *l. si ab eo*, est de domino manumis-
 sione, cujus manumissoris heres controversiam manumissio-
 nis facere non potest, veluti dicendo, servum non fuisse
 à domino jure manumissum, quod sibi pignorus esset.
 Deinde huic posteriori parti, & sententiæ legis opponi-
 tur lex si Titio, inf. de sign. quæ aperte dicit, pignus
 convalescere, si debitori, qui rem alienam pignori obli-
 gavit domino ignorante, dominus heres extiterit, ex
 Tom. II. Post.

post facto non convalescere quidem pignus directo, sed
 convalescere utiliter, data utili pignoratitia, id est, hy-
 pothecaria, quam tamen Paulus denegat hoc casu, in hac
 posteriore parte, & discrete statuit, hoc casu pignus non
 convalescere. Ne etiam hic mihi nugas, & nebulas Ac-
 cursii adferas, nam & ipsemet, quas hic offundit, dimo-
 vet in *d. l. si Titio*, & ibi acriores inducit, quas miror in-
 ducere etiam certatim & veteres interpretes, & novos
 quosdam, cum scilicet in *d. l. si Titio*, ajunt, utilem pi-
 gneratitiam accipi pro utili pignoratitia contraria, quæ
 competit creditori decepto, cui data est res aliena pigno-
 ri, in id, quod interest: vel in hoc, ut aliam rem suam
 debitor pignori ponat. Quod totum etiam vitiosissimum
 est: quia & in hac *l.* & in *l. si Titio*, perspicuum est, uti-
 lem pignoratitiam accipi pro hypothecaria: aut certe hoc
 loco potius actio pignoratitia esset accipienda pro pigno-
 ratitia contraria, quoniam de ea proprie est hic titulus
 de pignoratitia actione, & contra. In hac lege, inquam,
 potius ita esset accipienda actio pignoratitia utilis, quam
 in *l. si Titio*, quæ cum sit sub titulo de pignoribus, qui
 totus est de formula hypothecaria, sane argumento ti-
 tuli, quod perquam idoneum est, nisi aliud verba au-
 ctoris suadeant, accipienda est de actione hypothecaria.
 Et dicendum hanc leg. 41. poni debuisse sub illo titulo de
 pignoribus, non sub hoc de pignoratitia actione, vel
 contra, quia in ea nihil agitur de pignoratitia actione
 directa, vel contraria, sed de hypothecaria tantum, ut
 illa verba manifesto arguunt, *pignoris persecutio*: Nam
 pignoris persecutio nihil aliud est, quam actio hypotheca-
 riam, quam appellavit pignoratitiam, ut & alibi sæpe
 (quod initio dixi) eam ita nuncupant. Itaque nihil in-
 venio, neque in Accursio, neque in aliis interpretibus,
 quod mihi explicet, quemadmodum hæc duæ leges in-
 concordiam adducendæ sint, id est, *l. 41. & l. si Titio*.
 Nam Alciatus 7. *Parerg. c. 14.* nihil agit in hac lege, ini-
 tio posterioris partis legendo, *pro non est idem dicendum*,
nam est idem dicendum? Nam & num Latine, negationem
 subintelligit, & sequentia palam ostendunt, non esse idem
 dicendum, priori casu convalescere pignus, posteriori
 non convalescere. Nec (parcat ille mihi) unquam intel-
 lexit verba hujus legis, quæ demonstrant, posterior ca-
 sus quam sit à priori dissimilis. Nil etiam agit juvenis
 quidam, qui dicit has leges ita esse inter se componendas,
 ut dicamus in hac lege scientem creditorem accepisse pi-
 gnori rem alienam invito domino: Nam scienti nunquam
 datur hypothecaria, *l. 1. de pign.* In illa autem *l. si Titio*,
 ignorantem creditorem accepisse ignorante, non invito
 domino. Nam & in hac *l.* ignorans creditor accepit. Nec
 aliud est, quod ille vult juveniliter, & frustra contendit id
 multis verbis probare: non aliud, inquam, est ignorante
 domino, aliud invito domino, vel sine domini voluntate,
 ut loquitur in hac *l.* quia & ignorans invitus est. Quid igitur
 dicemus? Animadvertendum est illam leg. si Titio, esse ex
 7. differentiarum Modestini (quod multum facit ad rem)
 quo verisimile est, aut sane verum, exposuisse Modestini-
 num differentiam hoc loco à Paulo propositam, ut si re
 aliena pignori data debitor domino heres extiterit, pignus
 convalescat. Contra si dominus debitori heres extiterit,
 pignus non convalescat ex auctoritate juris, quia sunt ca-
 sus valde dissimiles. Et proposita hac differentia postea
 subjecisse Modestinum, & hoc quoque casu posteriore tan-
 dem placuisse ex æquitate, ut pignus convalesceret. Pau-
 li tempore obtinuit supradicta differentia. Modestini tem-
 pore, qui diuturnior fuit Paulo, cum ad ætatem Gordia-
 norum pervenerit, ut indicat *l. 5. C. ad exhib.* Modestini,
 inquam, tempore supradicta differentia non obtinebat.
 Cur non obtinebat? Cur tandem æquum visum fuit, &
 hoc casu posteriore, domino debitori succedente, quasi con-
 firmato pignore, creditori dari hypothecariam utilem? In
 causa hoc est, quod heres, si non ipso jure, saltem bene-
 ficio exceptionis, vel replicationis doli mali debeat rata
 facere omnia, quæ defunctus gessit, ad cujus vicem pro-
 prius accedit, etiamsi ea gesserit in re propria heredis, non
 in re hereditaria, ut comprobatur *lex cum à matre, C. de rei
 vind.*

vind. & l. 3. C. de reb. al. non alien. & d. l. si ab eo, de lib. caus. Itaque in hac posteriori specie, cum debitori dominus successit, si creditori agenti utili hypothecaria opponat dominus, idemque debitor factus aditione hereditatis debitoris: si, inquam, opponat exceptionem hanc, si non ea res in bonis defuncti fuit, qui eam sibi pignori posuit, creditor saltem tuebitur se, scilicet replicatione hujusmodi, si non tu heres exstisti ei, qui eam rem pignori posuit. Ita res procedit. Et sic in specie quoque legis ult. C. de evict. quam supra pro Paulo attulimus, heredi ex sua persona, id est, jure proprio, non hereditario, vindicanti dominium rei suæ, de cuius evictione alio vendente defunctus cavit, cui heres extitit, verius est obstaré exceptionem doli mali, ut in l. Seja, inf. de evict. quia quam evictionem debet præstare adversus alios, eam adversus seipsum multo magis. Concludamus igitur, pignori data re aliena, hodie nihil interesse, debitor, qui pignori dedit, domino heres extiterit, an dominus debitori. Utroque casu pignus convalescere, sicut re aliena vendita proditum est ab Ulpiano in l. 1. in princ. de excep. rei vend. Nihil interesse venditor domino heres extiterit, an dominus venditori. Utrouque casu heredem repelli à rei vindicatione, opposita exceptione rei venditæ, & traditæ. Et quidem facilius in venditione, quam in pignore: nam rei alienæ venditio ab initio valet, l. rem alienam, de contr. emp. pignus rei alienæ ab initio non valet, ut ante dixi. Et ratio differentię inter venditionem, & pignorationem notissima est, & aliis locis à nobis explicata, quia scilicet pignore contracto, vel convento hoc agitur, ut res sit obligata, obnoxia, nexa: nemo autem potest obligare rem alienam, in qua nil juris habet: venditione autem hoc non agitur, ut res obligetur emptori, nec ut dominium rei transeat in emptorem, nisi interveniat mancipatio, sed ut possessio tantum transeat in emptorem, quam venditor habet prætitia cautione evictionis nomine, & doli nomine, ut l. 1. D. de rer. perm. potest rei alienæ mea esse possessio: ergo & ejus rei emptio venditio est, cujus possessionem tantum habeo, non dominium: solius domini est pignori obligare: vendere non est solius domini, sed etiam possessoris.

Ad L. LIV. de Fidejussor. Si in pignore contrahendo deceptus sit creditor, qui fidejussorem pro mutuo accepit, agit contraria pigneratitia actione. In quam actionem venit quod interest creditoris. Sed ea actio fidejussorem non onerare poterit: Non enim pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obligat.

His, quæ diximus ad legem 41. addi velim l. 54. de fidejuss. quæ est ex eodem libro Pauli. Idque ostendit, quod tradidimus ante ex l. si rem alienam, in princ. l. tutor, §. 1. & l. si quis in pignore, §. 1. eod. l. & l. 6. C. si alie. res pign. data sit: debitorem, qui creditori ignoranti rem alienam pignori posuit, quod pignus non consistit, teneri creditori in id, quod interest, contraria actione pigneratitia, vel in hoc, ut aliam rem suam debitor pignori ponat, ut l. qui autem, §. pen. de const. pec. Sed ut subjicit Paulus in d. l. 54. ea actione contraria pigneratitia non oneratur fidejussor, quem pro mutuo creditor accepit, quia non pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obligavit, non pro accessione, sed pro principali pecunia, vel pro eo, quod principaliter in obligationem venit, fidem suam obligavit. Unde colligitur eum, qui fide sua esse jubet principalem summam, non videri etiam fidejuberem pro accessione, veluti pro pignore, nisi id nominatim expressum sit. Et in ea lege nihil est amplius.

Ad L. V. Ad SC. Macedon. Ergo hic & in solidum damnabitur, non in id, quod facere potest.

Transeamus ad l. 5. ad Senatusc. Macedonianum, cum qua explicabitur lex 28. de pignorib. quæ est ex eod. libro. Quia vero lex 5. ad Maced. pendet ex iis, quæ proponuntur in l. 3. §. ult. & l. 4. sup. eæ mihi prius expli-

caudæ sunt. Sæpe fit, ut qui mutuam pecuniam daturus est, prius à futuro debitore stipuletur eam sibi reddi, quam numeraturus est, ut stipulatio præcedat mutuum, quia intellectu, & natura mutuum sequi intelligitur, quamvis tempore antecesserit, l. 6. de nov. l. 18. §. ult. de sup. serv. l. qui pecuniam, de reb. cred. Et hæc stipulatio perfecta quidem est, licet conditionalis esse intelligatur, quia ei inest hæc conditio, si postea eam pecuniam mihi numeraveris, quia hæc conditionalis stipulatio statim perficitur, & ex præsentis tempore vires accipit, ut ait lex ususfructus, de stipul. serv. Denique stipulatio perficitur verbis solemnibus, sine re, sine numeratione: impletur autem secuta numeratione, l. 7. de nov. Numeratio, inquit, si implenda stipulationis gratia, quæ antecessit, & in l. seq. hoc tit. numeratione, inquit, expletur substantia obligationis, id est, obligationis contractæ ex stipulatione. Aliud est perficere contractum, aliud implere. Emptio perficitur solo consensu: impletur numeratione pretii, & traditione rei, l. si quis alienam, de act. emp. Nuptiæ perficiuntur nudo consensu, implentur concubitu, atque congressu. Præterea sciendum est, filiumfamil. ex omnibus causis tanquam patremfamil. obligari, etiam sine auctoritate patris, in cujus potestate est, l. filiusfamil. §. de oblig. & act. l. ult. §. 1. de verb. oblig. Et agi quidem cum eo posse ex omnibus causis ex contractibus, vel ex delictis in solidum, quia in solidum obligatus est. Cum patre ejus vero, non in solidum, sed in peculium tantum, l. si quis cum filio, tit. seq. Ab hac sententia, quæ est certissima, excipienda est causa mutui, quia ea causa inanis est, propter exceptionem Senatusc. Macedoniani, quæ efficit, ut neque filius, neque pater ex hac causa, ex causa pecuniæ creditæ filiosfamil. civili, aut honorario jure obligentur, l. qui contra, de fidejuss. Naturali tamen jure filiosfamil. obligatur, qui pecuniam mutuam accipit, quia Senatusc. expungit tantum civilem, vel honorariam obligationem, non naturalem, & ideo si solvatur creditori pecunia, conditioni locus non est, quia filiosfamil. jure gentium verus debitor est, l. quia naturalis, hoc tit. Nunc finge, fœneratorem quendam priusquam pecuniam crederet filiosfamil. ab eo stipulatum in hunc modum, quantam pecuniam tibi intra illum diem credidero, tantam dari spondes? Fac deinde eidem pecuniam fœneratorem credidisse jam patrifamil. factò, vel capitis minutione, ut ait lex 3. §. ult. veluti emancipatione, vel patrifamil. sui juris factò sine capitis diminutione, ut ait d. l. 3. veluti morte patris, quo genere sane fit sui juris sine capitis deminutione, adeo ut & in familia patris manere postea dicatur, l. non tantum, §. si pater, de bon. possess. cont. tab. Et hoc respectu etiam post mortem patris filiosfamil. dici potest, quamvis desierit esse in potestate, ut libertum familiæ dicimus libertum orcinum, l. 48. de manum. testam. Et intellige morte patris si sui juris effectus sit, naturali scilicet, vel civili, ut deportatione, l. 1. §. sed etsi morte, sup. quan. de pecul. act. ann. fit. Fit etiam sui juris sine capitis deminutione, qui patris proditus est, ex constitut. Justin. & olim (ut ex Attæjo Capitone Gellius refert) qui flamen dialis inaugurabatur, vel quæ virgo Vestæ capiebatur. Et ita è contrario patrifamil. fit alieni juris, & filiosfamil. vel interveniente capitis minutione, veluti arrogatione, vel sine capitis deminutione, ut patre deportato beneficio principis reddito civitati, qua ratione testamentum, quod filius fecit post deportationem, & ante restitutionem patris, non fit irritum, quia licet recidat in potestatem patris restituti in integrum, capite tamen non minuitur, l. ult. C. de sent. pass. Verum ad rem: si à filiosfamil. stipuletur creditor, & patrifamil. factò credat, hoc casu cessat Senatusc. Maced. quod vetat credi pecuniam filiosfamil. quia eam non filiosfamil. credidit, sed patris. Atqui dices crediturus à filiosfamil. stipulatus est: fateor. Verum ea res nihil pertinet ad Senatusc. Maced. quia (Senatusc. Macedon. ut ait l. 4. §. pen.) non ad verba, sed ad numerationem refertur, id est, non stipulationem infirmat, sed mutuum: & ea quoque stipulatio, non ante impletur, quam fiat numeratio, quæ fit rite jam patrifamil. factò. Qua ratione & è con-

contrario, si quis à patref. stipuletur, & credat jam filiof. factio, Senatufc. Maced.locus est, l. seq. hoc tit. Quæro, an etiam si filiusfam. ipse stipuletur sibi reddi, quod crediturus est, & paterfam. factus credat, numeretque pecuniam, an ex stipulatione actio filio adquiretur, an patri? Accursii sententia hæc est, actionem ex stipulatione adquiri filio, qui paterfam. factus creditur pecuniam ante in stipulationem deductam: adquiri, inquam, filio, non patri. Hoc sentit Accursius in l. 3. §. ult. hoc tit. Perperam: quia in stipulationibus, etiam conditionalibus, qualis hæc esse intelligitur, id tempus spectamus, quo contrahimus, præsens tempus stipulationis, l. si filiusf. de verb. oblig. Eo autem tempore filius fuit in potestate patris. Ergo ex ea stipulatione actio adquiretur patri, non filio. Et nihil moveor l. quidam, §. ult. eod. tit. qua nititur Accursius, quoniam ejus legis longe alia species est. Nempe hæc: si filiusfam. pecuniam crediturus ex peculio, ita fidejussorem acceperit: *Quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes?* & emancipatus non adempto peculio: vel alias paterfam. factus pecuniam crediderit, hoc casu lex ait, *fidejussorem non obligari patri, licet tempore, quo intercessit, filius in patris potestate fuerit, sed obligari filio numeranti post emancipationem, non directa quidem, sed utili actione ex stipulatu.* Verum hoc ideo, quia reus principalis non obligatur patri, quandoquidem post emancipationem contracta fuit obligatio principalis. Si reus principalis non obligatur patri, consequens est, ut nec accessio, puta fidejussor obligetur patri, ut l. si debitori, §. ult. de fidejuss. Denique non ante eo casu intelligitur obligatio accessoria vires accipere, quam extiterit principalis, & vires acceperit: ergo interim imperfecta fidejussoris obligatio est. Denique alii fidejussor, alii reus principalis obligatus esse non potest, patri fidejussor, filio reus principalis obligatus esse non potest, & cui reus principalis non tenetur, nec fidejussor etiam tenetur, aut pignus, aut mandator, vel quæ alia accessio, l. 28. de pign. patri non tenetur reus principalis, ergo nec fidejussor, aut mandator, aut pignus, vel hypotheca.

Ad L. XXVIII. de Pignor. Si legati conditionalis relicti filiofamilias, pater ab herede rem propriam ejus pignori accepit, & mortuo patre, vel emancipato filio conditio legati extiterit: incipit filio legatum deberi, & neque pater potest pignus vindicare, neque filius, qui nunc habere cepisset actionem: nec ex præcedente tempore potest quicquam juris habere in pignore, sicut in fidejussore dicitur.

Species dictæ l. 28. quæ ex eo lib. est ejusmodi: legatum filiofam. relictum est sub conditione. Pendente conditione heres legati nomine cavere debet patri non præcise, *ὅχι ἀπλῶς*, sed in hunc casum, si existentis conditionis legati tempore in potestate filius fuerit. Debet etiam cavere filiofam. in hunc casum, si existentis conditionis legati tempore sui juris fuerit, l. 1. §. plane si ei, & §. ult. & l. 3. ut legat. juris. cav. Cavere autem heres debet, vel dato fidejussore, vel dato pignore, si pater pignore contentus sit: Nam invito patre, vel filiofam. invito legatario, non aliter satisfidatur, vel cavetur, quam fidejussore dato, l. 7. de præst. stipul. At volenti satisfidatur legati nomine, etiam nuda cautione, nuda repromissione, aut pignore dato, l. ult. §. si legatarius, inf. quod legat. (†) Ubi vulgo recte: *Idem dicendum est, inquit, si legatarius pignoribus sibi satisfidari voluit. Male Florentinæ, noluit.* Nunc sime heredem legati filiofam. sub conditione relicti cavisse pignore dato, id est, ut ait, re propria ab herede pignori data, quia alienæ rei pignus non consistit, vel cavisse patri dato fidejussore (nihil interest) deinde fac existentis conditionis tempore filium esse sui juris factum emancipatione, vel morte patris (nihil etiam interest) atque ita filio legatum deberi, quia eo tempore cessit dies legati, id est, extitit conditio legati, quo tempore legatarius est sui juris, & in legatis tempus spectatur, quo dies

Tom. II. Post.

(†) Vide Merill. lib. 3. Varians. ex Cujac. cap. 18.

A eorum cedit, non tempus testamenti faciendi, *Liqua legata, de reg. jur.* Quare certum est distare legata à stipulationibus. Nam in stipulationibus, ut ante dixi, conditionalibus inspicitur tempus interponendæ stipulationis, non tempus existentis conditionis, d. l. si filiusf. de verb. oblig. Proinde ait Paulus in d. l. 28. si extiterit conditio legati filiofam. relicti, eo jam factio paterfam. neque patrem pignus perse, qui, & vindicare, neque fidejussorem convenire posse, quia sublata est pignoris, & fidejussoris causa, & cui heres, qui est reus principalis, legati nomine non tenetur, nec fidejussor igitur, aut pignus, d. l. quidam, §. ult. d. l. si debitori, §. ult. Heres in hac specie legatum non debet patri: ergo nec fidejussor patri tenetur, aut pignus. Ait etiam Paulus, filium, qui nunc habere cœpit actionem ex testamento, id est, cui nunc primum cœpit deberi legatum, neque pignus datum patri, neque fidejussorem datum patri perse, qui, aut convenire posse, quia nunc primum ei debere cœpit legatum heres, qui est reus principalis, tunc vero, id est, tempore dati pignoris, vel fidejussoris, filiof. non debebatur legatum. Sed nec ex præcedenti tempore filius quidquam juris habere intelligitur in pignore, vel in fidejussore, quia in legatis conditio, quæ extitit non retrotrahitur ad præteritum tempus. Quare etiam legata conditionalia distant à conditionalibus stipulationibus: Nam in stipulationibus conditio retrotrahitur ad præteritum tempus, id est, ad tempus contractus, ex quo vires accipiunt, l. posterior, §. 1. qui potior. in pign. hab. l. necessario, §. 1. de peric. & comm. rei vend. Porro ex eo, quod supra dictum est, locum non esse SC. Maced. si quis à filiof. futuro debitore creditæ pecuniæ stipuletur, & patrif. factio credat, ex eo colligit Paulus in hac l. 5. filiumfam. cui post emancipationem credita pecunia est, vel postquam alia ratione factus est sui juris, ex stipulatu teneri in solidum, non in id quod facere potest, quia scilicet eo jam patref. factio, impleta est substantia stipulationis: & certum est, quia non fuit impleta, dum filiusf. fuit: ex contractibus factis post emancipationem, aliamve quam rationem solvendæ patriæ potestatis, patremf. teneri in solidum, l. 3. in fine sup. l. prox. l. 4. §. 1. & l. 1. de tut. & rat. dist. Ex contractibus autem factis ante emancipationem, dum erat in potestate filiumf. non teneri, ut plurimum, nisi causa cognita, ut ait prætor in l. 1. prox. in id quod facere potest. Hoc autem casu intelligitur stipulatio facta post emancipationem, quia impleta est post emancipationem demum numerata pecunia jam patrif. factio.

D Ad L. III. Quæ res pignori, vel hypoth. &c. *Aristo Neratio Prisco scripsit, etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenierit, ut sibi eadem res esset obligata: Neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore. Quo casu emptoris causa melior efficitur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrabendo omisit, non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne possit vendere: Videamus an dici possit, bucusque transire ad eum jus prioris, ut distrabere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo: Sæpe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.*

Species & sententia legis hæc est. L. Titius cum pecuniam deberet Cajo creditori hypothecario sub pignore, vel hypotheca certæ rei, à Mævio mutuam pecuniam accepit, ea lege, ut ea pecunia se à Cajo priore creditore liberaret, & ut Paulus loquitur, priorem creditorem, id est, Cajum dimitteret, & absolveret, nec adjectum est, ut pecunia Mævii, dimisso Cajo, Mævius in jus pignoris succederet, quod Cajus habuit: non est adjectum, ut eandem rem Mævius pignori obligatam haberet: denique inter Titium & Mævium nihil convenit de pignore, vel hypotheca. Et ideo ex Aristone Jurisc. Paulus refert in 1. parte hujus legis, Mævium posteriorem creditorem non succedere in jus pignoris, quod habuit Cajus prior creditor: succedit quidem in locum ejus in personalibus actionibus: puta ut si ille privilegium exactionis, quod vocant *πρωτοεξίαν* habuerit, idem & ipse habeat, cujus pecunia ille dimissus

Ooo 2

est,

est, l. 2. de cess. bon. l. si ventri, §. eorum, de reb. auct. jud. possid. A Itemque si ille prior creditor, qui posterioris pecunia dimissus est, habuerit actionem Paulianam, quæ est actio in rem eorum, quæ debitor in fraudem alienaverat, revocandorum gratia, ut & eandem actionem posterior creditor habeat, cujus ille pecunia dimissus est, l. 10. §. 1. & l. 16. quæ in fraudem credit. At non succedet etiam ei in hypothecariis actionibus, aliter quam si id actum sit nominatim, quod in specie prioris partis hujus legis actum non est. Ergo jus pignoris non sequitur posteriorem creditorem, quia de pignore nihil conventum est inter Titium & Mævium, l. 1. C. de his, qui in al. loc. succed. cum alter, C. de fidejuss. Quare in proposito casu, quia ea de re nihil actum est nominatim, Paulus ait, *emptoris causam esse meliorem*. Quæ verba breviter sunt & obscura. Sed hoc vult, melius esse rem pignoratam priori creditori, a debitore emere, ut ex pretio dimittatur prior creditor, quam debitori credere pecuniam dimittendi prioris creditoris gratia. Ostendo esse melius. Nam si Mævius emerit à debitore rem pignoratam Cajo, ita scilicet ut ex pretio prior creditor dimitteretur, tacite convenisse videtur inter debitorem & posteriorem creditorem, ut in jus pignoris posterior succederet, quod habuit prior. Et ita proditum est in l. 1. C. de his, qui in prior. cred. loc. succed. Quam ibi legem male Accursius interpretatur, negans emptorem succedere in jus pignoris, etiamsi id actum non sit nominatim, cum aperte lex dicat, emptorem succedere in jus ejus, cui possessio obligata erat. Jus autem illud, quid aliud est, quam jus pignoris? Et hoc quoque Paulus significat hoc loco, quum ait, *quo casu emptoris causa melior efficitur*. Et ratio differentiarum est manifesta inter eum, qui credidit pecuniam dimittendi prioris creditoris gratia, & eum, qui à debitore emit pignus obligatum priori creditori: ut scilicet ex pretio prior creditor dimitteretur. Hoc enim posteriore casu facilius consensisse intelligitur debitor, ut emptor in jus pignoris succederet & anteponeretur creditoribus inferioribus eam rem vindicantibus actione hypothecaria, quia emptione & traditione pignus abcessit dominio debitoris. Facile igitur creditur consensisse, ut in ea re, quæ sua esse desinebat, jus pignoris sequeretur emptorem. Difficilius hoc admittebatur priore casu: quia pignus in dominio debitoris manet. Itaque non aliter creditur posterior creditor succedere in jus pignoris, quod prior habuit, quam si id actum sit cum ipso debitore nominatim, qui dominium retinet pignoris, quia pignus non mutat dominium, sed possessionem tantum. Possit autem debitorem pignus vendere nondum soluta pecunia tam creditori, ut in l. rescriptum, de distr. pign. quam aliis, certissimum est. Ita tamen, ut ex pretio, quod alij numeraverint, pecuniam offerat, aut solvat priori creditori, aut creditori, si unicus tantum fuerit, cum & Fiduciam (quod est pignoris genus quoddam) etsi non possit debitor vendere creditori, quia in eum fiducia dominium transfudit, possit tamen aliis eo modo vendere fiduciam, id est, ut ex pretio dimittatur creditor, auctore Paulo 2. Sentent. tit. 13. fiducia est genus pignoris mancipati creditori ea lege, ut remancipetur soluta omni pecunia, creditore illo, qui fiduciam contraxit, dimisso, debitor remancipatam sibi rem ex lege fiduciæ emptori præstat. Ita res geritur. Hæc de prima parte hujus legis. Secunda pars est de eo, qui credita pecunia prioris creditoris hypothecarij dimittendi gratia, nominatim paciscitur de pignore. Prima pars nominatim est de eo, qui non paciscitur de pignore, secunda de eo, qui paciscitur de pignore, ut idem sibi obligatum sit, sicut priori creditori, quem dimittit. Hic paciscitur quidem de pignore, sed non etiam paciscitur nominatim de distrahendo pignore, id est, ut sibi liceat distrahere, ac vendere illud pignus: non paciscitur, inquam, nominatim de illo pignore distrahendo, sicut prior creditor, qui in pignore contrahendo, de eo quoque distrahendo, si pecunia non solveretur, pactum interposuerat. Quod quidem pactum omisit posterior, non per oblivionem, sed data opera, cum id ageretur, ut ait, inter eum & debitorem, ne & ipse jus distrahendi pignoris haberet, quæ pactio valet, quamvis quodammodo videatur esse contra naturam pignoris.

Quo enim pignus, nisi id creditor distrahere possit? Neque omnino probatur, neque omnino improbatum hæc conventio. Probatur, quatenus non potest distrahere, ut convenit, nisi post trinum denuntiationem, quæ fiat testato & solemniter, l. 4. de pign. act. ex Paulo 2. Sent. tit. 5. Et nihil interest fiat illa pactio expressim, d. l. 4. an tacite, ut hic locus demonstrat. Si pactum hujusmodi de pignore vendendo per oblivionem omiserit, pro interposito habetur, quia id non agebatur, ne veniret, & per oblivionem omisum, non habetur pro omisso, l. Seje, de instrum. leg. l. 12. de probat. l. ult. in princ. de lib. legat. Ex contrario citra oblivionem consulto consilio omisum, pro omisso habetur. Et ita si consulto consilio posterior creditor omiserit pactum de vendendo pignore, pro omisso habetur: nec ei ex sua persona jus est distrahendi pignoris, nisi debitori solemniter, & ter denuntiaverit, ut solveret, & debitor cessaverit, d. l. 4. & apud Paulum 2. Sent. tit. 5. At tandem hoc loco concludit Paulus ei, id est, creditori posteriori esse jus distrahendi pignoris, quamvis ea de re silentium summum egerit, etsi nihil convenerit ea de re inter eum & debitorem, imo potius convenisse credatur, ne distraheret: ei, inquam, jus est distrahendi pignoris, non quidem ex sua persona, quia vetat tacita pactio, sed ex persona prioris creditoris, quem dimisit, qui habuit jus distrahendi pignoris, quia a priore creditore eadem ipsa hypotheca, idem ipsum pignus (ut recte Bartolus contra Accursium sentit) & jus omne, quod in eo pignore habuit prior creditor, transisse intelligitur in posteriorem, l. creditor 12. §. a Titio, tit. seq. Ergo ut ei etiam licebat distrahere pignus, id denique distrahet non ex sua persona, sed ex persona prioris, cui in jus omne pignoris successit. Et ita in extremo hujus legis eleganter Paulus ait, sæpe evenire, ut quod quis ex sua persona non habeat, hoc per extraneum habere possit: ut quod per se quis non habet, id habeat per alium: Ut l. cum de hereditate, de adquir. hered. coheres, qui adivit hereditatem ex sua persona, non potest repudiare, ex persona tamen coheredis repudiantis portionem suam, datur ei electio, ut vel totam hereditatem amplectatur, vel a tota recedat, id est, totam respuat, quam tamen semel amplexus est pro sua parte, quia sæpe fit, ut se heres abstinere possit propter alium, qui per suam personam se abstinere non poterat. Ut item in l. mulieri & Titio, de cond. & dem. si conjunctim legetur Titio & mulieri viduæ, aut virgini sub conditione si mulier non nupsit, hæc conditio remittitur mulieri leg. Julia, ita ut etiam si nubat, possit capere legatum, eaque conditione remissa propter mulierem, quæ conjunctim injuncta fuit mulieri & Titio, & Titius ipse, quasi circumscripta conditione, ad legatum admittitur, qui tamen non admitteretur, si ei soli relictum esset legatum, si ea mulier non nuberet. Nam ea muliere nubente, non haberet legati petitionem: nam ex beneficio legis tantum ex legato concessum esse mulieri dicitur, quantum haberet si conditioni paruisset. Denique in ea specie, quod per se non habet, id habet per mulierem, ut item in l. si communem, quemad. serv. amitt. si Titius & pupillus communem fundum habeant, cui debeat via, servitus viæ, pupillus non utendo, non amittit servitutem, quia tempore vel usucapione nihil amittit, qui in ea ætate est. Pupillus igitur viam retinet, & si ea non utatur, & propter pupillum etiam Titius socius ejus, eandem viam retinet, qui per se eam amisisset ea non utendo. Quæ exempla protuli, præter ea, quæ adducit Accursius. Ac similiter per se nemo potest rem suam emere, per alium potest, per suppositam personam, l. si manduvero, §. si id, mand. Idque fit quotidie. Simili modo pupillus per se testamentum facere non potest: per alium potest facere testamentum, aut potest ei fieri testamentum, quod dicitur substitutio pupillaris, puta per parentem, in cujus potestate est. Hoc tamen non esse perpetuum Paulus ipse demonstrat satis, quum hoc evenire ait sæpe, non semper. Non est omittendum, hanc legem abhorre ab hoc tit. quia non est de rebus datis pignori, quæ obligari non possunt, sed de successione in jus pignoris, quæ quæstio proprie pertinet ad seq. non ad hunc titulum.

Ad

Ad L. XVI. Qui potiores. *Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychnianæ primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Cum Eutychniana de jure suo doceret, superata apud judicem à tertio creditore non provocaverat. Turbo apud alium judicem victus appellaverat: quærebatur utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet? Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiores esse debere. Mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, & exceptione, aliove quo modo à tertio superatam: Nunquid adversus Turbonem, qui secundo loco creditur, tertius creditor, qui primam viciit, exceptione rei judicatæ uti potest? aut contra, si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est à tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatæ adversus primam creditricem? nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit, nec inter alios res judicata alii prodesse, aut nocere solet. Sed sine præjudicio prioris sententiæ totum jus alii creditori integrum relinquitur.*

Hæc lex duas recitationes desiderat. Unam, quæ explanet sententiam hujus legis: alteram, quæ definiat, quid statuendum sit de illo argumento, quod in hanc legem adducit. Accursius, an eum, qui te vicit, ego vincere debeam. Itemque demonstrat, an ex eo, quod statuit Paulus in hac lege, sequatur vitium illud, quod proponit Accursius in prima Glossa, quod Græce vocatur *ἀντιεπιποπό*. Species legis hæc est. Eadem res ab eodem debitore diversis temporibus tribus creditoribus pignori, hypothecarive obligata est. Primum Eutychnianæ, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. In eo pignore privilegio temporis potior est Eutychniana, cui primum ea res obligata est, & consequenter in actione hypothecaria superare debet posteriores creditores, inferiores 2. & 3. At cum ageret Eutychniana actione hypothecaria adversus tertium creditorem, qui pignus possidebat, & de jure suo, id est, privilegio suo & prærogativa temporis non doceret, non probaret quicquam, superata est lite, & sententia data secundum possessorem. Lege in hac lege; Cum Eutychniana de jure suo non doceret, ut significet superatam fuisse Eutychnianam, deficientibus juris sui probationibus. Quod est certissimum. Nam quæ de jure suo docebat, non potuit superari, nisi per injuriam judicis, quam nullam intervenisse Paulus ponit. Huic autem sententiæ Eutychniana adquevit, nec appellavit. Post Turbo secundus creditor apud alium judicem egit actione hypothecaria adversus 3. pignus possidentem, & superatus est etiam à 3. at sententiæ non adquevit, ut Eutychniana: sed appellavit, forte à præside provinciarum ad Papiinianum præfectum prætorio, ut in *l. lecta*. Et in auditorio ejus assidente Paulo, & aliis juriscons. quærebatur, utrum jure contra Turbonem pronuntiatum esset: vel utrum tertius, qui superaverat Primum, etiam Turbonem 2. creditorem superare deberet, an vero superato, & remoto 1. creditore, primave creditricem, 2. deberet quasi prior tempore tertium excludere, fretus privilegio temporis, quasi 3. prior & antiquior, juxta id quod vulgo dicitur, priorem tempore esse potiores jure. Quidam dicebant tertium, qui primum superaverat, etiam 2. superare debere, hac ratione, quia si tertius creditor hypothecarius, sub eod. pignore obtulisset, & solvisset pecuniam primo creditori hypothecario, succederet ei in privilegium temporis, quod ille habuit, *l. 1. C. eod. tit. & l. ult. C. de iis, qui in prio. cred. loc. suc. ac proinde secundum creditorem quasi potior excluderet*. Hoc est certissimum. Et eadem ratio intervenire videtur, si 3. in vindicatione pignoris primum creditorem superet: nempe, ut in locum ejus, & in privilegium temporis, & in jus omne primi, quod in pignore primus habuit: tertius succedat, & substituat. Hæc erat illorum ratio. Non utebantur illa ratione, de qua infra: quia Tertius, qui viciit primum, qui secundum vincere potest, vincere etiam

A debet secundum, quæ ratio falsa est, si non sit eadem ratio vincendi primi, & secundi, ut non esse eandem, die crastina demonstrabo. Et non minus falsa est in hac specie ratio illa, quam illa Androcidis ad Alexandrum Magnum: Si vinum cicuta venenum est, & cicuta homini, & multo magis vinum homini venenum est, quia non eadem vi, eademve facultate agit vinum in cicutam, qua cicuta in hominem. Sed qui erant in ea sententia utebantur hac sola ratione, quia tertius, qui primum superavit, intelligitur ejus locum subisse, subintrasse, perinde atque si suis nummis primum dimisisset. Horum vero sententiam Paulus ut improbet, hypotheses inducit similes, in quibus evidentius appareat, quam iniqua ea sententia sit. Pone, primum creditorem egisse hypothecaria adversus 3. qui pignus possidebat, & à tertio superatum esse, non quod primus de jure suo non doceret, sed opposita exceptione pacti, aut jurisjurandi, aut alio modo, veluti imprudentia judicis, an poterit postea tertius secundum agentem hypothecaria repellere exceptione rei judicatæ? Hoc nemo dicitur est. Non potest autem in casu proposito tertius alio remedio secundum repellere, quam per exceptionem rei judicatæ, tanquam res judicata contra primum, in cujus locum tertius successisse intelligitur, secundo quasi inferiori præjudicare debeat, quod tamen si illo casu, quem supponit est iniquum, & hoc quoque, quod potissimum in hac proponitur. Rursus pone, post victoriam tertii adversus primum, egisse secundum hypothecaria adversus tertium, & viciisse, vel ut ait Paulus, obtinuisse tertium, ut in *l. Paula, §. ult. de leg. 3.* An poterit secundus, qui vicit tertium, primum agentem hypothecaria repellere exceptione rei judicatæ inter eum, & tertium creditorem, quasi in primi locum successerit tertius, quem secundus vicit? Et hoc quoque nemo dicitur est. Ergo sententia dicta inter primum, & tertium, nec priori hypotheli secundo nocet, nec posteriori prodest. Proinde eadem ratio exigit, ne secundum agentem hypothecaria tertius, qui vicit primum, cum de jure suo non doceret, repellere possit exceptione rei judicatæ, ne res judicata inter tertium, & primum creditorem noceat secundo. Denique quacunque ratione tertius vicerit primum, non ideo vincet etiam secundum, nec primum quoque ideo vincet secundus, quod vicerit tertium, qui devicit primum. Et in summa, tertius, qui vicit primum, non intelligitur in ejus locum successisse, cui erat primus locus. Et alia est ratio solventis primo, sive dimittentis primum: alia vincens primum in judicio. Ergo qui sum posterior creditor solvo priori hoc animo, ut mihi confirmem pignus, & in prioris locum succedam. Vinco autem apud judicem priorem creditorem, & vinco mihi, aut retineo pignus dante judice, quasi meliore causa mea, non quasi successor, aut substitutus priori: sententia me non substituit priori: si victor succederet in locum victi, id est, si tertius in locum primi, sane 3. vinceret etiam 2. quia obtineret primum locum: & contra secundus devicto 3. victore primi, vinceret etiam primum, *l. 3. §. ult. de pign.* At verius est, non succedere 3. in locum primi, quem vicit, non dimisit sua pecunia. Ergo aliam esse personam 3. aliam 1. Si aliam personam, ergo & aliam rem in judicium deduci, agente primo adversus 2. vel agente 2. adversus 3. Mutatio personarum aliam atque aliam rem facit, *l. si cum uno, de except. rei jud.* Et ideo agenti non obstat exceptio rei judicatæ, quia hæc exceptio tantum obstat agenti de eadem re, ut in formulis nostris præscribi etiam Cicero auctor est *13. epist. & §. de finibus, & 1. de orat. Quod eadem res antea in judicium venerat: non etiam obstat agenti de alia re, hoc est, res inter alios judicata alii nocere, vel prodesse non potest, ut sæpe constitutum esse ait *l. sæpe, de re judic.* Et pro regula juris dicitur receptum in *l. Modestinus, de except. l. is, qui fundum de usufr. leg. l. Lucius, ff. de his, qui vocant. inf.* Et ideo in specie legis, ut concludit Paulus, sine præjudicio prioris sententiæ, quæ data est secundum 3. & contra primum, totum jus secundo integrum relinquitur, & illatum, sine præjudicio prioris sententiæ, id est, sine metu exceptionis rei*

rei judicæ. Et ita eadem verba accipiuntur in l. 1. *C. qui-
bus res inter al. jud.* Explicui heri sententiam legis 16. qui pot.
in pign. hab. nunc vero pauca addam ad eam sententiam,
quam Basilica contrahunt in hunc modum: *Si diversis
temporibus rem pignora vero tribus creditoribus, & 3. vice-
rit 1. recte 2. ager adversus 3. quia tunc duntaxat quem solvit
1. tertius in ejus locum succedit, in ea quantitate, quam ex-
solvit.* Nihil est præterea, neque etiam quicquam amplius
legis summa desiderat. Nunc veniamus ad glossas Accur-
si, quod earum explicatio sit magni momenti. In priore
glossa Accursius notat secundum definitionem Pauli eve-
nire, ut 2. à 3. pignus vindicet, quasi prior tempore, &
primus æque à secundo quali prior, & rursus 3. à primo
ex auctoritate rei judicæ: & rursus 2. à 3. rursusque 1. à 2.
atque ita res incidat in vitium illud, quod Græci vocant
ἀντιστροφον. Quod quidem vitium male Alciatus 1. *Parerg.* B
dixit esse proverbio *ἄπειρον περιστροφῶν*, pistilli rotatum,
quia eo *ταυτολογίᾳ* notat ut, aut ejusdem facti iteratio con-
tinua & frequens, non *ἀντιστροφον*. Male etiam pistilli rotatui
jungit, quod Hieronymus in epistola ad Oceanum vocat
acumen omni pistillo reusius, quia neque ad pistilli rota-
tum respicit, neque (ut ille arbitratur) hoc dicit in acutum
hominem, sed in hebetem. Verum ex definitione Pauli,
nullum sequi *ἀντιστροφον*, verius est: nam secundus quidem
à 3. pignus vindicat actione hypothecaria, & primus item
à 2. eadem actione. At rursus 3. qui 1. vicit, cum de jure suo
non doceret, nulla actione id à primo, qui id recepit, à 2.
vindicare potest. Quia ut res non jure judicata pro pos-
sessore, non præbet ei vindicationem, sed retentionem
tantum, ut docet aperte l. 3. §. *ult. de pign.* Ita etiam res
judicata pro possessore in pari causa, cum actor de jure suo
non doceret, & quæreretur de jure petitoris, non de jure
possessoris, ei nullam vindicationem præbet, l. *pen. §. ult.
de except. rei judic. l. sed. est. possessori, de jurejur.* Neque
etiam actionem in factum ex causa judicati: quia de jure
ejus judicatum non est, sed de jure petitoris tantum, d. l.
sed. est. possessori. Ergo nullum hic vertitur *ἀντιστροφον*. Ne-
que etiam (quod asserit Odofredus hoc loco) ullum
ἀντιστροφον incurrere ita posita specie: Tertium egisse hypo-
thecaria adversus primum possessorem pignoris, eumque
vicisse non docentem de jure suo. Nam secundus à tertio
vindicare pignus potest, quia suum integrum retinuit, &
vicissim primus à 2. quo peracto rursus 3. id à primo non
vindicabit, videl. si tunc primus de jure suo doceat, re-
pertis novis instrumentis, quia de jure primi pronuntia-
tum priore iudicio non fuit, quandoquidem in eo primus
non opposuit, aut non probavit exceptionem rei sibi ante
pigneratæ, sed judicatum est de jure tertii tantum, de jure
actoris, non de jure possessoris, l. *duob. l. pen. §. ult. de except.
rei jud.* Et ita Bartolus recte. Dicamus etiam de alio exem-
plo *ἀντιστροφον*, quod hic Accursius exposuit: *Cum bona
mea uxori tacite pignorata essent dotis nomine, eadem pri-
mo pigneravi, non consentiente uxore, ac deinde 2. qui est
3. si uxor prima numeretur, ut certe est prima, deinde 2. Igitur
consentiente uxore, & remittente suam hypothecam, quæ re-
missio valet, quia neque intercessio est, neque donatio,
l. *juavis in princ. ad Senatuf. Velle, an. l. etiam, & l. jubemus,
C. eod. tit. l. & si pignus, quæ in fraud. cred.* Hoc vero casu
extraneo possidente bona, ea primus à possessore vindicat,
& uxor à primo, quia ei non consentit, & secundus, quia
ei consentit uxor, ab uxore, & retro primus quasi prior à
2. & rursus uxor à primo, & secundus ab uxore, & sic dein-
ceps, quid fiet? Hoc male explicant nostri, sed omnino ut
mox planum faciam ex l. *æquissimum, ad Tertul.* in qua pro-
ponitur certissima ratio explicandi *ἀντιστροφον*, quæ se-
quenda est meo quidem iudicio in casibus omnibus, in
quibus *ἀντιστροφον* occurrit. Hoc igitur casu rectius est, do-
tis jure uxorem præferri, quasi secundo à primo excluso
atque remoto, nec jam quicquam uxorem excludere, ut in
specie d. leg. *æquissimum*, in qua etiam *ἀντιστροφον* versaba-
tur: hæc species est: Si nepos ex filio emancipatus, & manu-
missus ab avo paterno vita decesserit intestatus, superstitibus
avo, patre, & matre, quis ei succedat ab intestato? Contro-
versia est reciproci, quod dicitur *ἀντιστροφον*. Nam avus*

patrem excludet jure manumissionis ex edicto prætoris,
si quis à parente manumissus fuit, & avum excludit mater
ex Senatufc. Tertull. Quo facto, id est, admissa matre,
statim pater excludit matrem, & rursus patrem avus, rur-
susque avum mater. Quid fiet? Videamus quemadmo-
dum hoc explicet Jurisc. in d. l. *æquissimum*, ut in simi-
libus causis exemplum ejus sequamur. Et ait rectius
esse, avum præferri cæteris omnibus, quasi exclusa ma-
tre per patrem, quæ avum excludere potuit, & præferri
avum jure manumissionis, & quasi jure patronatus,
cum (ut ait l. in fi.) & adversus heredes scriptos jus
suum avus exercent, adversus quos mater nullum jus
habet. Potentius ergo est jus avi manumissionis, quam jus
matris. Vincat igitur avus in dubio. Huic disputationi con-
iuncta est alia, de qua Accursius tractat in altera glossa.
Quæro, cur in specie hujus legis, qui existimabant 3. qui
primum vicit, & secundum vincere debere, cur hac tan-
tum ratione utebantur, quod videretur 3. in locum primi
succesisse, quæ tamen à Paulo rejicitur, quia sententia di-
cta pro 3. contra primum non facit, ut 3. succedat in lo-
cum primi, sicut nec consensus, & remissio primi, si eo
consentiente, & remittente jus pignoris, debitor tertio cre-
ditori idem obliget pignus, l. 12. *inf. quib. mod. pign. vel
hypoth. solv.* Et omnino his duobus casibus remoto 1. per
3. quod victus sit à 3. vel quod remiserit debitori pignus,
secundus tertio potior est: quia 3. non intelligitur subjisse
locum primi. Cur, inquam, illa hac tantum ratione ute-
bantur, non etiam illa, quod 3. qui vicit primum, qui po-
tior est secundo, obtinere etiam debeat adversus 2. Omi-
serunt hanc rationem, tanquam manifesto falsam. Quia
non est eadem ratio tertio vincendi primi, quæ primo vin-
cendi secundi. Tertio hæc est ratio, quia primus de jure suo
non docet. Primo autem hæc est ratio vincendi secundi,
quia tempore prior est. Non eadem igitur utrique ratio.
Si esset eadem, victor primi etiam esset victor secundi, quia
qua ratione vincit secundum primum, eadem tertius vincit
primum, ut in specie legis de accessionibus, de diversis. &
temp. præscr. quæ est hujusmodi. Si fundum, quem mihi
pignerasti, Titio pigneravi creditori meo, quod feci jure:
pignus enim pignori dari potest, l. *grege, §. 1. de pign.* quam-
diu pecuniam mihi non exsolvis, in vindicatione pignoris
te vinco, quia tu mihi dedisti pignus, me autem, aut eum,
cui ego dedi, vincit Titius, an etiam te Titius vincit? Sic
sane, & multo quidem magis, quia eodem jure Titius me
vincit, quo ego te: id est, jure constituti pignoris: si alio
jure te vinco, puta jure pignoris, quia mihi fundum pignera-
sti, alio autem jure vincit me Titius, puta, jure emptionis,
quia ei fundum vendidi, non vincit etiam te ob id solum,
quod vicerit me. Denique nuda hæc ratio: *Si vinco vincen-
tem te, multo magis vinco te, nihil valet:* at cum adjuncto hu-
jusmodi valet, *quo jure vinco eum, qui te vincit, eodem jure,
& eodem ipse vinco te multo magis,* ut si primus creditor ju-
re antiquioris hypothecæ vincit secundum, qui eodem ju-
re vincit tertium, & tertium quoque primus vincet multo
magis. Et recte Cynus in *Aub. licet, C. de nat. liber.* spe-
ctandam esse vincendi causam ait, sit ne eadem in utro-
que, an diversa: Nam si sit eadem, si vinco vincentem te
eadem ratione, qua illum vinco, & multo magis vinco te.
Si sit diversa causa vincendi, vitiosa collectio est, quia fit à
comparatione majoris, & nulla est comparatio inter eos,
quorum causa, & ratio diversa est. Et ita in specie d. leg.
æquissimum, mater, quæ vincit avum jure Senatufconsulti
Tertulliani, si solus sit, non ideo etiam vincit patrem, si
concurrat, quem avus vincit jure manumissionis ex edicto
prætoris, nec potest mater ita ratiocinari, *si vinco avum,
qui patrem vincit, multo magis vinco patrem.* Ac similiter
pater, qui vincit matrem jure veteri, non vincit etiam avum,
quem mater vincit ex Senatufc. nec potest ita ratiocinari
pater, *si vinco matrem, quæ avum vincit, & avum multo ma-
gis.* Ac similiter avus, qui vincit patrem, à quo vincitur ma-
ter, non vincit etiam matrem. Nec ita argumentari po-
test avus, *si vinco patrem, qui vincit matrem, ergo & ma-
trem vinco.* Et hoc si inter eos solos sit controversia, ut re-
cte scriptum est in *Institus, §. pater, de Senatufconf. Tertul.*
si in;

si inter eos solos controversia sit, puta inter patrem, & matrem, vel inter avum, & matrem, vel inter patrem, & avum: nam concurrentibus his tribus personis, patre, matre, avo, emergit *ἀντιστροφή*, cujus vitandi, aut explicandi causa inspicitur, cujus jus potentius sit, & is anteponitur omnibus. Potentius autem est jus avi, qui & contra heredes scriptos valet, cæterorum jus non item. Ergo rectius est, avo jus suum conservare, tanquam patre excludente matrem, & avo patrem, nec jam queunte matre excludere avum. Et hæc est ratio, propter quam in *d. Mater*, Paulus ait, patrem præferri matræ, non avum, cum inter eos solos de hereditate agitur. Nam tribus concurrentibus avus præferitur, quasi à patre exclusa matre. Et ita si inter fiscum, qui semper habet tacitam hypothecam, & inter mulierem, quæ etiam habet tacitam hypothecam dotis nomine, sit controversia de hypotheca, fiscus si sit antiquior, præferitur mulieri, & servatur inter eos ordo temporis, *l. dotis, C. de jur. dot.* Concurrente autem Titio (quod Græci interpretes notant) qui fiscus, & muliere est antiquior, fiscus autem antiquior muliere, ne inducatur *ἀντιστροφή*, melius est, mulierem præferri omnibus, quasi à Titio primo creditore excluso filio, ne scilicet rursus Titio à muliere excluso, fiscus, qui mulier est antiquior, vocetur, & fiscus admissus, Titius, qui fiscus, & muliere antiquior est, quod esset *ἀντιστροφή*: ergo melius est, consistere in persona mulieris, nec ultra progredi, alioqui nullus esset rei exitus. Et ita quoque damnato liberto, & proscripto, si inter fiscum tantum, & filium liberti de bonis liberti controversia sit, deducto quadrante, id est, deducta legitima, quæ filio proscripti conservatur, in reliquis bonis fiscus præferitur: concurrente autem filio proscripti, & filio patroni ejus, qui proscriptus est, sive patrono, & fiscus, filius liberti præferitur in semisse bonorum, quasi pro eo semisse à filio patroni jure patronatus excluso fiscus, quod proponitur in *l. 8. de bon. damn.* quæ est ex iis, quæ desiderantur, suppletæ à nobis ex Basilicis. Hoc ideo ita definitur, ne sequatur reciprocum incommodum *ἀντιστροφή* quod utique semper vitandum est, nempe, ut fiscus excludat filium liberti, qui filio patroni anteponitur, & per hoc inducatur filius patroni, qui fiscus potior est in semissem, & rursus hoc admissio filius liberti vocetur. Ne hoc eveniat, ne in hoc discrimen incidamus, rectius est filium liberti proscripti præferri in semissem, cum & ipse jus potentius habeat. Et hæc ratio diluendi hujus vitii, quæ ita proponitur in *d. Iniquissimum*, summe notanda est. Præterea ad hujus legis intellectum faciliorem, nonnulla superioribus addenda sunt. Primum igitur addam ad hoc genus argumenti nihil pertinere, quod affert Accursius in hac lege, ex Nov. 89. vel ex *Auth. licet, C. de natum. lib.* Unde efficit filios naturales intestati defuncti, sine liberis justis, & legitimis vocari in sextantem, quod est verum, & ab eo sextante excludere cognatos defuncti, & patronum, qui uxorem defuncti excludunt, quia uxor non vocatur ad intestati mariti successionem, nisi post cognatos, & tamen filios naturales uxorem patris defuncti non excludere, denique victores eorum, qui vincunt uxorem, non vincere uxorem. Dico id omne falsum, & vitiosum esse: nam uxore relicta superstite, juxta eam Novellam, filii naturales patri nullo modo succedunt ab intestato: non potest igitur ille casus existeret, quem ponit Accursius, ut filii naturales excludant cognatos, qui uxori anteponantur, & tamen non excludant uxorem, quia uxore superstite non patet filiis naturalibus aditus ad hereditatem intestati patris naturalis. Quod & Bartolus hoc loco subohuisset, & sensisse videtur. Nihil etiam ad id pertinet, quod idem affert ex Novell. 97. vel *Auth. quo jure, C. eod. tit.* ex quo efficit, eum creditorem, cujus pecunia domus restituta est, qui habet tacitam hypothecam ex SC. vel eum, cujus pecunia resecta, aut comparata, si habeat expressam hypothecam (neque enim habet tacitam) eum, inquam, vincere antiquiorem creditorem, habentem expressam hypothecam, qui vincit mulierem habentem tacitam dotis nomine, nec tamen vincere mulierem. Primum enim falsum hoc est, mulierem inferiorem, quæ dotem persequitur, vinci à superiore creditore, qui expressam hypothecam habet, quamvis ipsa non

habeat nisi tacitam, ut Martinus sentit recte, non vinci eam ab antiquiore, tametsi antiquior expressam habeat hypothecam, cum ipsa non habeat nisi tacitam: Martinus, inquam, recte contra Joannem, aut non tam Martinus, quam ea ipsa Novella, quæ ex antiquioribus creditoribus expressam hypothecam habentibus mulieri præfert tantum eum, cujus pecunia domus resecta, vel res empta est. Ergo cæteros, qui habent expressam hypothecam, non ita præfert mulieri, sed mulierem illis omnino contra Joannis opinionem tamen, ut mulier præferatur antiquioribus creditoribus talem hypothecam habentibus, qualem ipsa habet, id est, tacitam, non etiam habentibus expressam, usu invaluisse non nego, sed ita, ut solet plerumque vulgus ex duabus opinionibus arripere falsam potius, quam veram. Falsum etiam est, eum, cujus pecunia domus restituta, empta, vel resecta est, præcise, & simpliciter in persecutione hypothecæ vincere mulierem: hoc, inquam, falsum est, quia non vincit eam aliter, quam si antiquior sit, id est, jure communi servato ordine temporis. Non est igitur alter potior altero, nisi privilegio temporis, quod propriè privilegium non est. Quod hic adjicit Accursius non necessario consequi, amicum amici mei esse amicum meum, verissimum est, quia variz sunt amicitiarum causæ. Nec semper quæ causa me tibi conciliavit amicum, eadem etiam tibi conciliabit amicum meum. Qua de causa hoc jure utimur, ut recte quidem recusem, & ejurem judicem, quod sit amicus adversarii mei, non quod sit amicus amici adversarii mei. Et hæc ratio variarum causarum efficit, ut cliens clientis mei, non sit cliens meus: libertus liberti mei, non sit libertus meus, *l. Modestini. de verb. signific.* affinis effinis mei, quod est certissimum, non sit affinis meus, & sicut est in regula juris, socius socii mei, non sit socius meus, *l. non socii, pro soc. l. consilii, de reg. jur.* Et similiter, ut victor victoris mei non sit victor meus, nisi utrinque eadem sit ratio, & causa victoriæ omnibus. Ideoque propriis singulorum causis existentibus, non communibus, non est locus regulæ Geometricæ, *τὰ τῶν ἀντιῶν, ταῦτα ἔ ἀλλήλοις εἶναι ταῦτα*, id est, *quæ eidem sunt eadem, & invicem esse eadem.* Qua tamen regula fretus Synesius scribens ad Phylemonem, conatur persuadere, *duos amicos suos, & invicem sibi amicos esse debere*, in epistola incipiente *τῆς γεωμετρικῆς*, ubi ejus regulæ eadem verba usurpat: sed ad rem. Est alia in hac leg. pusilla Glossa in verbo *exsolvit*, quæ Paulo scribente, tertium creditorem, qui de sua pecunia primum dimittit, in locum ejus succedere, in ea quantitate, quam ei solvit, quæ ei debebatur, non in ea, quæ sibi debetur, in hac esse, & manere tertium, in illa esse primum, in id perperam affert *legem creditor, §. à Titio, hoc tit.* In qua nihil tale proponitur: nam de tertio creditore non est, qui primo solvit, sed de eo, qui cum non esset creditor, debitori credidit pecuniam primi creditoris dimittendi gratia. Inter quos est magna differentia: nam inferior creditor, qui solvit superiori, in locum ejus substituitur, in ea quantitate, quam solvit, etiam si de eo nihil nominatim convenerit, *l. i. C. eod. tit.* Itemque is, qui pignus emit à debitore, ita ut ex pretio primus creditor dimitteretur, quia etsi ei res empta, & tradita non possit esse pignorata, quia sua res est, *l. debitor, de pign. act.* tamen in ea obtinenda ex persona primi potior erit inferioribus creditoribus, qui eam rem obligatam habent, si agant hypothecaria, *l. 3. sup. tit. prox. l. 3. C. de his, qui in prior. cred. loc. suc.* At is, qui credidit pecuniam prioris creditoris dimittendi gratia, quive cum creditor non esset priori creditori solvit, in ejus locum non succedit, nisi de eo nominatim convenerit, *d. l. 3. tit. prox. d. §. à Titio.* Eum quoque creditorem non succedere in locum prioris, qui priorem jure judicioque superavit, constat ex hac lege. Idemque est dicendum, si consentiente primo creditore debitor eandem rem tertio obligaverit: Jus enim ille sui pignoris retinuisse videtur, non etiam tertius in locum ejus successisse, *l. 12. quæ. mod. pign. vet. hypoth. solv.*

Ad L. IX. de Distract. pign. vel hypoth. *Quæsum est, si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset: putavi: si nulla*
cul;

culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum. A
quia ex necessitate facta venditio, non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

Ad §. Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit:
Quod in pignoribus dandis adjici solet, ut quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est: quia ipso jure ita se reo habet, etiam non adjecto eo.

DUæ sunt partes hujus legis. In priore quæritur de eo creditore, qui pignus rite vendidit, & pretium nondum percepit ab emptore, neque vero potest percipere propter inopiam, quæ emptori subito contingit, incendio forte rebus omnibus suis amissis. An hoc casu debitor personali actione creditæ pecuniæ liberatus sit? Et recte Paulus ait, si nulla culpa, nulla negligentia in exigendo emptore creditori imputari possit, debitorem liberatum non esse, quia perceptio pretii, si debito sufficiat, aut quatenus debito sufficit, debitorem liberat, non venditio pignoris per se sola facta à creditore, quia, ut eleganter Paulus ait, ea venditio ex necessitate fit: id est, tunc maxime ad eam decurrit creditor, cum aliter suum à debitore servare non potest. Et ita l. 2. hoc tit. electo, & convento fidejussore pignoris in fidejussorem transferendi causa, venditionem pignoris fieri ait necessitate juris, id est, quia aliter jus suum à fidejussore servare creditor non potest, quam si ei vendat, inque eum transferat pignus, quod habet. Igitur prior hæc pars est de creditore, qui nihil redegit ex venditione pignoris. Posterior autem est de eo, qui minus redegit, quam ei deberetur, quia minoris pignus vendidit, quam sit in debito. Et quemadmodum in priore casu debitor in solidum obligatus manet, quia creditor nihil redegit, ita & posteriore æquum est debitorem in id, quod deest, manere obligatum, l. 3. C. cod. l. adversus, C. de obligat. & act. (quod glossa ait apud Venetos non observari) l. creditor 2. sup. de reb. cred. ut scilicet idem jus sit in parte non percepta, quod in toto. Et ipso jure ita res se habet, etiam si de eo nihil convenerit in dando pignore, ut plane conventio in dando pignore ea de re interposita, quo minus venierit, ut in tantum debitor teneatur, sit supervacua, id est, non necessaria. Huic autem contrariam conventionem si placuerit, sane exprimi necesse est: puta ut creditor contentus sit pretio qualicumque pignoris, l. à Divo Pio, §. si pignora, de re judic. Ex diverso, si ex pignoris venditione plus redegerit creditor, quam ei debeatur, par & æquabile est, eum teneri superfluum pretii debitori restituere actione contraria pigneratitia, & quidem cum usuris ex tempore moræ: ut etiam si superfluum pretii in usus suos converterit, aut si id fœnori occupaverit, & usuras percepit, id restituat, l. 6. §. ult. & l. seq. l. pen. sup. de pig. act.

Ad L. X. Quib. mod. pign. vel hypoth. solv. Voluntate creditore pignus debitor vendidit, & postea placuit inter eum, & emptorem, ut à venditione discederent. Jus pignorum salvum erit creditori: Nam sicut debitori, ita & creditori pristinum jus restituitur: neque omnimodo creditor pignus remittit: sed ita demum, si emptor rem retineat, nec reddat venditori. Et ideo si iudicio quoque venditor absolutus sit: vel, quia non tradebat, in id, quod interest, condemnatus, salvum fore pignus creditori dicendum est. Hæc enim accidere potuissent, etiam si non voluntate creditore vendidisset.

Ad §. Creditor quoque si pignus distraxit, & ex venditione recessum fuerit, vel homo redibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus, quibus concessum est rem alienam vendere: Non enim, quia dominium transferunt, ideo ab emptore jus ejus recipiunt, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione.

HUIC legi adjungam l. 21. de jur. fide. & leg. 84. de divers. regul. jur. quæ sunt ex eodem libro. Certum est, pignus liberari, aut solvi, si voluntate, vel consensu, aut permissu creditore debitor pignus vendiderit, l. 7. hoc tit. Voluntas enim habetur, & proprie accipitur pro ratihabitione, l. 3. §. sed si, de in rem verso, l. si fundus, §. 1. de pignor. l.

Pomponius, §. ult. de procur. l. 9. §. pen. de donat. Et hac in re ratihabitionem creditoris sufficere certissimum est, ut pignus liberetur, l. 4. §. pen. hoc tit. Consensus autem creditoris, vel est expressus, ut si debitor petente veniam vendendi pignoris, eam ei palam concesserit: vel etiam tacitus consensus, ut si venditioni interfuerit, & subscripserit tabulis emptionis, l. 8. §. sed si permiserit, & §. non videtur, & l. 1. §. ult. hoc tit. Permissus creditoris non est, nisi expressus consensus: igitur si de voluntate, consensu, aut permissu creditoris, debitor pignus vendiderit, certissimum est pignus liberari, etsi nondum tradiderit rem, vel pretium acceperit, l. 8. §. si debitor, hic. At quid dicemus, si post venditionem re integra statim placuerit inter debitorem, & emptorem, ut à venditione discederetur, an convalescit pignus? Hæc est quæstio hujus legis. Paulus existimat, pignus convalescere. Et recte: quia impleta venditio rei traditione non est. Idemque est, si impleta sit traditione rei, sed resoluta restituta re venditori, quia pro non facta habetur, l. ab emptione, sup. de pact. Idemque est, si creditor permiserit, debitori alii pignus testamento legare, & mortuo debitore legatum repudiaverit legatarius, pignus enim convalescit, quia legatum effectum non habuit, id est, pignus alienatum non fuit, l. 8. §. venditionis, hoc tit. aut certe non tam convalescit, quam salvum, & integrum manet creditori, quia ipso jure convalescit: quum id, quod agitur, effectum non habet, omnia manent in eodem statu, perinde atque si de eo immutando nihil actum esset. At non idem est dicendum si perfecta, & impleta alienatione consensu creditoris pignus ex nova causa in dominium debitoris redierit, quia hoc casu pignus non convalescit, l. ult. C. de remiss. pign. Et hanc distinctionem comprobatur etiam l. 8. §. supervacuum, hoc tit. quæ initio ait, frustra quæri, an pignus permissu creditoris venierit, si debitor repossideat. Dico repossideat, rebabeat, ut sit unum verbum, quoniam & Basilica ita interpretantur τὸν πάλιν εἶδεν εἰς τὸν χειρῶν αὐτοῦ, id est, si iterum redierit ad debitorem, id est, si repossederit. Frustra autem id quæritur, aut non necessario, quia certum est, videri non veniisse pignus, quod venditor, idemque debitor ab emptore statim recepit, vel revocavit rescissa venditione. Non idem omnino dicendum, si id debitor ab emptore, vel herede ejus postea bona fide redemerit, vel si emptori heres existerit, atque ita res jure hereditario ad eum redierit: hoc casu non convalescit pignus. Veruntamen (quam in rem est valde singularis d. §. supervacuum) si pretio accepto soluta pecunia creditori non sit, etsi nec dum soluta sit, non inutiliter adversus debitorem, ad quem pignus rediit ex nova causa, etiam hoc casu creditor agit hypothecaria, quia excipiente debitore in hunc modum, si non voluntate tua pignus veniit, creditor replicabit de dolo malo, hoc pacto: *At si non dolo malo facis, qui rem mihi olim à te pignoratam possides, nondum mihi pecunia soluta: Quum pecunia, inquit, soluta non est, doli mali suspicio inest, translata ad præsens tempus, ut possis creditor replicationem doli mali objicere.* Sensus hic est horum verborum: Præteritum dolum non argui, qui nullus fuit, quia debitor bona fide vendidit permissu creditoris, & postea bona fide redemit, sed argui præsentem dolum: doli suspicionem referri, seu transferri à præterito tempore ad præsens, quasi nunc primum debitor in animum induxerit ludificari creditorem, quia ei non solvit, à quo initio facile extorsit, ut consentiret venditioni pignoris. At si à venditione pignoris facta consensu creditoris, discessum sit, statim mutuo consensu ipso jure pignus convalescit, sine beneficio exceptionis, aut replicationis, & ut debitori, ita creditori pristinum jus ipso jure restituitur. Denique omnia ex parte omnia in integrum restituuntur, perinde atque si neque emptio, neque venditio intercessisset. Idemque est dicendum, si qua ratio juris venditionem perfici, aut impleri impediat, propter quam conventus debitor, qui vendidit, actione ex empto absolutus sit, ut in l. 4. §. ult. hoc tit. Idem dicendum, si debitor conventus actione ex empto, in litis æstimationem condemnatus sit emptori, id est, quanti interest emptoris rem tradi, atque ita eo præstito rem retinuerit. Nam & hoc casu, quia impleta venditio rei tradi-

tionem

ratione non est, pignus convalescit. Rem tradi exigimus, ut omnino pignus perimatur, & non tantum tradi, sed etiam retineri ab emptore, nec reddi, aut redhiberi debitori. Reddita, vel redhibita res tradita non videtur, & ideo pignus convalescit; aut certe saluum creditori manet, quia consentiendo venditioni, non omnino intelligitur pignus remississe, sed sub his conditionibus tantum, si venditio perfecta, & impleta fuerit: si res tradita postea reddita, aut redhibita non fuerit. Addit Paulus aliam rationem, quia, inquit, hæc accidere potuissent, etiam si non voluntate creditoris vendidisset, scilicet venditio resolvi potuisset mutuo consensu, vel ratione aliqua juris absoluto venditore: vel potuit res à venditore retineri præstita emptori licis æstimatione, etiamsi non voluntate creditoris vendidisset. Voluntas ergo creditoris non fecit, ut hæc acciderent. Ergo nihil ei obesse debet, quo minus cum hæc accidunt jus pignoris saluum habeat. Et in extremo Paulus ostendit, eandem rationem servari in creditore voluntate debitoris, id est, ex pacto vendente pignus; nam ut debitor vendente pignus voluntate creditoris superioribus casibus, jus pignoris creditori servatur incolume, aut restituitur, ita creditore vendente voluntate debitoris, si venditio effectum non habuerit, si mutuo consensu resoluta fuerit, si redhibita res creditori fuerit ob vitium, aut morbum latentem eum, cui eam vendidit, jus domini ad debitorem revertitur, non ad creditorem, quamvis à creditore translatum sit in emptorem: creditor ipse dominium præstat emptori, quod tamen non habuit, *l. non est novum, de acquir. rer. dom.* Et tamen dominium ad eum non redit rescissa venditione, sed ad debitorem, cujus etiam voluntate creditor id alienasse intelligitur. Et ita quicumque rem alienam vendit domini voluntate, dominium transfert in emptorem, nec tamen resoluta venditione dominium ad eum redit, vel (ut loquitur Paulus) ab emptore jus ejus non recipit (quod idem est) nempe dominium ad eum, qui vendidit non redit, sed ad priorem dominum, cujus voluntate alienatio facta est. Et hæc est sententia Pauli in hac *l. cui ex eodem j. b. conjungenda est l. 21. de jur. fisc.*

Ad L. XXI. de Jure fisci. Titius, qui mihi sub pignoribus pecuniam debebat, cum esset fisci debitor solvit mihi quæ debebat. Postea fiscus jure suo usus, abstulit mihi pecuniam: quærebatur an liberata essent pignora? Marcellus recte existimabat: si id, quod solutum mihi est, fiscus abstulit, non competere pignorum liberationem. Neque differentiam admittendam esse existimo interesse putantium, id ipsum, quod solutum est, an tantundem repetatur.

Hæc lex, ut ea, quæ præcessit, ostendit, restitui pignus in pristinam causam, quod liberatum erat facta venditione voluntate creditoris, si venditio resoluta fuerit: ita ostendit pignus liberatum solutione pecuniæ restitui in pristinam causam, si solutio revocata fuerit: ut si fiscus, cui idem debitor obligatus erat jure sui privilegii, quia inter omnes creditores fiscus privilegium prælationis habet: si inquam, fiscus solutam alii creditori pecuniam abstulerit, quod sibi priori solvi deberet, hoc casu ostendit restitui pignoris obligationem, ut & obligationem principalem, & obligationem fidejussoris, si & fidejussor intercesserit, *l. 18. §. ult. l. 20. eod. tit.* Et nihil interesse ait, utrum id ipsum, quod solutum est, an tantundem fiscus revocaverit, *arg. l. 7. de condit. indeb. l. pen. de præsc. verbis.*

Ad L. LXXXIV. de Reg. juris. Cum amplius solutum sit, quam debeat, cujus pars non invenitur, quæ repeti possit, totum esse indebitum intelligitur, manente pristina obligatione.

Ad §. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

Et rursus hic est conjungenda *lex 84. de reg. jur.* quæ etiam ostendit, pristinam obligationem restitui, aut remanere, quæ solutione sublata videbatur, si solutio revocata fuerit per conditionem indebiti, ut in specie *l. si Tom. II. Post.*

A non fortem, §. si centum, de cond. indeb. Debitor 100. per errorem solvit amplius quam deberet, quia solvit fundum dignum centum quinquaginta. Quæ vero pars fundi indebita soluta sit, ut ea repetatur, non invenitur. Itaque ut definitur in *d. l. 84.* melius est totum fundum quasi indebitum repeti, ipso jure restituta, sive manente pristina obligatione. Quod sequitur in ea lege: *is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus,* conjungendum est cum eo, quod idem Paulus scripsit eodem lib. in *l. Julius, de cond. indeb.* quæ jam à nobis exposita est, verum debitorem judicio accepto male absolutum, natura debitorem manere: quia res judicata non perimit naturalem obligationem: ut scilicet Paulus natura debitorem esse interpretetur eum, qui jure gentium debet, id est, æquitate, & ratione naturali, etiam si jure civili non debeat, quia res judicata extinxit civilem obligationem, ut *l. Stichum, §. naturalis, de solut. & l. indebitam, & l. si id quod, de cond. indeb.*

Ad L. XXV. de Probat. & præsc. Cum de indebitum queritur, quis probare debet, non fuisse debitum, res ita temperanda est, ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem, vel pecuniam indebitam hoc negaverit, & ipse, qui dedit legitimis probationibus solutionem adprobaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes præstandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas: præsumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, & indebitas effundat, & maxime, si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, & studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est, in aliquo facili errasse. Et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantie causam indebitum ab eo solutum. Et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

Ad §. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, vel agricultor, & forensium rerum expertus, vel alias simplicitate gaudens, & desidia deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, & debitas ei fuisse solutas: & si non ostenderit, eas redhibere.

Ad §. Sed hæc ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat. Sin autem pro parte, queritur, quod pars pecuniæ solutæ debita non est: vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus, errore ejus, pecunias dependit, ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel jam solutam pecuniam, per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens projecit pecuniam, secundum generalem regulam, qua eos, qui opponendas esse exceptiones affirmant, vel solvisse debita contendunt, hæc ostendere exigit.

Ad §. In omnibus autem visionibus, quas præposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipso pro calumnia jurante, ut judex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, jure referenda religionis ei servando.

Ad §. Sed hæc ubi de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebiti exposita esse dicatur, & indiscrete loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suæ confessioni: nisi evidentiis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese hæc indebite promississe.

Inscriptio vindicat hanc legem Paulo, & sane cum lib. 3. quæstionum Paulus scripserit de conditione indebiti,

ti, ut patet ex l. 21. *de condic. indeb.* & l. 84. *de reg. jur.* potuit etiam in eo libro de quaestione hujus legis tractare, quæ est ejusmodi. Quum agitur de conditione indebiti, cui incumbat onus probandi debitum esse, vel non esse, utrum actori se solvisse rem, vel pecuniam indebitam, an reo se accepisse debitam: Et rursus si non res, vel pecunia soluta sit, sed promissa, utrum stipulator probare debeat, se debitam sibi rem, vel pecuniam in cautionem deduxisse; an reus se promississe indebitam? Potuit, & sane verisimile est lib. 3. de hac quaestione tractasse Paulum. Cæterum eorum loco, quæ de ea quaestione Paulus scripserat, Tribonianus nobis longe alia supposuit, vel cum à Pauli sententia diversus abiret, vel cum rem accommodaret ad usum fori, qui obtinebat ætate Justiniani. Nam phrasis, quæ Tribonianus amica est, & familiare genus dicendi, verba partim humilia, & inepta, partim ex Græco idiotismo traducta satis produunt in hac l. quantumvis proluxa (& proluxitas id prodit etiam) nullum esse Pauli verbum, omnia esse Triboniani: ut quum prudentem, & attentum patremfam. vocat studiosum, ut Græci *σπουδαίον*, & cum pro docere, & probare mavult dicere, ostendere, ut Græci *δειξέω*, vel *δεικνύω*. & quum illo loco *s. pen. in omnibus visionibus, quas præposuimus*, visiones appellat species, quæ etiam sic dicuntur ab antiquo verbo specire, id est, videre: quum, inquam, visiones vocat species, vel casus antea propositos, quibus modo actori, modo reo incumbit onus probandi, quum agitur conditione indebiti, vel themata, ut in Basilicis, *ἢ πάντων τῶν ἐρημίων δεμάτων, quia themata in scolis*, ut Quintilianus ait, *in conspectu quodammodo collocantur*. Denique sunt visiones. Verbum visionum inolevit ætate Justiniani ex Græco idiotismo, ut patet ex lege 2. *quæ est Just. s. si quis autem, C. de vet. jure enucl.* illo loco, *visiones expostæ veterum*. Hoc est themata, & propota veterum, & ubicunque hæc vox reperitur in Digestis (reperitur autem aliquoties) sane à manu Triboniani est, maxime in l. *si fidejussor, s. in omnibus, mand.* ubi eadem sunt verba, quæ in hac l. in omnibus visionibus, quæ propositæ sunt. Item, quum juramentum dicit pro eo, quod juris auctores semper jusjurandum, quasi Jovis jurandum, ut Ennius & Nævius loquuntur. Item quum cautionem concipere indiscrete dicit, id est, non expressa causa debiti, *ἢ διαβρίχτους, ἢ ἀσφύς*: ut idem Just. in l. *si quis ad declinandam, s. ubi autem indiscrete, C. de episc. & cler.* Et quum in fine legis dicit, *nisi*, pro *si non* Græcorum more *ἄλλ' ἢ μὴ*, ut re- & glossa ibi notavit, *nisi*, non facere exceptionem, sed alium constituere, vel ponere casum. Et quum etiam ibidem cautionem vocat *confessionem*, ut Græci *ἑμολογίαν*. Hujus rei etiam argumentum est, quod & in hac lege, vel interprete Dorotheo notatur monachi conditio, illo loco, vel alias *simplicitate gaudens, & desidia deditus*: *ἢ ἀπερξία χαίρων ἢ ἡδονῆς ἐκδέδμενος*, ut & in lege quidam 26. *de decurionib.* Ignaviæ sectatores, id est, monachi: quibus verbis significatur eos esse amatores simplicitatis, & imperitiæ rerum, atque etiam simul desidiæ. Ad quaestione autem hoc loco propositam ex sententia Justiniani, aut potius Triboniani distinguendum est: Aut agitur conditione indebiti soluti, aut conditione indebiti promissi. Hæc est conditio incerti, id est, conditio cautionis, stipulationis obligationis, quia ejus rei nullum corpus exstat, quod cerni possit. Certum enim dicitur à cernendo. Certa igitur ea res non est, sed jus est incorporale, cautio, stipulatio, obligatio, & contra liberatio. Illa autem, quæ dicitur conditio indebiti soluti, est conditio certi, nempe rei certæ, vel quantitatis solutæ. Et de hac quidem conditione indebiti soluti primum dicemus satis multa, deinde paucula de conditione indebiti promissi. Et ita distinguamus ex sententia Triboniani, aut Justiniani, qui probavit omnia, quæ patravit Tribonianus. Aut agente aliquo conditione indebiti soluti, reus negat omnino se quicquam accepisse, sibi rem cum actore ullam unquam fuisse, vel forte visum à se eum hominem ante fuisse nunquam, & deinde convincitur jure proditis probationibus, actore probante, se ei pecuniam dedisse, numerasse, solvisse, inter quas probationes etiam esse jusjurandum, si deferatur, ostendit *s. ult.*

bujus legis, quod nescio tamen, cur glossa negaverit ex l. *eam, qui, sup. de jurejur.* quæ nihil ad eam rem pertinet. Hoc vero casu, quum reus negavit se quicquam accepisse, & actore probante convictus est, amittit præsumptionem, quæ pro illo faciebat, quia nemo præsumebatur ei solvisse indebitum, & actor exoneratur necessitate probandi se solvisse indebitum, & in mendacii poenam, cujus convictus est, transfertur probandi necessitas in reum, ut probet, se debitum accepisse, si condemnari nolit. Quod etiam belle confirmat l. *ult. sup. de rei vindic.* Unde colligitur, ab actore probata intentione sua, & cognitis jam reo probationibus actoris, non prohiberi reum de alio jure suo docere, vel aliarum defensionum suarum probationes exequi, ut l. *9. C. de except. l. empt. C. de præsc. long. temp.* Nec quicquam oblat Nov. *9. de test.* qua coercetur tantum multiplex, & varia testium productio, nempe, ut non possit alios producere, qui sæpius produxit, quique ad extremum declaravit se alios non habere, quos producere velit. Hoc enim casu non admittitur nova productio testium, quia renuntiavit ampliori productioni, & satis se testium produxisse dixit. Et hæc de priori membro superioris distinctionis. Sequitur alterum. Aut ab initio fatetur reus se accepisse, negat autem indebitum fuisse id, quod accepit: & hoc sane casu onus probandi incumbit actori, ut probet, se per errorem indebitum solvisse, quia non præsumitur homo sanus indebitum solvisse. Et ubi præsumptio adversus aliquem facit, ut plurimum ab eo contraria probatio exigitur, ab adversario nulla, pro quo facit præsumptio legis generaliter, *s. si petitum, de fideic. liber. l. ult. in princ. de eo, quod met. causa.* Nemo sanus, & sui compos præsumitur indebitum solvisse, videlicet si sit prudens & diligens paterfam. non præsumitur projicere quod suum est, neque errare in re sua, ideoque ei incumbit probatio indebiti soluti, puta se dolo malo, & falsa persuasione adversarii deceptum ei solvisse, vel per ignorantiam facti probabilem aliquam, quam probationem si non impleverit, reus absolvitur, pro quo præsumptio justa facit. Hoc, ut dixi, si diligens fuerit, & attentus ad rem is, qui agit conditione indebiti. Nam ut subjicit, si pupillus sit, vel etiam minor 25. annis, vel miles, vel rusticus, vel alius simplicitate gaudens, & desidiæ deditus, id est, monachus, ut ait Dorotheus, qui quidem monachi plerunque forensium rerum ignari sunt, quibusque pupillis scilicet, & minoribus, & aliis jus ignorare permissum est, & solutum etiam per errorem juris repetere possunt, l. *pen. inf. de jur. & fact. ignor.* hoc, inquam, credibilis est solvisse indebitum, si facilius præsumuntur solvisse indebitum, ideoque onus probandi nullum eis incumbit, sed incumbit reo tantum, adversus quem præsumptio facit, ut scilicet probet, se debitum accepisse, ac proinde conditioni locum non esse, aut reddat quod accepit deficiente probatione. Et hoc in his personis ita obtinet, si omne id, quod solverunt, condicant. Aliud enim dicendum est, si amplius quam deberent, se solvisse dicant, atque ita fateantur se debuisse partem. Nam hoc casu præsumptio pro eis non facit, & probare debent qui fatentur partem alteram esse indebitam, atque ita se plus debito solvisse. Idem onus eisdem personis incumbit, si dicant se jam pridem solvisse eam pecuniam, ergo se debuisse olim, qui denuo solverunt, prioris solutionis obliti: vel si dicant se solvisse per oblivionem, omissa exceptione perpetua, veluti pacti, aut jurisjurandi, qua se tueri poterant, quia generalis regula est, eum, qui debiti solutionem, vel qui exceptionem aliquam allegat, si ve sit actor, si ve reus (nam & reus in exceptione actor est) eam probare debere, l. *2. l. in exceptionibus, hoc tit. ei, qui affirmat, probatio incumbit, inquit l. 2. adde si sit actor, si ve reus.* Et quod ait hoc loco his casibus, quum condicet partem ejus, quod solvis, vel quum allegat, se per oblivionem omisisse exceptionem, aut se jam ante solvisse: quum ait, inquam, his casibus ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, & cæt. Illud omnimodo, in quo laborant glossæ, rectissime Basilica sic interpretantur, *qualiscunque sit is, qui solvit, id est, si ve prudens paterfam. si ve parvus ætate, si ve mulier, si ve miles, aut rusticus,*

cus, aut simplicitatis amator. Et Dorotheus apertius καὶ ἄν ὁ εὐρὸς ἐστὶν, &c. id est, etiam si is, qui solvit sit ex iis personis, quas paulo ante relevavimus onere probandi. His distinctionibus expositis, diversisque casibus, subjicitur, in omnibus iis visionibus, & casibus ei, cui incumbit probatio, si inopia probationum laboret, licere adversario jusjurandum deferre super ea re, qua de agitur, ut vel adversarius juret, vel referat jusjurandum, juxta *l. manifesta, sup. de jurejur.* sed ita tamen, ut priusquam deferat adversario jusjurandum, ipse juret de calumnia: si hoc exigatur, puta se non calumniandi animo, aut vexandi adversarii causa ei deferre conditionem jurisjurandi, juxta legem 34. §. qui jusjurandum, & *l. 37. sup. de jurejur. & l. 1. §. pen. rer. amot.* Alioqui si hoc non præcederet, actio ei denegatur, & pro eo habetur, atque si adversarius jurasset, aut si ipse jusjurandum adversario remisisset: & ex hoc loco notandum post jusjurandum sequi sententiam judicis: cum ait, ut iudex juramenti fidem sequutus, ita suam sententiam possit formare, quod etiam ostendit *l. nam postea, §. si damnatur, sup. de jurejur.* Aliquando tamen sententia præcedit jusjurandum, ut quum iudex sententia dicta jurare præcipit, & si juratum erit, vel non erit, quid fieri velit, etiam decernit, ut in *l. pen. C. de reb. cred. l. cum iudex, C. de sentent. & interloc. om. jud.* Ultima pars hujus *l.* est de conditione indebiti promissi, & in cautionem scriptam redacti, circa quam ita distinguit: Aut cautio indiferece loquitur, id est, non exprimit causam debiti, & hoc casu reus, qui convenitur conditione indebiti promissi, probare debet sibi deberi quod cautione continetur, in qua reticuit causam debiti: Aut actor in cautione expressit causam debiti, puta se debere centum ex causa mutui, vel ex causa depositi, & tunc, vel per errorem indebitum promississe, quoniam scripto præsumitur contineri debitum, quod in eo sit expressa causa. Probare, inquam, id debet alio quodam scripto, non testibus: Nam scriptum non recte refellitur testibus, sed alio quodam scripto opus est, *l. 3. C. si minor se maj. dix. l. 1. quæ est Græca, & l. testium, in fine, C. de test. l. generaliter, C. de non num. pec. l. pen. C. de contrah. stipulat.* Et ad hæc nonnihil etiam pertinet Novel. 136. de argentariorum contractibus.

Ad L. CXXVI. de Verb. oblig. Si ita stipulatus fuero, si Titius Consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes? post triennium conditione existente triginta peti poterunt.

Ad §. Titius à Mævio fundum detracto usufructu stipulatus est, & ab eodem ejusdem fundi usufructum. Dux sunt stipulationes; & minus est in eo usufructu, quem per se quis promissit, quam in eo, qui proprietatem comitatur. Denique si ille usufructum dederit, eumque stipulator non utendo amisserit; tradendo postea fundum detracto usufructu liberabitur: non idem contingit ei, qui fundum pleno jure promissit; & usufructum dedit: deinde amisso eo, proprietatem sine usufructu tradidit. Ille liberatus est dando usufructum: hic nulla parte obligationis exoneratur, nisi pleno jure fundum effecerit stipulatoris.

Ad §. Chryfogonus Flavii Candidi servus actor scripsit coram subscribente, & assignante domino meo, accepisse eum à Julio Zosa rem agente Julii Quintiliani absentis mutua denaria mille, quæ dari Quintiliano, heredive ejus, ad quem ea res pertinebit, Calendis Novembribus, quæ proxima sunt futura: stipulatus est Zosa libertus, & rem agens Quintiliani: spondit Candidus dominus meus, sub die superscripta, si satis eo nomine factum non erit: tunc quo post solvetur, usurarum nomine denarios octo præstari, stipulatus est Julius Zosa: spondit Flavius Candidus dominus meus: subscripsit & dominus. Respondi. Per liberam personam, quæ neque juri nostro subiecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret, vel suam, vel nostram, ut nobis solveretur: obligatio nobis pecuniæ creditæ acquireretur. Sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inuile est, ut nec ad solutionem proficiat adjectio absentis, cui principaliter obligatio quæ-

Tom. II. Post.

rebasur. Superest, quæramus, an ex numeratione 11, qui contraxit pecuniam creditam petere possit? nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum: plane si præcedat numeratio, sequatur stipulatio: non est dicendum recessum à naturali obligatione. Sequens stipulatio, in qua sine adjectione nominis usuras stipulatus est, non eodem vitio laborat: neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui & sortem, videri. Ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum, & cogitur eam patrono cedere. Plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oriatur, inspicienda sunt: raro inesse tempus, vel conditionem ex eo, quod agi apparebit, intelligendum est: nunquam personam nisi expressa sit.

Ad §. Si ita stipulatus fuero, se sisti, & nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione, prior manet utilis, & perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.

IN principio legis proponitur quæstio de stipulatione ita concepta: si Titius Consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes? spondeo. An valeat? & ideo post triennium impleta conditione, & Titio facto Consule, an præteriti temporis habita ratione, triginta peti possunt? Qua de re merito dubitari Africanus scribit in *l. 64. sup. hoc tit.* Dubitandi materia hæc est, quia hæc stipulatio præpostere concepta videtur propter illa verba, tum, vel tunc ex hac die. Quæ quidem hoc significare videntur, ut si Titius consul factus fuerit, ex hac die dena præstentur in annos singulos. Quo genere datio, live præstatio conditione, & obligatione prior est, quæ debet esse posterior, quia hoc agitur, vel agi videtur, ut hodie præstentur dena: si quandoque postea Titius Consul factus fuerit; hoc est præpostere: ergo vitiosum: nam παράδορον vitiat stipulationem. Et ita semper obtinuit ante Justinianum. Stipulatio ex strictis formulis constat: ergo ex rite conceptis tantum. Non est autem rite concepta, quæ præpostera est, quæ dationem præfert obligationi. At recte Paulus, & Africanus definiunt, alium esse sensum, & plane carentem vitio illorum verborum, tunc ex hac die: nempe, ut tunc, quum Titius consul factus fuerit, quum extiterit conditio, dena præstentur in annos singulos ex die interpositæ stipulationis, qua in re nihil est præpostere. Præstatio enim pecuniæ confertur in tempus existentis conditionis, non pendentis; & hoc agitur, ut existente conditione, verbi gratia, post biennium, aut triennium, non præterito tempore, sed tunc demum, cum conditio extiterit, præteriti temporis pensiones præstentur, non præterito tempore, sed præteriti temporis. Itaque post triennium existente conditione, statim 30. debentur, & peti possunt conditione certi. Et ita in *l. lecta, §. ult. de reb. cred.* Paulus docuit, valere stipulationem ita conceptam: si Calend. Junii mille mihi non solveris, tunc ex hac die promissis dena pænæ nomine in menses singulos: quæ usura est centesima. Et ei nihil adversari legem cum quidam, de usur. satis ostendi ad African. & non ita dudum ad *d. l. lecta*: & ob eam rem aperte videtur initium hujus legis posse conjungi cum extremo *d. l. lecta*. Observa autem hoc loco Glossam non intelligere quid sit dena: nam dena, & decem idem esse arbitratur, idem δὲνα & δὲνα δὲνα. Et quod pejus est, proprie dena esse 20. nesciens latinos dena, quina, sena, & his similia dicere, facientes ea dispartitiva, quæ Græci vocant ἀπιμερίζονα, & naturaliter, sive generaliter plurativa semper esse.

Ad §. Titius. Sequitur alia quæstio in §. 1. Sciendum est, fundi, vel ædium, vel rei cujusque appellatione plenam proprietatem significari. Ideoque eum, qui fundum promittit, aut legat, plenam proprietatem promittere, aut legare, nec liberari dando proprietatem sine usufructu, *l. eum, qui stipulatur, §. si à te, sup. h. l. 26. l. cum filius, §. dominus, de leg. 2. l. si tibi, de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* Et qui dicit, fundum suum esse, hoc dicit, dominum se fundi esse pleno jure, vel se fundi plenam, & solidam proprietatem ha-

bere. Et hoc quidem quantum ad verborum significatio-
nem attinet. Ex sententia enim loquentis, vel scribentis,
hic sermo, *fundum suum esse*, ut in rei vindicatione, transfer-
ri potest ad proprietatem solam, sive dominium, *l. recte di-*
cimus, de verb. signific. Proprietas, & dominium idem est, aut
si quid inter ea est, hoc tantum unum ab altero distat, quo
genus à specie: nam domini nomen latius patet: cum &
dominium usufructus, & dominium possessionis dicatur:
dominium proprietatis, sive proprietas est species. Verum
alia est proprietates nuda, si usufructus ab ea separatus, &
alienus sit. Alia est proprietates plena, si ab ea usufructus
separatus non sit. Et similiter usufructus alias meus est ju-
re proprietatis, si plena proprietates ad me pertineat: alias
meus est jure servitutis, si nuda proprietates alterius sit, *l. si*
cum testamento, §. pen. de except. rei jud. Hunc usufructum,
qui meus est jure servitutis rei discernendæ gratia, B
interpretes non inepte vocarunt *formalem* usufructum: il-
lum *causalem*, à Philosophis mutuati hæc vocabula. Formalis
est servitus, quam fundus, vel alia, quæ res personæ
debet, ut etiam si dominus non sit, ea re uti, & frui possit,
tanquam is, qui plenum dominium habet viri boni arbi-
tratu. Causalis autem est jus, quod comitatur proprietatem
plenam. Ille proprie usufructus est, qui est servitus perso-
nalis, *l. cum in fundo, de jur. dot.* Hic qui comitatur pro-
prietatem, proprie usufructus non est, sed emolumentum
rei, commodum omne rei. Ille item vindicari potest actio-
ne confessoria, si paret fundi illius, cujus proprietates aliena
est, usufructum meum esse. Hic autem, qui cohæret pro-
prietati, eadem actione vindicari non potest. Negatoria
tamen actione de eo experiri licet, negando eum esse se-
paratum à proprietate, *l. uti frui, sup. si usufr. pes. & d. l.*
si cum test. §. pen. Præterea, ut & hoc loco Paulus ait, minus
est in formali usufructu, qui servitus est, quam in causali.
recte: nam formalis non est cum proprietate, causalis est
cum proprietate. Et formalis amittitur non utendo consti-
tuto tempore, quo tamen modo causalis non amittitur:
nam non amittis plenam proprietatem, si ea re non utaris,
quam possides. Et notandum hoc loco, hunc tantum mo-
dum amittendi usufructus notari à Paulo, puta non uten-
do, quo modo causalis non amittitur, ut dixi, nam aliis mo-
dis, veluti capitis deminutione, aut morte, aut in jure ces-
sione, aut rei mutatione: quibus formalis amittitur, amit-
titur etiam causalis, id est, plena proprietates. Docet autem
Paulus in hoc §. multum interesse, una quis stipulatione
fundum pleno jure, vel fundum simpliciter, quod tantum
potest, quantum fundum pleno jure, stipulanti promittit, D
an vero duabus stipulationibus, una fundum detracto usu-
fructu, altera usufructum ejusdem fundi. Hoc enim ca-
su, si promissor stipulanti cesserit usufructum, quod po-
test, licet eum proprie non habeat potest, servam facere rem
suam usufructus jure, *l. quod nostrum, de usufr.* tamen si sti-
pulator usufructum amiserit non utendo, isque redierit
confessum ad proprietatem, ut solet semper amissus, vel fini-
tus usufructus statim recurrere ad proprietatem, ut ele-
ganter Græci *ἀντὶ τῆς ἀναρῆς ἀναρῆσαι πρὸς τὴν δεσποτικὴν*, id
est, *semper usufructus recurrat ad proprietatem*: hoc, inquam,
casu ex posterior stipulatione promissor liberatus est, quia
semel cessit usufructum: nec obstat, quod postea amissus
sit non utendo: ex posteriori stipulatione dando usufructum
liberatus est, ex priori autem obligatus manet, ut
scilicet præstet proprietatem nudam, quam si præstiterit E
ab utraque stipulatione liberatus est: Illo autem casu, qui
una stipulatione promittit fundum pleno jure, & usufructum
cessit stipulanti, qui postea eum amittit, nulla ex parte
liberatus est, sed adhuc in solidum obligatus manet, &
peti ab eo fundus potest, id est, ut fundum stipulatoris fa-
ciat pleno jure. Et rursus non liberatur omnino, si nunc
præstet proprietatem nudam, sed ea præstita, adhuc ab eo
peti usufructus potest, *d. l. eum, qui, §. si à te, hoc tit. &*
d. l. Marcius, §. pen. de leg. 2. usufructus, inquam, præstita
proprietate adhuc ab eo peti potest, non fundus, quia sti-
pulator fundum habet totum, quantum ad proprietatem
pertinet: si quid fundi proprietati deesset, fundus peti pos-
set, *l. etiam, de solut. l. hujusmodi, §. ædes, de leg. 1.* At pro-

prietati, quæ tradita est, si per se spectetur, nihil deest: usufructus enim, quem promissor retinuit, pars fundi, vel pro-
prietatis non est, sed species servitutis, quia quasi servitu-
tis jure eum retinuit, *d. l. Marcius, §. pen. & l. recte, de verb.*
sign. Si esset pars fundi, cesso usufructu promissor liberare-
tur pro parte, & proprietates tantum nuda remaneret in
obligatione, etiam amisso usufructu, *l. 9. §. ult. de solut.* At
non nuda, sed plena proprietates remanet in obligatione, &
peti potest, quasi nec parte ulla fundi præstita, & præstita
servitute usufructus, quæ non erat in obligatione, videlicet
si usufructus amissus sit: nam (quod notandum) si
usufructum adhuc habeat stipulator, solius, ut arbitror,
proprietatis petitio competit, qua præstita, usufructus sti-
pulatoris esse desinit jure servitutis, & ex nova causa ejus
esse incipit jure proprietatis: formalis sit causalis, *d. l. si*
cum testamento, §. pen. Denique cedendo usufructum for-
malem separatam à proprietate, si is postea amissus sit, ni-
hil ejus rei promissor solvisse intelligitur, quam promissit,
& debuit. Ergo integra est totius ejus rei, aut plena rei
petitio. Tradendo autem fundum detracto usufructu, fa-
ne eam ipsam proprietatem, quam debuit solvit, & ideo
petitio ejus nulla superest, sed petitio usufructus tantum,
ut proprietati rei jam ante traditæ consolidetur, id est, ut
nuda proprietates fiat solida, & plena.

AD §. Chryfogonus. In hoc §. proponitur cautio hujusmo-
di: Chryfogonus servus actor rerum domini sui scrip-
sit instrumento cautionis nomine domini, eodemque domi-
no præsentem, & instrumento subscribente, & subscribente:
scripsit, inquam, dominum suum à liberto quodam gerente
rem patroni absentis, accepisse mutua denaria mille, ea scilicet
adnumerante liberto suo nomine, ita ponendum est, vel
quod tantundem valet: simpliciter sine adjectione nominis,
denique ea denaria mille adnumerante liberto, suo nomine,
non nomine patroni: ac deinde stipulante liberto scripsit
eodem instrumento dominum suum promississe, se eam pec-
uniam patrono ejus soluturum, atque ita scripsit libertum
pecuniam credidisse suo nomine. Patrono autem, heredive
ejus, eive, ad quem ea res pertinebit (sic legendum) sti-
pulum libertum eam pecuniam reddi Calendis proximis:
Itemque si ea pecunia Calendis proximis patrono non sol-
veretur, tunc ex eo die eundem libertum, non patrono,
sed simpliciter nullius nomine expresso stipulum usura-
rum nomine menstrua denaria octo, quæ usura dextante
minor est, una tertia parte denarii: dextans enim integra
redderet menstrua denaria octo, & unam tertiam partem
unius denarii. Duæ igitur sunt interpositæ stipulationes, ut
in *l. centum Capua, de eo, quod certo loco*, una sortis facta pa-
trono nominatim, puta ut fors solveretur patrono Calen-
dis futuris, altera usurarum non facta patrono, vel sibi, sed
simpliciter, & ἀνεστραφει. Et hæc omnia, quæ ita scripsit
Chryfogonus, dominus ejus scripsisse, cavisse, promississe
intelligitur, quoniam interfuit, atque subscripsit, & signa-
vit servi chirographum. Ex quo, si actio est, non est dubium
ea dominum directo conveniri posse, quia ipse promississe
intelligitur. Sed malebant plerunque domini per suos ser-
vos contrahere, & se obligationi subijcere. At dubitatur
an patrono absentem actio ex stipulatione liberti adquisita
sit. Et recte ponit, patronum fuisse absentem, ut in simili
specie *l. 3. C. de contrah. stip. & l. 3. C. de inut. stip.* nam si
præsentem fuisset patronus, cum libertus ei stipulabatur, ipse
stipulatus videretur, eique daretur utilis actio, *l. si procura-*
tori, hoc tit. l. si dictum, §. si præsentem, de evict. At quia patro-
nus fuit absens, liber homo, qualis fuit libertus, inutiliter
ei stipulatus est, quia per liberum hominem, qui non est in
nostra potestate, ut filiusfam. nec nobis bona fide servit, nul-
la obligatio nobis, vel actio adquiri potest, *l. solutum, §. per*
liberam, sup. de pig. act. l. 1. C. per quas pers. nob. adq. obl.
Quæ jam nobis competere cepit obligatio, vel actio, reti-
neri quidem potest per liberum hominem, veluti per pro-
curatorem, *l. per procuratorem, de procur.* vel per libertum
inlitorum, ut in *l. uli. de inst. act.* Potest, inquam, retineri
per liberum hominem, & conservari nobis, & præparari:
imo & perpetuari facto ejus, vel produci, & prorogari, ut
in

in *l. si quis solutio*, §. *ult. de usur.* Breviter, quæ nobis jam A competit actio, per liberam personam nobis conservari potest, & melior quoque efficitur per liberam personam. At quæ nobis nondum competit actio, non potest nobis adquiri per liberum hominem, conventionem facta nostro nomine. Unus tantum casus excipitur, quo jure singulari receptum est, ut per liberum hominem nobis adquiratur obligatio, ut si suam, vel nostram pecuniam mutuo det nostro nomine, id est, ea lege, ut nobis debeat, nobisque solvatur: obligatio & conditio ex mutuo nobis adquiritur, *l. certi*, §. *si nummos, de reb. cred. l. 2. C. per quas pers. nob. adq. oblig.* itemque ex promutuo, ut in *l. 6. C. de cond. indeb.* Hoc jure singulari utilitatis causa receptum est, propter crebrum & necessarium creditæ pecuniæ usum, sicut & alia pleraque, *l. singularia, de rebus cred.* At in specie proposita neque ex numeratione, id est, neque ex mutuo, per libertum patrono adquiritur obligatio creditæ pecuniæ, quia libertus eam non creditur patroni nomine, sed suo nomine. Non adquiritur etiam patrono per libertum actio ex stipulatione, quia alteri liber homo stipulatur inutiliter, adeo ut nec sibi, nec alteri ulla quæretur actio, nec alteri quoque, cui liber homo stipulatus est, solvatur recte, tanquam adjecto solutionis gratia. Ergo nec patrono hoc casu, cui libertus stipulatus est sortem reddi, fors solveretur recte, quia id agebatur (licet ageretur frustra) ut patrono acquireretur principalis obligatio. Et cum adjicitur aliquis solutionis gratia, semper alius est adjectus solutionis gratia, alius is, in cujus persona consistit principalis obligatio: ut si stipuler mihi, aut Titio, ego sum principalis, cui obligatio quæritur: Titius adiectus est solutionis, non obligationis gratia: unus idemque non potest esse principalis creditor, & adjectus solutionis gratia, sicut nec unus idemque potest esse principalis debitor & fidejussor, vel quæ alia accessio, *l. beres, §. servo, de solut.* Ergo ex stipulatione sortis facta patrono, neque agere patronus potest, neque etiam ei solvi potest pecunia, quæ in eam stipulationem deducta est, quia nec habetur pro adjecto solutionis gratia, quia id non agebatur, ut esset adjectus, sed ut esset principalis creditor. Hæc omnia sunt certissima. At hoc potissimum quæritur in hac *l.* an saltem libertus, qui suo nomine credidit pecuniam, habeat actionem creditæ pecuniæ. Dubitationem movet, quod numerationi pecuniæ mutuatiæ subiecta ex continenti stipulatione ita agatur, ut non ex mutuo, vel ex numeratione nascatur actio, sed ex stipulatione tantum, id est, ut unus contractus sit, puta stipulatio, non duo, mutuum, & stipulatio, *l. 6. §. ult. & l. 7. de novat.* Et ita quidem (quod etiam hic proponit Paul.) se res habet omnino, si utilis fuerit stipulatio, quæ numerationi, sive credito subiecta est incontinenti. At in specie proposita inutilis stipulatio est, quia libertus patrono, vel liber homo quilibet alteri stipulatur inutiliter, ideoque stipulatio pro non facta habetur, nec subiecta inutili stipulatione videtur libertus recessisse ab obligatione creditæ pecuniæ, quam contraxit utiliter suo nomine, ut *l. certi, §. quoniam, de reb. cred. l. 3. C. de contrab. stipul.* non videtur, inquam, libertus recessisse ab obligatione naturali, id est, ab obligatione reali creditæ & pernumeratæ pecuniæ: mutui enim obligatio contrahitur re, id est, numeratione naturali, ut solet etiam scribi in instrumentis, naturalem dationem intervenisse. Itaque libertus, qui suo nomine credidit, quia stipulatio inutilis est facta patrono detracta ea stipulatione, salva manet pristina actio, id est, conditio ex numeratione, sive suam pecuniam crediderit, conditio certi, quæ ex mutuo competit, sive pecuniam patroni crediderit conditio incerti, si pecunia extat, id est, conditio possessionis, quæ res incerta est, *l. indebiti, §. sed etsi nummos, de condit. indeb.* vel si jam consumpta sit pecunia conditio certi, quia consumptio conciliat (ut dicunt vulgo) & confirmat mutuum, quod ab initio non valuit, quia pecunia non est facta accipientis. Conditio igitur ex consumptione potius (per quam convalescit mutuum) quam numeratione competit, *l. nam etsi fur, de reb. cred.* Sic igitur concludamus: quum nulla est conditio ex stipulatione, quæ numerationi subiecta est, quod sit inutilis, manet conditio ex numeratio-

ne, quæ est utilis, nec per inutilem contractum ab utili recessum videtur, quandoquidem non aliter ab utili, qui præcedit, recedi videtur, quam si valeat, qui sequitur. Atqui non valet: ergo salva manet obligatio ex primo contractu. Et hoc est quod ait hoc loco, plane si præcedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione, &c. ubi illo loco sequatur stipulatio, *ἐλλοτῆς*, id est, *deficit suprascripta*, ut sit hic sensus: Si præcedat numeratio, ut in hac specie, sequatur stipulatio suprascripta, quæ inutiliter facta est patrono, non est dicendum recessum videri a naturali obligatione mutue pecuniæ. Et hæc de obligatione sortis. Restat alia quæstio de obligatione usurarum, quæ per stipulationem contracta est simpliciter, sine adiectione nominis, nempe hoc modo: *si Caendis proximo mense fors patrono non solvatur, tunc eo amplius, quo post solvetur, usurarum nomine in menses singulos denaria octo præstari: præstari*. Hæc stipulatio utilis est, quia non est stipulatus patrono nominatim, quod si fecisset, & hæc quoque stipulatio inutilis foret. Denique stipulatio usurarum non laborat eo vitio, quo laborat stipulatio sortis, quia non potest dici libertum patrono stipulatum usuras videri, cui & sortem stipulatus est. Quod tamen quis tentare posset, ut qui stipulatus est sortem patrono nominatim, si deinde simpliciter stipuletur usuras, videatur etiam patrono stipulatus usuras. Sed, ut ait, maligna est hæc interpretatio, & in dubiis (qua de re sunt multæ regulæ) ea accipi interpretatio debet, quæ benignior est, quæ vitium nullum inducit, quæ facit, ut valeat quod agitur, non pereat. Hæc igitur interpretatio si admittatur, etiam inutilis erit stipulatio usurarum. Ergo benignius est interpretari, libertum sibi stipulatum usuras. Itaque stipulatio usurarum in liberti persona valet, eique conditio usurarum ex stipulatione competit, sed patrono eam actionem cedere cogitur actione mandati scilicet, vel negotiorum gestorum. Cur ita? quia gerendo negotia patroni, ita rem contraxit. Proinde debet & cedere ei conditionem sortis ex numeratione, & conditionem usurarum ex posteriori stipulatione. Prior irrita est per omnia, posterior manet. Et præterea ut magis probet, libertum non intelligi stipulatum usuras patrono, qui eas stipulatus est simpliciter, & *αἰσχρολόγως*, id ita confirmat. In stipulationibus verba inspicienda esse, quia ex verbis oritur obligatio verborum, etiam si agatur sine re nudis verbis. At verba si inspicias stipulationis posterioris non invenies libertum patrono stipulatum usuras nominatim. Ergo nec intelligitur eas patrono stipulatus esse. Nec mutat (quod & ait Paulus in extremo hujus §.) quod raro, sive interdum etiam sine stipulatione quædam in stipulationibus inesse intelliguntur, licet verbis expressa non sint, veluti dies & conditio, *l. interdum, hoc tit. l. 4. §. ult. de pact.* aut locus, quo quid fieri debet, aut genus, vel quantitas, quam reddi oportet, ut in *l. triticum, & l. seq. hoc tit.* hæc subintelliguntur, quum de jis apparet actum fuisse inter contrahentes. Et etiam in stipulationibus, vel aliis strictis contractibus id, quod agi intelligitur, pro cauto & expresso habetur, *l. cum quid, de reb. cred.* cum scilicet id non vitiat contractum, sed corroborat vel explanat. At persona alterius, quam contrahentis, cujus adiectio vitiat contractum, sive stipulationem, nunquam intelligitur, nisi expressa sit, *l. Titia, §. 1. inf. hoc tit.* Vitium non intelligitur, nisi expressum sit, quia sani homines nihil vitiose & inutiliter agere præsumuntur. Cum his omnibus, quæ definiuntur circa quæstionem propositam, quæ in disquisitionem veniebant, cohæret omnino quod additur in extremo hujus legis; si stipuler te fisti in judicio, & nisi steteris, hippocentaurum dari, *l. 97. hoc tit.* quæ tractat eandem speciem. Si igitur stipuler te fisti in judicio, & nisi steteris, hippocentaurum dari, chimæram dari, tragelaphum, sed solent Jurisconsulti uti hippocentauri nomine & exemplo, pro re, quæ non est in rerum natura, & quam præstare impossibile est, ut Stoici quoque apud Diogenem in Zenone, & Sceptici apud Empiricum, & Galenus quoque *4. de diff. pulsuum*. Cæterum ita interposita stipulatione, si judicio non stares, hippocentaurum dari, detracta stipulatione posteriore, quæ inutilis est, relinquitur

quitur prior te fisti, quæ est utilis. Nec utilis vitatur per inutilem: quod est frequentissimum in jure, ut utile per inutile non vitetur. Hoc, inquam, coheret cum superioribus, quia in superiori specie utilis numeratio non vitatur per stipulationem inutilem. Ac præterea posterior stipulatio usurarum, quæ est utilis, non vitatur per priorem stipulationem fortis, quæ est inutilis, & ait, detracta secunda stipulatione, prior manet utilis, ut sublata etiam dixit *l. pen. de cond. ob turp. caus.* sublata proxima causa, pristina superest. Et eodem genere loquendi in *l. cum is*, §. *pen. de cond. indeb.* sublata falsa opinione, hoc est detracta, relinquatur pietatis causa. Et nihil est præterea in hac lege.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. IV. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXVI. de Leg. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur.

Ad L. XXVII. cod. Ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, & semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, & ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt.

AIT, non esse novum, quod lex prox. quæ sequitur, ait, esse usitatum, & semper inesse legibus prioribus, ut ad eas quoque personas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erunt, & comprehenditur posterioribus quibusdam legibus. Unde intelligi possit, quid sit priores leges trahi ad posteriores: aut cujus rei gratia priores leges trahantur ad posteriores; certe ut quod cavetur prioribus legibus certis de rebus, certisve personis id jungatur, & commisceatur posterioribus legibus, quæ iisdem de rebus, aut similibus, iisdemve personis, aut similibus latæ sunt, quasi scilicet priores leges pertineant etiam ad posteriores. Et è contrario in altera lege, quæ sequitur, quæ est ex eodem Paulo, ait, sæpe etiam evenire, ut posteriores leges pertineant, & trahantur ad priores. Si quæsieris in glossa, vel interpretibus idonea exempla ad hanc leg. 26. vel ad illam 27. frustra fueris diligens. Ego ad hanc legem velim vos primum sumere exemplum ex lege 2. §. *ult. de noxal. act.* Dux sunt leges de noxalibus actionibus, quæ ex delictis servorum adversus dominos instituuntur. Prior & antiquior est lex 12. tab. *si servus furtum faxit, noxamve nocuerit.* Posterior est lex Aquilia, *l. pen. inf. si famil. furt. sec. dic. §. sunt autem, Infit. de noxal. act.* Hæ duæ leges consentiunt inter se, si insciente domino servus furtum fecerit, aut damnum injuria dedit, ut scilicet dominus servi nomine teneatur noxali actione, puta ut noxæ servum dedat, si nolit subire, & præstare æstimationem litis. Altero autem casu hæ duæ leges inter se discrepare videntur, puta si servus sciente, & non prohibente, aut jubente domino furtum fecerit, noxamve nocuerit, nam lex 12. tabul. servi nomine dominum teneri ait actione noxali, nec adjicit dominum teneri suo nomine: dicit tantum dominum teneri servi nomine noxali actione, quia servus hac in re domino obtemperare non debuit. Lex autem Aquilia ait, eo casu dominum suo nomine teneri in solidum, quasi tacite excusato servo, qui domino paruit, cum esset alioqui periturus. Unde videtur existere ἀντινομία quædam. Nam lex 12. tab. eo casu servi nomine tantum dat in dominum noxalem actionem. Lex Aquilia hanc non dat, sed dat tantum in dominum suo nomine actionem in solidum. Verum ex Juliano in *d. l. 2. de noxal. act.* ea antinomia componitur tracta lege antiquiore ad posteriorem, tracta *l. 12. tab. ad legem Aquiliam*: vel (quod idem est) conjuncta lege priore posteriori atque commixta, quæ optima est ratio tollendarum antinomiarum, nempe conjunctis duabus legibus, quæ inter se pugnare videntur, ita scilicet, ut dicamus cum lege Aquilia

agitur, quæ sola hodie viget, de damno injuria dato eo casu, non tantum dominum teneri suo nomine in solidum, ut lege Aquilia cavetur, sed etiam ut cavetur lege 12. tab. servi nomine noxali judicio, quod & probatur in *l. 4. §. cum dominus, de nox. act.* Et hoc est, quod ex Juliano ait *d. l. 2. si servus furtum faxit, noxamve nocuit*, id est, hanc leg. 12. tab. ad posteriores etiam leges pertinere (quo verbo pertinere, in hanc rem etiam utitur lex proxima, quæ sequitur) Pertinere igitur etiam ad leg. Aquil. & ibidem Basilica, ἐν τῶν προγεκεστέρων νόμων οἱ μεταγενέστεροι κανονίζονται: id est, posteriores leges à prioribus formant, & regulam accipiunt. Et nominatim Græcus interpretis, τὸν νομοθέτην, τὸν δωδεκάδελτον ἔλαβεν εἰς τὴν Ακρίλιαν: id est, Jurisconsultum, quod est scriptum in 12. tabul. trahere ad leg. Aquiliam. Hinc vero apparet hac Pauli sententia nos uti, quum inter se duæ leges discrepare videntur, nec tamen sunt contrariæ ipso jure, ut ait Quint. qui ita loqui didicit à nostris quum existit ἐναντιοφανές, non quum sunt revera contrariæ: tunc enim alia non trahitur ad aliam, sed prævalet ea, quæ posterior est, posterior vincit priorem, *l. ult. tit. seq. &* (ut ait Nov. Valentiniani & Marciani de matrimoniis Senatorum) quæcunque lex est posterior tempore, validior est sanctione. Longe igitur alia ratio, quam fieri soleat in hypothecis, sive in conventionibus pignoratitiis, quæ pro lege habentur, in quibus prior hypotheca, sive conventio pignoratitia posteriore potentior est semper, superior potentior inferiore, antiquior juniore: nam his omnibus appellationibus varie juris nostri auctores utuntur. At in legibus publicis posterior, & gravior, & potentior est. Et recte lex 1. §. *si servus, de quæstion.* si torqueantur servi quasi sceleris participes, & in quæstione de domino aliquid confiteantur, ex rescripto quodam Trajani confessione servorum gravatur opinio domini: sed ut subjicit, ab eo rescripto recessum esse ostendunt posteriores leges, quæ graviores sunt, & validiores. Titus Livius 9. ubi, inquit, *sunt duæ leges contrariæ, semper antiquam abrogat nova.* Sumatur autem ad hanc legem aliud quoque exemplum ex *l. quoties lex, de obligat. & act.* de arboribus furtim succisis, & duæ sunt leges: lex 12. tabular. & lex Aquilia, *l. pen. arbor. fur. cas.* quia, etsi lex Aquilia in aliis causis dampni injuria dati derogavit legi 12. tabul. *l. 1. ad leg. Aquil.* non derogavit tamen in hac causa cæsarum arborum alienarum. Itaque hac de re lex antiquior (quæ est lex 12. tabul.) facile trahitur ad posteriorem legem Aquiliam, ita ut, quamvis lex Aquilia ex ea causa ob cæsas arbores alienas obligationem, & actionem novam introducat, quia nominatim non cavet, ut ea sola actione utamur, sed licet nobis eo nomine etiam veteri actione uti ex 12. tabul. Et ita est conjungenda *d. l. quoties* cum *d. l. pen. arbor. fur. cas.* quæ ambæ sunt ex eodem lib. Quemadmodum autem leges priores interdum trahuntur ad posteriores, si contrariæ non sint (ut docui) ita & posteriores trahuntur nonnunquam, & sæpenumero ad priores, ut ait lex 28. inscripta ad leg. Juliam, & Papiam. Utamur ergo hoc exemplo: Leges Julia, & Papia de caducis, quæ leges novæ dicuntur in *l. ult. inf. de reg. Caton.* trahuntur ad jus antiquum, quod obtinuit ante has leges, quodque post eas læges, & ex iisdem legibus conservatur liberis, & parentibus testatoris usque ad tertium gradum, auctore Ulpiano *lib. reg. tit. 28. & Justiniano in l. un. §. & cum lex, C. de caduc. toll. eis*, inquam, servatur jus antiquum, puta ut iis heredibus institutis, quæ relicta in testamento mortuo testatore aliqua ex causa deficiunt, non fiant caduca, non recidunt in fiscum, sed remaneant apud heredes scriptos, sive institutos, qui sunt ex liberis, vel parentibus usque ad tertium gradum, ut scilicet, remaneant apud eos ea legè, & conditione, qua & exteris relicta caduca fiunt, puta cum suo onere, ut cum onere præstandi legati, aut fideicommissi, ad hunc modum tractis posterioribus legibus ad jus antiquum, *l. pater, §. ult. conjuncta l. si Titio, §. 1. de leg. 2.* Aliud exemplum est ex lege Gallus, §. *& quid si tantum, & §. quid si, qui filium, de liber. & post.* Dux sunt leges de postumis heredibus instituendis, vel exheredandis, qui sui heredes nobis futuri sunt. Una est lex 12. tabul. quæ jus antiquum vocatur in *d. l. Gallus*, de iis, qui post mortem

tem testatoris nascuntur. Altera est lex Julia Velleja de iis, A qui post testamentum vivo testatore nascuntur. Et ad jus quidem antiquum accommodata est formula Galli Aquilii, qua nepos ex filio instituitur, qui nasciturus est, & instituitur in casum mortis filii, non etiam in casum deportationis, vel emancipationis filii. At lege Velleja nepos ex filio, qui nascitur vivo testatore, instituitur fere in omnem casum. Et hoc est, quod ait d. §. quid si qui filium, legem Vellejam multos casus rumpendi testamenti abluisset. Et exemplum quidem hujus legis, quæ posterior est, trahitur ad jus antiquum, ita scilicet, ut instituto postumo nepote ex filio, omnes casus rumpendi testamenti institutione comprehendi possint, sive vivo testatore maritur filius, sive deportetur, sive emancipetur, deinde post mortem testatoris nascatur nepos, & hoc est aliud exemplum. Verum addit Paulus in d. l. 27. eundem modum, B quem & nos adjecimus huic legi, nisi contrariæ sint inter se priores, & posteriores, id est, si non-contrariæ sint, ut in l. 2. C. si mancip. ita ven. ne prohiat. Et contra quoque si non, pro nisi, in l. si eum, in fine, si quis cautionib. jud. sist. l. liber, in fine, ad leg. Aquiliam, more Græcorum, qui Et μὴ, &c. dicunt pro nisi. Nisi igitur, inquit, sint contrariæ: nam si sint contrariæ, posteriores leges sunt fortiores. Et ita quia primo capite lex Julia de Adulter. plane derogat prioribus legibus pluribus, ut Paulus scribit libro singulari de adulteris apud Licinium Rufinum, ideo neque lex Julia trahitur ad priores, neque priores ad legem Juliam.

Ad Leg. XXXVI. de Neg. gest. Si liber homo, bona fide mihi serviens, mutuam pecuniam sumpserit: eamque in rem meam verterit: qua actione id, quod in rem nostram verit, reddere debeam, videndum est. Non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gessit, sed negotiorum gestorum actio danda est: qua desinit competere, si creditori ejus soluta sit.

Liber homo, qui mihi bona fide serviebat, cum rem meam ageret, mutuam pecuniam sumpsit suo nomine, eamque vertit in rem meam. Quæritur, cognita conditione sua, si vindicaverit se in libertatem, qua actione eam pecuniam ei reddere debeam, quam ipse debet creditori? neque enim teneri eo nomine videor contraria actione negotiorum gestorum, quamvis eam verterit in negotia mea, quia non quasi amici, ut procurator voluntarius, qui & amicus voluntarius dicitur à Cicer. pro Cæcinnâ, cui competit actio neg. gest. non, inquam, quasi amici, sed quasi domini negotia gessit, non sua sponte omnino, sed quali ex necessitate servili? Ideoque videbatur ei non esse danda actio negotiorum gestorum. At nihilominus Paulus censet dandam & in me esse actionem negotiorum gestorum, si non directam, utilem (ut recte Odofredus sentit hoc loco) qua scilicet eam pecuniam recipiat, cujus nomine obligatus est creditori, si eam ego creditori, à quo mutuatus est, non solvi. Nam si eam creditori solvi ultro, vel agent in me de in rem verso, libero homini in me nulla competit actio, cum mea opera à creditore ipso jure liberatus sit, l. solvendo, inf. hoc tit. l. solvere, inf. de solut. Atque ideo nihil ejus amplius interest, eam pecuniam ei à me reddi, cum obligatione creditæ pecuniæ eum ipse liberaverim. Et hanc Pauli sententiam confirmat lex 3. §. pen. & lex 5. §. si quis quasi servus, hoc tit. Et valde placet in hanc rem ratio, quam affert lex 19. §. si libero, hoc tit. quia & gerendi negotii mei ille affectum habuit, & is fuit, cui ego obligari potui, & vicissim ipse mihi fuit, nempe liber homo. Amici sunt quidem plerumque nostri, qui ultro nobis absentibus, aut ignorantibus ad negotia nostra accedunt, eaque utiliter, & fideliter administrant, l. libero, §. pen. hoc tit. Sed non est necesse, ut hæc actio nascatur ultro citroque, eos, qui gerunt negotia nostra amicitia duci ad ea gerenda, satis est, si alio quocunque affectu ducantur. At sicut solvendo creditori, à quo liber homo bona fide mihi serviens pecuniam mutuatus est, hunc liberum hominem à creditore ipso jure liberari constat, quæritur, an & ego à libero homine, cui teneor negotiorum gestorum solvendo cre-

ditori ipso jure liberatus sim? Et ita sentire Paulus videtur: nam actionem negot. gestor. ait competere desinere, si creditori ejus pecuniam solvi. Desinere competere actionem plane est ipso jure peremptam esse actionem solutione. Verum oblat l. si opera, de doli mali, & met. except. quæ eum, qui creditori creditoris sui solvit, creditore suo ratum non habente, ait per except. doli mali liberari, opposita scilicet compensatione agenti creditori suo, per exceptionem doli, non ipso jure. In hac autem specie liber homo est creditor meus, quia ei teneor actione neg. gest. creditor autem ejus est is, à quo pecuniam mutuam sumpsit, quam vertit in rem meam. Huic ergo creditori ejus, si creditam pecuniam solvam, non liberor ipso jure à creditore meo, sed per exceptionem doli mali, scilicet, si agat negotiorum gestorum pensando, sive reputando, quod pro eo solvi creditori ejus. Quæstio igitur hæc est, quæ frequens est, & quotidiana, utrum qui solvit creditori creditoris sui ipso jure liberetur à creditore suo, an per exceptionem doli mali, vel an aliquo casu nullo modo liberetur? Qua in re breviter ita distinguendum est: Aut nulla mihi fuit causa solvendi creditori creditoris mei, quia ei non eram obligatus, nec res ulla mea ei erat obligata, sed malui ei solvere, quam creditori meo; & hoc casu ipso jure non liberor statim à creditore meo, nisi ratum habeat, quia potuit ejus interesse pecuniam non solvi creditori suo, ut in l. cum pecuniam, inf. hoc tit. Nec omnino igitur recte solvo creditori tuo, te nec mandante, nec ratum habente, quod tibi debeo. Cur enim non tibi potius solvo? Videor quodammodo invidere tibi pecuniam debitam, & in ea re non bona fide versari. Si tamen bene, & utiliter res cesserit in rem tuam, nec tua interfuerit pecuniam solvi creditori tuo, æquum est liberari me à te per exceptionem doli mali, usque ad concurrentem quantitatem, vel etiam hodie ipso jure, quod addi velim ad l. si opera, quia quæ in strictis iudiciis ex constitutione Divi Marci inducebatur compensatio per exceptionem doli mali, §. in bonæ fidei, Inst. de act. l. 78. de hered. inst. l. 22. ad leg. Falciid. & ut placuit Jurisconsultis omnibus, hodie inducitur ipso jure, l. posteaquam, inf. de compens. l. ult. C. eod. tit. l. inter, de adm. tut. Et omnino ita est, nulla alia ex causa, quam ex causa compensationis exceptio doli mali inest strictis iudiciis, bonæ fidei iudiciis inest ex omni causa, nec opponi eam, vel allegari necesse est: inest potestate iudicii. Strictis autem iudiciis doli exceptio non inest, nisi ex causa compensationis. At si interfuerit creditoris mei pecuniam, quam ei debebam, non solvi creditori suo, hoc casu puto me ab eo nullo modo liberari, nec ipso jure, nec per exceptionem. Et hunc esse sensum legis invito, C. de solut. dum ait, invito, vel etiam ignorante creditore, si alii solvatur, puta creditori creditoris, solventem non liberari ab obligatione: adde, & quidem nullo modo liberari, si interfuerit creditoris sui pecuniam alii non solvi, sed tibi. Et hæc quidem de priori membro hujus legis. Sequitur aliud membrum. Primum fuit de eo, cui nulla fuit causa solvendi creditori creditoris sui. Secundum est de eo, cui fuit causa solvendi creditori creditoris sui, ut in specie hujus legis fuit mihi causa solvendi creditori creditoris mei, quia ex eadem causa ei tenebar actione de in rem verso, ut glossa notat recte ex l. i. §. ult. de pec. non recte ex l. cum, qui in fine, C. quod cum eo, qui in alien. possess. est, quæ non loquitur de libero homine, qui nobis bona fide serviebat, quo de agimus, nec de actione de in rem verso. Itaque nihil ad eam rem facit. Et hoc quidem casu recte solvi creditori creditoris mei, quia ei obligatus eram, & una solutione tam creditorem meum, quam me ipsum à communi creditore, & me rursus à creditore meo ipso jure liberavi. Una solutio dissolvit tres obligationes. Idem evenit in specie legis solutum, §. solutam, de pign. act. Species hæc est: Si domum tibi à domino locatam tu mihi relocasti, quod jure permittitur certa mercede, qua ex causa frivola, & vasa quæcumque mea in eam domum induxi, intuli, importavi, invexi, tacite mercedis nomine, non tantum tibi locatori meo, sed etiam locatori tuo pignoratæ sunt, ut in d. §. solutam. Et ideo si mercedem locatori tuo solvero, non tibi recte solvi, quia frivola mea ei quoque pignorata erant,

erant , atque ita iusta mihi fuit causa ei solvendi . Proinde A
quia recte solvi , consequens est , me à te recte liberari , at-
que adeo me posse experiri adversus te pignoratia actio-
ne de pign. recuperandis , de frivolis investis illatis in
eam domum recuperandis , te autem liberari à locatore tuo
pari pecunia . Et hæc distinctio summe notanda est .

Ad L. X. de Eo , quod certo loco . Si post moram factam ,
quo minus Capuæ solveretur , cum arbitraria vellet agere ,
fidejussor acceptus sit ejus actionis nomine : videamus ne ea
pecunia , quæ ex sententia judicis accedere potest , non de-
beat , nec sit in obligatione , adeo ut nunc quoque sorte
soluta , vel si Capuæ petatur , arbitrium judicis cesset : nisi
si quis dicat , si iudex centum , & viginti condemnare de-
buerit , centum solutus ex universitate , tam ex sorte , quam
ex pœna solutum videri , ut supersit petitio ejus , quod ex-
cedit sortem : & accedat pœna pro eadem quantitate , quod
non puto admittendum : tanto magis , quod creditor accipien-
do pecuniam , etiam remisisse pœnam videtur .

Sciendum est , debitorem , qui certo loco veluti Capuæ,
centum stipulanti promisit , non posse alio loco , puta
Romæ solvere , invito stipulatore , aut invitum stipulato-
rem non cogi accipere centum , quæ Romæ offeruntur , aut
non accipientem minime culpam , l. 2. §. idem Julianus , l.
pen. hoc tit. Volenti creditori certum est , debitorem alio lo-
co posse solvere , l. continuus , §. cum ita , de verb. oblig. Sci-
endum etiam est , eum debitorem non posse alio loco , quam
quo dari promisit , conveniri pure , & simpliciter , nulla facta
mentionem loci , quo dari debuit , puta nulla facta mentione
Capuæ : alioquin actor plus peteret loco , & in periculum
veniret amittendæ litis , sive rei suæ . At facta mentione Ca-
puæ , potest Romæ , vel alio loco conveniri , hoc modo , si
pares te mihi centum Capuæ dare oportere . Quoniam hoc
genere non supprimit locum , non aufert reo , vel actori uti-
litem loci , sive non impedit , quin iudex habeat rationem
loci , quo dari debuit . Et hæc actio est prætoriana auctore
Theophilo in §. loco , de act. non autem civilis , sive utilis ex
stipulatu , vel ex alio negotio stricti juris , l. 1. b. tit. & proprio
nomine arbitraria appellatur , quia in ea arbitrio judicis , qui
huic actioni addictus est , permittitur , ut æstimet ex bono , &
æquo quanti inter sit rei , vel actoris Capuæ pecuniam dari ,
l. 2. in princ. & §. ult. b. tit. l. ult. C. ubi conven. qui cert.
loc. dare promissus : ut , inquam , æstimet , quanti inter sit rei
Capuæ potius dari centum , quam alibi , videlicet , si per acto-
ram mora fuerit , quo minus Capuæ oblatam pecuniam ac-
ciperet , & eo deducto in reliquum condemnatio fit . Ergo
minoris pecuniæ condemnatio fit , ut si rei inter sit in 20.
condemnatio fit in octoginta tantum , vel etiam , ut æsti-
met quanti actoris inter sit Capuæ potius dari , quam Ro-
mæ , vel alio loco , quam in quo dari stipulatus est : videl. si
per reum mora fuerit , quo minus Capuæ solveret centum ,
& eo amplius condemnatio fit , majoris pecuniæ igitur .
Nam & in centum reus condemnatur , quæ sunt in obliga-
tione , & in quantum actoris interest Capuæ dari , ut in hac
l. & l. centum Capuæ , hoc tit. id est , sorti , quæ est centum ex
sententia judicis , hoc casu accedit æstimatio ejus quod inte-
rest . Hoc præmissis , finge : post moram rei , qui mihi pro-
miserat se centum daturum Capuæ , cum vellem Romæ cum
eo agere actione arbitraria , is ut eam actionem paulisper
differret , ejus actionis nomine mihi fidejussorem dedit , ejus
actionis nomine , id est , in omnem causam arbitrariæ actio-
nis . Queritur utrum fidejussor obligetur tantum in for-
tem , id est , in centum , an etiam in id , quod ratione ejus
quod interest actoris ex sententia , & arbitrio judicis acce-
dere potuit , vel potest ? Et verius est fidejussorem obligari
tantum in centum , quia fidejussor accessio , & sequela est
principalis obligationis . In obligatione autem principali
sunt centum tantum , non etiam id quod huic summæ acce-
dere potuit arbitrio judicis convento reo , vel convento fi-
dejussore , qui rei locum obtinet , & actione arbitraria simi-
liter , atque reus , conveniri potest , ut ait lex centum , quia
mora rei & fidejussori nocet , l. mora , de verb. obligat. l. si
quis solutioni , §. 1. de usur. l. quero , loc. Aliud vero est aliquid

esse in obligatione , aliud venire , aut præstari posse arbitrio ,
sive officio judicis , d. l. quero , d. l. centum , & l. qui per col-
lusionem , §. ult. de act. emp. l. deducta , in princ. ad Trebell.
Illud debetur , quod scilicet est in obligatione : hoc proprie
non debetur , antequam iudex arbitratus fuerit , in cuius
potestate est de eo , si velit , nihil arbitrari , aut decernere .
Denique illud est certum , & finitum obligatione , hoc au-
tem est arbitrium , & incertum . Denique quod arbitrio
judicis sorti accedere potest , & adjungi sorti , non est in
obligatione principali , ergo nec in fidejussoria , quia fi-
dejussoris non potest durior esse conditio , quam rei principa-
lis . Nec mutat , quod reus jam fecerit moram in sorte sol-
venda Capuæ : nam mora rei , neque rei , neque fidejussor-
is ejus obligationem auget , id est , quod moram reus fe-
cerit , non ideo in plus obligatur reus , vel fidejussor : sed si
conveniri in plus , damnari potest arbitrio judicis propter
moram rei , quæ utique semper utrique nocet . Effe-
ctus hujus legis sententiæ hic est , quia si postea creditor à
reo , vel fidejussore Capuæ petat , quod loco dari debuit ,
sortem duntaxat petere potest , pura actione , sine adjectio-
ne loci , cum non petat alio loco , quam quo dari debet .
Alterum dico , sortem duntaxat petere potest pura actione ,
d. §. loco , Instit. de act. non etiam petere potest id , quod ejus
interfuit pecuniam Capuæ maturius sibi dari , quodque
si egisset alibi arbitraria actione , officio judicis à reo , vel
fidejussore , quem eligisset , consequi potuisset , quia id
eiam , si debitor moram fecit , neque debetur pura , & di-
recta actione , quæ sola institui potest Capuæ , neque est in
obligatione , l. 4. in princ. b. tit. Et simili modo post moram
quoque debitoris quocumque loco sorte soluta à reo , vel
fidejussore ejus volenti creditori : quo genere tollitur omnis
obligatio , nullum superest officium , nullum arbitrium ju-
dicis , quia nec ulla superest obligatio , cui accedere , aut
subservire possit . Denique nullus actioni arbitrariæ locus
superest , quia creditor petendo Capuæ , vel accipiendo for-
tem eodem , vel alio loco , tacita conventionem videtur remi-
sisse debitori pœnam , id est , utilitatis suæ æstimationem ,
sive id , quod arbitrio judicis accedere potuit , si alibi egis-
set actione arbitraria in reum , vel fidejussorem . Pœna dici-
tur in hac lege , quia moræ coercitio est : qua ratione , &
usura , quæ propter moram infligitur , pœna dicitur in l. le-
sta , de reb. cred. l. qui sine usuris , de neg. gest. l. 90. de verb.
oblig. Denique creditor nunc quoque , ut ait Paulus , id est ,
post moram debitoris , quod solum Glossa recte interpre-
tata est , petendo Capuæ , pura actione uti potest , vel alibi
sortem oblatam accipiendo videtur remisisse , & perdonasse
commodum arbitrariæ actionis . Et ita Paulo videtur
hoc loco , & Africano in d. l. centum , & Marcello in l. 2. §.
idem Julianus , hoc tit. Duos ergo lex ponit casus , quibus
creditor intelligitur remisisse pœnam , id est , id quod inte-
rest ratione loci : unum , si Capuæ sortem petat : alterum si
quoquo loco sortem solutam accipiat . Textus Basilicæ ad-
dit tertium casum , si alio loco agat arbitraria , & iudex ra-
tione ejus , quod interest non habita , reum damnet in for-
tem tantum . Primum ait , εἰ λάβῃτε κεφάλαιον , si acceperit for-
tem . Hic est primus casus . Deinde ἢ ἐναγάγη ὁ πρὸν καταβλη-
θῆναι συνέδοξεν , id est , vel ibi petatur , ubi solvi placuit : Hic
est secundus casus . Tertius est , ἢ εἰς μόνον τὸ κεφάλαιον ὁ ἐνα-
γόμενος καταδικασθῆναι , id est , vel si in sortem tantum reus con-
demnatus sit . Itaque auctores Basilicæ , quorum Pandectæ
erant integriorum , ut ex aliis locis ostendimus , videntur le-
gisse in hac lege hoc modo , adeo ut nunc quoque sorte
soluta , vel si Capuæ petatur , qui sunt duo casus . Præterea
videntur legisse , vel si in sortem duntaxat reus damnetur à
iudice additio arbitrariæ actioni , & sequitur , arbitrium ju-
dicis cesset , id est , ut his tribus casibus arbitrium judicis ces-
set . Recte : Nam & hoc casu tertio certum est petenti id ,
quod interest , obstare exceptionem rei judicatæ , ut fit in
bonæ fidei iudiciis , in quibus usuræ , quæ officio judicis
præstantur , non debentur ex obligatione , si sortis tantum-
modo facta sit condemnatio , earum usurarum petitio ces-
sat , aut sane petenti obstat exceptio rei judicatæ , l. 4. C.
depos. l. in bonæ fidei , C. de usur. (quia ut eleganter ait l. 4.
sicut & in hoc tit. l. centum) non sunt duæ obligationes ,
duæ

duæve actiones; una sortis, altera usurarum, sed una sortis tantum, cui tamen officio iudicis ex mora accedere possunt usuræ, vel si habeatur ratio loci, aut temporis, quo dari debuit, etiam æstimatio ejus, quod interest, ratione loci, vel temporis. Nam vis hujus actionis arbitrariæ, quæ aptata est iudiciis tantum strictis, ipso jure inest omnibus iudiciis bonæ fidei, l. 7. hoc tit. l. 5. in princ. commod. At quia in specie proposita una est obligatio solius sortis, post moram debitoris facta condemnatione in sortem tantum, cessat arbitrium iudicis, sive de usuris tractetur, quæ venire solent officio iudicis, sive tractetur de æstimatione, quod interest ratione loci, vel temporis, quæ officio iudicis committitur: Eademque prorsus ratio est sortis solutæ post moram: nam usuræ, quæ in bonæ fidei iudiciis officio iudicis accedere possunt, non debentur, neque peti possunt, l. qui per collusionem, §. ult. de arb. emp. Ac similiter, quum quid bonæ fidei iudicio certo loco dari oportet, soluta sorte post moram debitoris, arbitrium iudicis cessat, sicut in iudiciis strictis observandum esse Paulus docet hoc loco, improbata sententia illorum, qui post moram soluta sorte, existimabant superesse petitionem pœnæ, id est, ejus quod interest. In qua sententia fuit Julianus, & Ulpianus, d. l. 2. §. idem Julianus. Improbata etiam media sententia, quæ tamen erat probabilior, eriscundorum (sic vocantur à Servio, qui in dubiis quætionibus eligunt mediam viam) qui dicebant summam solutam post moram imputari pro rata debere tam forti, quam pœnæ, quæ arbitrio iudicis accedere potuit, ut si forti centum accedere potuerunt viginti, centum solutis, soluta ea summa videatur ex universitate, id est, tam ex sorte, quam ex pœnâ pro rata, & super sit petitio residuæ sortis, eique pro modo ejus accedat pœna officio iudicis. Quo loco in hac l. horum sententiam refert Paulus. Est modicum vitium ab interpunctionibus, quia post hæc verba, *centum solutis*, oportet desigere virgulam, non post illa, *centum solutis ex universitate*. Horum sententia, ut ait Paulus, sequenda non est, quamvis sequatur mediocritatem ratione supradicta, quia creditor accipiendo sortem, intelligitur omnino remisisse pœnam. Quod si hanc sententiam Paulus non admittit, quæ media est, & probabilior, multo minus admittit superiorem Ulpiani, & Juliani, quæ præcedit, sorte soluta, superesse integram petitionem ejus, quod interest. Quod Paulus destricte negat, quia solutione sortis sublata est omnis obligatio, & pœna non est in obligatione. Ac præterea sortem accipiendo, eam condonasse creditor intelligitur: quam rationem *lex centum* ostendit etiam servandam esse soluta parte sortis, eandem scilicet rationem servari soluta parte sortis, quæ servatur soluta tota sorte, quia & soluta parte, non totius sortis, sed partis tantum non solutæ quod interest arbitrio iudicis præstatur.

De erroribus Doctorum in hanc quætionem, & sententiam dixi satis abunde, de que re tota fusius ad Africanum in *L. centum*. Illinc assumens cætera, quæ ad hunc locum pertinent.

Ad Leg. XVIII. de Peculio. Cui consequens est, ut si Stichus peculium suum legatum sit, isque ex testamento agit: non aliter cogetur id quod vicarius ejus testatori debet, relinquere: nisi is, id est, vicarius peculium habeat.

Agitur hac l. de servis, qui vocantur ordinarii, & vicarii, & de peculio eorum. Quæstio subtilis. Servus ordinarius est majoris cujusdam actus servus, veluti dispensator, vel actor rerum domini, qui ponitur supra rationes, & plerunque sub se habet alium servum, qui vicarius ejus dicitur, vel plures alios servos vicarios, l. 12. sup. de instis. arb. Vicarius igitur est, quasi servus peculiaris servi ordinarii: sicut peculium ordinarii, in quo est vicarius, est quasi patrimonium ejus, ut dicitur *L. seq. l. 39. hoc tit. l. §. decem 2. de statulib. §. actiones, Insti. de arb.* quasi patrimonium, non vere patrimonium ejus, quia servus nihil in bonis proprium, vel in patrimonio habere potest. Quamobrem etiam peculium non possidet civiliter, *L. quod servus, l. poss. quoque, de adq. poss.* sed id quasi possidet; & non patrimo-

onium, ut dixi, sed quasi patrimonium habet, concedente domino. Et usque ad eum finem, dum id ei dominus ademerit, quod adimit, vel nuda voluntate, *L. statim, b. t.* Alioqui si peculium non intelligeretur esse in patrimonio servi, non posset à domino ei legari, vel donari. Nam res mea mihi legatur, & donatur frustra. Ergo interim, dum patitur dominus eum habere peculium, quidquid est in peculio, intelligitur esse non in dominio domini, sed quasi in dominio servi, puta servus vicarius intelligitur esse servus servi ordinarii, non domini, *l. suos, §. ult. de leg. 3. l. 16. de pec. leg.* Denique servus ordinarius intelligitur esse quodammodo dominus servi vicarii, & ita appellatur in *l. prox. sup.* quamvis revera uterque sit in ejusdem domini potestate, invicemque conservi sint, ut etiam in *l. sup.* vicarius dicitur conservus ordinarii, & illo loco Horatii:

Sive vicarius est, qui servo parat, uti mos Vestis, ait, seu conservus.

proinde sicut in Comædiis Plauti sæpe duo domini unius servi constituuntur, major & minor, id est, pater & filius. ita recte dices vicarium duos habere dominos majorem, & minorem: dominum, & dominulum, vel dominum, & quasi dominum. Ad hæc sciendum est, eum, qui est vicarius unius cujusdam servi ordinarii, posse alteri ordinarium esse, id est, vicarii vicarium esse posse: ergo & vicarium peculium habere posse. Nam servus vicarius nihil aliud est, quam servi servus peculiaris. Quod si vicarius servum in peculio habere potest, hoc est vicarium servum, & aliam igitur quamcunque rem, & generaliter peculium. At sicut vicarius ipse, ita vicarii vicarius, peculiumque omne tam suum, quam vicarii sui intelligitur esse in peculio primi servi ordinarii, ut ostendit lex superior, & *L. quæm Tuberonis, §. in peculio, b. tit. & l. pen. de pec. leg.* Ac proinde, qui agit adversus dominum de peculio ordinarii, videtur simul agere de peculio vicarii ejus: Nec amplius de peculio vicarii agere potest qui de peculio ordinarii egit semel, quia peculium vicarii est in peculio ordinarii: ex diverso peculium ordinarii non est in peculio vicarii: sicut patrimonium summi domini non est in peculio ordinarii. Et ideo, qui agit de peculio vicarii, non agit etiam de peculio ordinarii, vel postquam egit de peculio vicarii, non prohibetur agere de peculio ordinarii, quod proponitur initio legis seq. Sicut postquam dominus persecutus est peculium servi sui, non prohibetur postea persequi suum patrimonium, quoniam suum patrimonium non est in peculio servi sui. Et ita hæc in re multum interest de peculio ordinarii agatur in iudicio, an de peculio vicarii. Itemque in alia re interest multo magis. Certum enim est dominum ex persona servi ordinarii conventum actione de peculio, in primis deducere, & detrudere id quod sibi servus ordinarius debet naturaliter, quia civilis obligatio in servum non cadit, *l. nec servus, b. tit.* idque deducere tam ex peculio ordinarii, quam ex peculio vicarii. Nam & peculium vicarii est in peculio ordinarii: sicut peculium servi est etiam in patrimonio domini, & ordinarius vicario pro domino est, *l. prox. sup.* At ut ead. lex ostendit, non deducit tamen dominus conventus actione de peculio ex contractu ordinarii, ex peculio ordinarii: non deducit, inquam, quod sibi ordinarius debet, sed ex peculio vicarii tantum, & scortam. At quod sibi ordinarius debet, id sane deducit ex universitate, id est, ex peculio utriusque. Itemque id quod ordinarius debet conservo suo non vicario, id est, qui ei vicarius non est, id etiam dominus deducit ex peculio utriusque, quia id etiam sibi debere ordinarius intelligitur, quod conservo suo debet, *l. 9. §. 1. hoc tit.* Neque vero huic deductioni præponi ullum privilegium, ululve creditor privilegiarius potest, *l. 52. inf. hoc tit.* quia cæteros omnes servi creditores, etiam privilegiarios dominus prævenisse, & cum servo suo egisse, ac sibi debitum abstulisse creditor, *d. l. 9.* Et ideo hoc minus est in peculio servi, quod servus domino, vel conservo non vicario debet, quia nec verisimile est, dominum id concedere servo in peculium habere quod sibi, vel ei, quem habet in potestate debetur, *d. l. 9. §. præterea.* Hoc igitur deducto, quod superest, id solum peculium intelligitur, & ad modum finemque ejus dominus, qui ex contractu servi de peculio conveni-

tur, condemnatur. Dixi dominum ante omnia deducere id, A quod servus, ex cuius persona convenitur, conservo debet, si is conservus non sit vicarius ejus. Sane ita est: Nam si sit vicarius ejus, dominus conventus de peculio ordinarii non deducit quod ordinarius vicario debet, quamvis sit conservo debitum. Nam & vicarius conservus est. Et hoc ostenditur in §. cum autem, Inst. quod cum eo, qui in alien. pot. Et à Theophilo perelegans ratio redditur, jam ante vexata sæpe, quia servus vicarius est in peculio ordinarii, & in computatione peculii, quod ad servum ordinarium spectat, vicarius ejus suo pretio peculium ordinarii auget: si auget, non potest igitur id etiam minuere ob id, quod sibi ordinarius debet: Nam hæc sunt contraria, augere & minuere. Et duo contraria eodem momento ab eodem, in re eadem effici non possunt. Et eadem est ratio, qua utitur Ulp. in l. prox. sup. cum ait, ideo de peculio ordinarii non deduci quod ordinarius vicario debet, quia, inquit, peculium vicarii in peculio ordinarii est. Imperfecta est ratio, quæ sic absolvatur. In peculio autem vicarii est, quod ordinarius (qui quasi dominus est ei vicario) debet: sicut in peculio servi cuiusque est quod dominus ei debet, l. quam Tuberonis, §. ult. hoc tit. Denique id quod ordinarius vicario debet, est in peculio vicarii, ergo auget peculium vicarii, & consequenter auget peculium ordinarii. Rursus si auget peculium ordinarii, ergo minuere id etiam non potest, & consequenter deduci id à peculio ordinarii non potest. Nam omnis deductio minuit: aut si deducatur una manu (quod recte Accurs. ait) id mox altera manu reponetur in peculio ordinarii, quia auget peculium ordinarii, qua ratione etiam servo ordinario legato peculio cum libertate (aliocui esset inutile legatum) heres non posset deducere, quod ordinarius vicario debet, quodve aliudcunque in peculio vicarii est, l. id quod, de pecul. leg. Et hæc si dominus conveniatur de peculio servi ordinarii. Videamus nunc quid sit dicendum si dominus conveniatur de peculio vicarii? Et constat deduci quod vicarius debet domino, qui convenitur, quique dominus est major tam vicarii, quam ordinarii. Deduci etiam quod vicarius debet ordinario, qui minor ejus dominus est, quasi conservo debitum, ut in l. super. palam Ulpianus scribit. Excipiendus est tantum casus, quo locus est actioni tributorie, non de peculio, ut cum vicarius est negotiatus in mercede peculiari, ignorante majore domino, sciente minore, id est, ordinario servo, l. §. 1. de trib. act. Hinc existunt hæc differentie, quæ rem omnem finient, quibus amplius intelligemus multum interesse, utrum cum domino agatur de peculio ordinarii, an de peculio vicarii. Differentiæ hæc sunt. Si agatur de peculio ordinarii, dominus non deducit quod ordinarius vicario debet, quia id auget peculium vicarii. Ergo & peculium ordinarii, & si auget, non minuit. Igitur si non minuit, nec deductioni locus est, quia deductio, diminutio & detractio est. At si agatur de peculio vicarii, dominus deducit quod vicarius ordinario debet, quia id sane minuit peculium vicarii. Item est alia differentia: Si agatur de peculio ordinarii, dominus deducit ex peculio utriusque, quod sibi, vel conservo non vicario ordinarius debet. Sin autem agatur de peculio vicarii, dominus non deducit ex utriusque peculio, quod sibi vicarius debet: quia peculium ordinarii non est in peculio vicarii, sed id deducit tantum ex peculio vicarii, non ex peculio ordinarii. Quamobrem in hac lege dicitur, etiam peculio cum libertate legato ordinario servo, si ordinarius ex testamento petat legatum, heredem non deducere ex peculio ordinarii quod vicarius testatori debet, sed ex peculio vicarii tantum, vel si vicarius exspeculatus sit, id est, non habeat peculium, id cedit damno heredis, sicut cessisset damno etiam testatoris, quia id heres non potest deducere ex peculio ordinarii. Quæ sententia hujus legis confirmatur etiam l. de posui, §. Stichum, b. iii. & l. Stichus, de pecul. leg.

Ad L. LII. eod. Ex facto queritur, qui tutelam quasi liber administrabat, servus pronuntiatus est: an si conveniatur dominus ejus à pupillo (cujus quidem potiore causam, quam creditorum cæterorum servi habendam rescriptum est) an vel id deducatur ex peculio, quod domino debetur. Et si putaveris posse

deduci, an intersit, utrum; cum adhuc in libertate ageret, dominus debitor factus est, an postea; & an de peculio impuberi competat. Respondi: nullum privilegium præponi patri, vel domino potest, cum ex persona filii, vel servi de peculio conveniatur. Plane in cæteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum: Quid enim si filius dotem accepit, tutelam administraverit? merito igitur & in servo, qui pro tutore egit, id rescriptum est. Et quia occupantis melior solet esse conditio, quam cæterorum, inhibebitur actio. Plane si ex re pupilli nomina fecit, vel pecuniam in arca deposuit, datur ei vindicatio nummorum, & adversus debitores utilis actio, scilicet si nummos consumpserunt. Hic enim alienare eos non potuit. Quod & in quovis tutore dicendum est. Nec tamen interesse puo, quando domino debere cepit, utrum cum in libertatis possessione esset, an postea. Nam & si Titius servo credidero, ejusque dominus esse cepero, deducam quod prius credidi, si conveniri de peculio cepero. Quid ergo est? quia de peculio actio deficit, utilis actio in dominum, quasi tutela erit, ut quod ille pro patri monio habuit, peculium esse intelligatur.

Ad §. Si dos filiofamil. su. data, vel tutelam administraverit: habenda erit ratio privilegiorum in actione de peculio, dilata interim cæterorum creditorum actione, vel interposita cautione, si priores agant, qui privilegium non habent, restitutum iri quod acceperunt, si inseratur postea cum patre actio privilegii.

Hæc l. est de peculio, & in ea quaestio hujusmodi proponitur: Servus quidam cum haberetur, & se ageret pro libero, utereturque suo peculio tanquam patrimonio, non peculio, gessit etiam se pro tutore, ac pupilli cuiusdam tutelam, quod liberale tamen, non servile officium est, administravit: deinde in servitutem petitus, & servus pronuntiatus est. Queritur, si cum domino ejus pupillus agat tutelæ, vel potius protutelæ de peculio, an dominus, quasi potior pupillo, prior deducere possit, & detrudere quod sibi servus debet? Movet dubitationem privilegium exactio-nis, quod pupillus habet, sive agat tutelæ, sive protutelæ, l. dabimus, de reb. auct. jud. possid. l. ult. de tut. & rat. distrah. l. allam, de novat. l. ex plurib. de admin. tut. Et tamen Paulus ait, dominum pupillo esse potiore, & (quod amplius est) nullum privilegium posse præponi domino, neque tutelæ privilegium, neque fisci privilegium, ut opinor, neque dotis, ut est proditum evidentiter in l. si cum dotem, §. ult. sol. matr. Privilegium deductionis, quod domino competit cætera omnia privilegia supereminere. Privilegium deductionis dicitur in l. i. in princ. & l. §. in tributum, de tribut. act. & prærogativa deductionis, l. circa, de admin. tut. Prior ergo dominus deducet quod sibi servus debet. Idque verum est (ut docet) indistincte, id est, sive id ei servus debere ceperit, cum esset in possessione libertatis, sive postea: nam & dominus deducere potest quod sibi servus debere cepit, antequam veniret in suam potestatem, cum esset in potestate alterius, l. §. sed & creditor, hoc tit. Denique privilegium deductionis, quod domino competit, omnimodo potentius est privilegio tutelæ, quamvis huic privilegio tutelæ conjuncta etiam sit tacita hypotheca in bonis tutoris, aut protutoris, l. pro officio, C. de admin. tut. l. unica, §. & ut plenius, C. de rei uxor. act. l. un. C. rem alien. ger. l. ult. de legit. tut. Privilegium, inquam, deductionis est potentius privilegio tutelæ, quamvis privilegio tutelæ juncta sit hypotheca omnium bonorum tutoris, & protutoris. Et alia est ratio l. §. qui tamen, sup. de tribut. act. quæ domino præfert creditores servi hypothecarios, quia (ut breve faciam) ea lex non est de actione de peculio, sed de actione tributoria, in qua cessat privilegium deductionis, & longe alio ordine ac jure res geritur & regitur, quam in actione de peculio. At deducto eo, quod domino debetur, ex eo, quod in peculio superest, pupillo satisfiet jure sui privilegii: si alii sint creditores, ante omnes, eisque omnibus pupillus præferetur, circa de peculio utilem protutelæ actionem. Dico utilem, quia ut Paulus ait, qui initio id in quaestionem duxerat, tandem concludit, & infert ex longiori disputatione sua, quæ præcedit, his verbis, quid ergo est. Summo & directo jure pupillo in dominum non competit actio de

de peculio, quia quo tempore servus tutelam administravit, in possessione libertatis fuit, & peculio quasi suo proprio patrimonio utebatur. Non igitur gessit tutelam, sed quasi liber. Verum ex rescripto Divi Severi, ut est proditum in *l. i. §. proinde, inf. de eo, qui pro tut. gessit.* in dominum ex hac causa pupillo datur, quasi tutelæ, sive protutelæ utilis actio de peculio: ut scilicet, quod ille servus pro patrimonio habuit, cum tutelam administraret, peculium esse intelligatur. Idque Severi rescriptum Paulus in hac *l.* proculdubio intelligit, illo loco, *merito igitur hoc in servo, qui pro tutore egit, id rescriptum est.* Proinde deducto eo, quod domino is servus debet, habebitur ratio pupilli agentis de peculio utili actione, & pupillus præferetur cæteris omnibus servi creditoribus. Et hoc est quod ait, *in cæteris creditoribus*, id est, post dominum, sive post privilegium deductionis, quod dominus exercuit conventus de peculio, tum demum absoluto scilicet, & adimpleto domino, in cæteris creditoribus haberi rationem privilegiorum, sicut fit, quum pater convenitur de peculio ex persona filii fam. Nam deducto in primis eo, quod patri filiusfam. debet naturaliter, inter cæteros creditores servatur privilegiorum ratio, & ex residuo peculio primitus satisfit mulieri, quæ nupsit filiofam. divortio facto dotem suam repetenti, aut primitus satisfit pupillo, si filiusfam. ejus tutelam gessit. Et hoc est, quod subjicit Paulus: *Quid enim si filius dotem accepit, tutelam administravit?* quæ oratio soluta accipienda est pro disjuncta, ut indicat *§. utim.* in quo ea verba plenius ab eodem explicantur. Itaque quoad mulieri dōs, aut pupillo tutela restituta sit, interim cæterorum creditorum, qui privilegium non habent actio differtur, sustinetur, inhibetur, ut Paulus loquitur, *pro inhibetur, male vulgo ante Florentinam legebatur, in id dabitur, pro inhibetur.* Et inhibetur actio cæterorum creditorum, qui privilegium non habent, quoad privilegiiis satisfactum sit. Qua ratione? ne alii creditores occupent agere, retinere & suum recipere? Quia hoc est certissimum, & præcipue notandum ex hac lege, inter plures creditores occupantis, vigilantioris, diligentiorisque meliorem esse conditionem, quam cæterorum, etiamsi cæteri privilegii sint, id est, melior est conditio ejus, qui jam suum recepit. Et hoc est potissimum, quod dicitur, *vigilantibus jus civile scriptum est, l. pupillus, inf. quæ in fraud. cred. l. summa, §. 1. hoc tit. l. 2. C. de ann. except.* Vigilantibus, inquam, non ut Basilica addunt, iis, qui gravi somno sepulti sunt, *ἀλλ' ἂν τοῖς βαρπύτοις*, &c. Nam præcepta vivendi, obtinendæque rei suæ jus civile dat, quibus cives utantur, non quæ negligent. Igitur ne vigilantia, & festinatio quorundam creditorum, qui privilegium non habent, privilegiiis occupatione præveniat, melius est interim quoad privilegiiis satisfactum sit, illorum, qui privilegium non habent, actionem inhiberi: aut si forte agere eis permittatur, cautionem ab iis initio litis exigi, cautionem, inquam, hujusmodi, pecuniam quam acceperint, si post ea cum patre, vel domino privilegiiis agant de peculio, eis restitui, ut est scriptum ab eodem in fine hujus legis. Cautione opus est, quia non idem datum est privatis creditoribus, quod fisco. Nam privilegiiis privatus creditor privilegiiis non præfertur, sed occupantis melior est conditio, ut notatur in *l. privilegia, de reb. auct. jud. possid.* & in *l. un. C. de priv. do.* Fiscus autem, qui utique semper est privilegiiis creditor in actionibus personalibus, præfertur omnibus aliis creditoribus etiam privilegiiis, quia non nisi post fiscum privilegiiis sunt, *l. quod quis, de reb. auct. jud. possid.* Qua ratione etiam fiscus pecuniam, quam alii creditores, qui priores egerant, & sibi vigilarant, in solum acceperunt, etiamsi nulla ea de re cautio præbita sit eis, extra ordinem per prætorem auferre potest, nec occupantium, aut vigilantium adversus fiscum melior conditio est, *l. deserre, §. ult. de jure fisci, l. 5. C. de priv. fisci.* Non est omittendum, quod ad hæc Paulus adnotavit: si is servus, qui se pro libero, & pro tutore gerebat, ex pecunia pupillari nomina fecerit, ea scilicet pecunia scætori occupata, pupillo præter utilem actionem de peculio, quam habet in dominum, dari etiam utilem actionem creditæ pecuniæ, vel ex stipulatu adversus debi-

Tom. II. Post.

tores ejus, licet tutor, aut protutor eam pecuniam suo nomine, non pupilli nomine, crediderit, vel sibi stipulatus fuerit. Hoc enim in pupillo, & in adolescente, & in milite, & in mente lapsulo vulgo receptum est, *l. si pecuniam, de reb. cred. l. 2. quand. ex facto tutor. vel curat. l. 2. C. eod. tit.* Quod ita procedit, si debitores jam pecuniam consumpserint, quia consumptio conciliat mutuam sive creditum, atque confirmat, quod non conciliat numeratio, *l. non omnis, in fine, l. nam essi fur, de reb. cred. l. si quis pro eo, §. si nummos, de fidejussor.* Nam si ea pecunia adhuc extet apud debitores, pupillus ejus pecuniæ quasi suæ vindicationem habet, quia eam is servus alienare non potuit, nec ex ea rite facta nomina, mutuamve rite contractam est, quia non est factum de meo tuum. Fuit enim pupilli pecunia, non peculiaris servi. Certissimum etiam est, pecuniæ pupillaris, quam is servus quasi tutor in arca pupilli deposuit, vel etiam aliarum rerum, quas ex pecunia pupilli comparavit, vindicationem pupillo competere, nec in ea pecunia, eisque rebus dominum conventum de peculio, uti posse privilegio deductionis, *l. circa, de admin. tut.* quia ea pecunia, vel eæ res, non sunt etiam in peculio servi, nec veniunt in actionem de peculio, *l. deposui, in princip. sup. hoc tit.* Et hæc sufficiant ad explicationem hujus legis.

Ad L. XIX. de In rem verso. Filius familias togam emit, mortuo deinde eo, pater ignorans, & putans suam esse, dedicavit eam in funus ejus. Neratius libro responsorum ait, in rem patris versum videri. In actione autem de peculio, quod in rerum natura non esset, uno modo aestimari debere, si dolo malo ejus, quo cum agatur, factum esset. Atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est: non nunc, quo funerabitur: sed quo tempore emit. Funus enim filii æs alienum patris est. Et hoc Neratius quoque, qui de in rem verso patrem teneri putavit, ostendit. negotium hoc (id est, sepulturam, & funus filii) patris esse æs alienum, non filii. Factus est ergo debitor peculii, quamvis res non extet, ut etiam de peculio possit conveniri. In quam actionem venit & quod in rem versum est. Quæ tamen adjectio tunc necessaria esset, cum annus post mortem filii excessit.

Hæc lex brevis est, explicatu vero difficilis, quia imperfectæ sunt rationes Pauli, & Glossæ hujus *l.* sensum expedire non possunt. Ut perspicue intelligatur, sciendum, & repetendum hoc est in primis ex *tit. prox. sup.* post mortem filii, vel servi habitus peculium (quod de filio, idem existimato obtinere in servo) post mortem, inquam, filii ex contractu servi habitum cum alio, quamvis morte filii extinctum sit peculium, adhuc tamen patrem teneri actione de peculio, non quidem in perpetuum, sed intra annum utilem tantum, & si quid dolo malo patris factum est, quo minus peculium esset, *l. i. tit. prox. sup.* quia morte filii extinguitur peculium. Satis abundeque est, produci actionem de peculio usque ad annum, quæ extincto peculio, & re ipsa profus extincta videbatur. Vivo filio perpetua est actio de peculio in patrem, mortuo filio est annua: agenti post annum utilem obstat præscriptio anni. Et hoc distat actio de peculio ab actione de in rem verso. Nam etiam post mortem filii in patrem est perpetua actio, vel adjectio de in rem verso, *l. 2. sup. tit. prox.* Item alia in re differt actio de in rem verso ab actione de peculio, quia actio de in rem verso competit ultra peculii quantitatem in solidum, quatenus versum est in rem patris. Et quod ait *l. si pro patre, §. i. hoc tit.* patrem teneri de in rem verso usque ad peculii quantitatem, hoc ideo, quia usque ad eam quantitatem tantum in rem patris versum est, filio scilicet quasi defensore patris suscipiente iudicium de peculio. Actio enim de peculio datur usque ad peculii quantitatem, vel (ut uno verbo dicatur) peculio tenus. Actio de in rem verso, ut dixi, datur ultra peculii quantitatem, eo non inspecto, quantum sit peculio, sed quantum sit versum in rem patris. Et in id omne, quod versum est, datur actio in solidum, etiamsi nullum sit peculium. Hanc autem actionem de in rem verso Paulus in fine hujus leg. vocat adjectionem. Cur ita? Quia actioni de peculio inest semper, vel adjicitur actio

Q 99 2

de

de in rem verso, quia non aliter de in rem verso in patrem A
 agi potest, quam si filius principaliter negotium patris
 gesserit, & animum habuerit obligandi patrem sibi, & pecu-
 lio suo, forte pecuniam, quam ab alio mutuam sumpsit,
 convertendo in rem, & patrimonium patris, & locuple-
 tiorum faciendo patrem, vel dimittendo creditores pa-
 ternos, vel reventia paterna ædificia fulciendo, & suffla-
 minando: atque ita quod filius vertit in rem patris, id pa-
 ter filio debet naturaliter: quod convertitur in rem patris,
 id pater naturaliter filio debet. Ergo id in peculium filii
 computatur ut quodcumque aliud nomen, *l. 7. §. ult. & l. 17.
 in fine, de pecul.* Denique quod in rem patris conversum est,
 & in peculium conversum est, quasi debitum filio, *l. 1. hoc
 tit.* Et ideo, quum agitur de peculio, agitur etiam de in rem
 verso, id est, de eo, quod eo nomine pater filio debet, quia
 versum, atque eo nomine debitum filio à patre pars pecu-
 lio est. Et ita cum hac jungenda *l. 1. huj. tit. & lex 2. sup. tit.
 pr. & lex 2. §. apud Julian. de hered. vend. & l. in bonæ fidei, de
 pecul. & §. licet, Instit. quod cum eo,* quæ palam ostendunt
 simul agi de peculio, & de in rem verso, vel potius unam
 actionem esse, qua agitur de peculio, & de in rem verso.
 Est & alia adjectio in actione de peculio, puta de dolo ma-
 lo patris, si dolo malo minuerit peculium in fraudem credi-
 torum peculiarium, vel si qua alia in re creditorem pecu-
 lio deperit, & fraudarit, *d. l. in bonæ fidei, in fi. &
 l. si tamen, in fi. de pecul. l. 1. §. filius suam. depos. l. 1. sup. tit.
 prox.* Hujus adjectionis fit etiam mentio in hac l. Sunt igitur
 tres clausulæ in actione de peculio, una de peculio:
 altera de in rem verso: tertia de dolo malo. Aliquando tamen
 separatim agitur de in rem verso tantum, ut si quid
 dolo malo factum sit, vel si deficiat actio de peculio, vel
 luti post mortem filii, si actio de peculio anno utili finita
 sit (ut finiri ante dixi) vel etiam si filius non habeat pecu-
 lio, vel si habet minus idoneum ad dimittendos credi-
 tores peculiarios, *l. 1. in princip. hoc tit. l. 2. sup. tit. prox.*
 His cognitis, finge, quæ est species hujus legis, filius suam
 ex nummis peculiaribus togam emit, & tradita ei est togæ
 possessio, fide habita de pretio, atque ita togæ dominium
 in eum translatum est. Deinde mortuo filio, pater existi-
 mans suam esse vestem, eam dedicavit in funus filii: nam
 togati inhumabantur, & sepeliebantur, *l. 14. §. funeris, de
 relig. & sumpt. fun.* Et non vestis impensa in funere im-
 probatur in *l. servo alieno, §. ult. de leg. 1.* sed vestium su-
 pervacuarum tantum impensa, ut in funere Achillis,
 Odyssi. ult. & in Nigrino Luciani. Quæritur autem in hac
 lege, an toga, quam pater impendit in funus filii, quæ
 quidem erat in peculio filii, videatur versa in rem patris: non
 omne quod est in peculio, est versum in rem, sed contra,
 omne quod est versum in rem, est in peculio. Quæritio
 igitur est, an ea toga, quam pater ex peculio filii dedicavit
 in funus filii, videatur versa in rem patris, eoque nomine
 pater teneatur venditori pretii nomine, quod nondum ei
 solutum est, actione de in rem verso? Neratius dicebat, in
 patrem venditori pretii nomine, quanti filio togam ven-
 diderat hanc actionem dari, eique competere de in rem
 verso, etiam veste consumpta. De peculio autem eo no-
 mine venditori actionem non competere veste consumpta
 sine dolo patris (ut in hac specie) qui per errorem eam
 quasi suam dedicavit in funus filii: neque enim re con-
 sumpta, aliter de peculio actionem competere mortuo fi-
 lio, quam si res extet, aut dolo malo patris consumpta sit,
l. 1. in princ. sup. tit. prox. Ideo autem de in rem verso actio-
 nem venditori dabat Neratius, quia funus filii est æs alienum
 patris, quod scilicet pietati debet, & memoriæ seu
 manibus filii sui, quod est certissimum, *l. in patrem, sup.
 de relig.* adeo ut si quis alius funeraverit filium, & iusta
 persolverit filio, competat ei actio funeraria adversus pa-
 trem, quæ imitatur actionem negotiorum gestorum, quia
 negotium gessit patris, quia hoc ære alieno liberavit pa-
 trem, *d. l. in patrem.* Atque ea ratione Neratius dicebat,
 patrem teneri de in rem verso, quod ex peculio se pater eo
 ære liberasset aliqua ex parte, toga filio vendita dedicata in
 funus filii. Et hæc est sententia Neratii. Porro dat quidem
 Paulus etiam in patrem actionem de in rem verso, sed non

ea ratione, qua nititur Neratius, quæ paulo remotior est:
 non, inquam, hac ratione, quod eam vestem pater impen-
 derit in funus filii. Nam & vivo filio, jam ab eo tempore,
 quo eam filius emit, intelligitur versa in rem patris, quia
 pater filio vestem emere debuit, uti consueverat. Quod
 & aperte ostenditur in *l. 3. §. proinde, hoc tit.* Ergo toga
 versa est in rem patris, quia eam pater debuit dare filio,
 vestire filium, non quia eam in funus filii impendit. Hæc
 causa remotior est. Non probat etiam Paulus, quod Ne-
 ratius negat, eo nomine venditori competere actionem
 de peculio, quia pater dedicando vestem in funus filii,
 suam rem, suum negotium gessit, non negotium filii, quia
 liberavit se ab ære alieno funeris, & supremi officii filio
 debiti, quod & Neratius censuit. Et ideo peculio filii im-
 putatur sumptus funeris, & solemnium, quæ pater debet:
 quia hoc nomine pater est debitor filii, quum eum sum-
 ptum fecit non de suo, sed de peculio filii, ut in specie pro-
 posita, quia sua non erat toga, sed peculiaris; & quamvis
 vestis non extet, quia tamen patris nomen restat in pecu-
 lio, consequens est, eatenus patrem venditori teneri de
 peculio, ut rei venditæ pretium, quod nondum venditori
 solutum est, quæ res, ut dixi, peculiaris non sua erat, ven-
 ditori reddat. In quam actionem de peculio veniat etiam
 adjectio de in rem verso, quasi pars peculii. Et hæc adjectio
 tunc maxime erit usui, maxime necessaria, quum extincta
 erit actio de peculio anno utili post mortem filii. Et nihil
 est præterea. Malim tamen illo loco (funus enim filii æs
 alienum patris est) malim, inquam, funus autem filii; quia
 hæc non est ratio superioris sententiæ, ex quo tempore
 togam emit filius, toga versa sit in rem patris, quod funus
 sit æs alienum patris, neque concludit, aut congruit. Sed
 ratio hujus sententiæ hæc est, quia pater filio vestem emere
 debuit. Ex hac vero ratione, quia funus est æs alienum
 patris, postea colligit, quod ex peculio pater impendit in
 funus, non de suo interim debere peculio, & eatenus de
 peculio conveniri posse à creditore peculiari, ut à venditore,
 quamvis id ita impenderit, ut nusquam sit in rerum natura.

Ad L. VIII. Mandati. Si præcedente mandato, Titium de-
 fenderas, quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego paulo
 mandati actionem adversus heredem Titii competere; quia
 mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvi-
 tur. Quod si sine mandato defensionem suscepisti, negotium
 quodammodo defuncti gerere institueras; & quemadmodum,
 si illum liberasses, competeres tibi negotiorum gestorum actio,
 ita potest dici, & heredem ejus eadem actione teneri.

Ad §. Lucius Titius creditore suo mandatorum dedit, dein-
 de defuncto debitore, majore parte creditorum consentien-
 te, à prætore decretum est, ut portionem creditorum ab he-
 redibus serant, absente eo creditore, apud quem mandator
 extiterat. Quæro, si mandator conveniatur, an eandem habeat
 exceptionem, quam heres debitoris. Respondi, si præsens apud
 prætorem ipse quoque consensisset, pactus videtur iusta ex cau-
 sa, eaque exceptio, & fideiussori danda esset, & mandatori.
 Sed cum proponas eum abfuisse, iniquum est auferri ei electio-
 nem, sicut pignus, aut privilegium, qui potuit præsens id ipsum
 proclamare, nec desiderare decretum prætoris. Nec enim si
 quis dixerit, submovendum creditorem, heredi consulitur: sed
 mandatori, vel fideiussori, quibus mandati judicio eandem
 partem præstaturus est. Plane si ab herede partem accepisset,
 an in reliquum permittendum esset creditore fideiussorem con-
 venire, dubitatum est. Sed videbitur consentire decreto, con-
 veniendo heredem.

Hæc lex tres habet quæstiones: unam de eo, qui ex
 mandato alterius post ejus mortem, quam ignora-
 bat, suscepit in iudicio ejus defensionem: alteram de eo,
 qui idem fecit ignorans, sine mandato: & tertiam longe
 alia de re in §. Lucius, puta an absenti creditore noccat
 conventio facta in portionem crediti ab herede ante adi-
 tam hereditatem cum majore parte creditorum interpo-
 sito decreto prætoris: an scilicet adeo noccat, ut & credi-
 tor, qui erat absens, non possit in solidum conveniri
 man-

mandatorem, aut fidejussorem defuncti debitoris, sed in parte crediti tantum, de qua convenit cum majori parte creditorum, quoniam decrevit prætor, ut creditores contenti essent? Quantum ad primam quæstionem attinet, sciendum est, mandatum dissolvi atque finire, tam morte mandatarii, quæ modo accidat re integra, id est, antequam res aliena ab eo geri cœperit, *l. si quis alicui, §. morte, hoc tit.* quam etiam morte mandatoris, quæ similiter contingat re integra, *l. prox. sup. hoc tit. l. mandatum, C. eod. l. ult. de solut. l. 6. sup. de jurisdict.* Et ratio hæc est, quia qui mandatu alieno gerit aliquid, id gerit alieno nomine, nihil autem geri potest nomine ejus, qui non est in rebus humanis, qui fuit, non est. Et ideo, si quis, antequam inchoaret negotium sibi mandatum, sciens mandatore[m] vita decessisse negotium illud instituerit, impleverit, ut puta si defensionem litis sibi mandatam judicio accepto susceperit post mortem mandatoris, & condemnatus ex causa judicati solverit: neque mandati eo nomine in heredem mandatoris, neque ullam aliam actionem habet, quia sciens instituit negotium post mortem, sciens solutum esse mandatum. Sed si ignorans eum vita decessisse, defensionem susceperit, impleveritque mandatum, quamvis & hoc casu morte domini finitum sit mandatum, & ipso jure nullus sit effectus ejus, quod geritur post mortem domini, tamen utilitatis causa receptum est, ne scilicet in damno versetur qui bona fide negotium gessit, ductus iusto errore facti, ut ei competat in heredem mandatoris utilis actio mandati, ejus, quod ex causa judicati condemnatus solvit recuperandi causa, *l. inter causas, sup. h. tit.* Quia (ut eleganter Paulus ait hoc loco) morte domini soluto mandato, non ideo solvitur etiam obligatio & actio mandati, sicuti nec societate finita morte socii unius, non ideo finitur aut solvitur actio pro socio. Nam ex contractibus, qui solo consensu perficiuntur, duo sunt, qui solvuntur morte re integra, mandatum, & societas, nec transeunt in heredem igitur: obligatio tamen etiam post mortem durat, & sequitur heredem, si procurator vel defensor, vel socius ignorans domini, vel socii mortem, negotium alienum, vel commune inchoavit, vel explevit suis sumptibus. Et ita est proditum de actione pro socio in *l. actione, §. morte, & §. seq. iii. prox. inf.* Cæteri contractus, qui consensu perficiuntur, ut emptio, venditio, locatio, conductio, transeunt in heredem, *l. viam, C. de loc.* Idem de stipulatione dicendum est, *l. 25. §. si operas, de usuf.* Idem de contractibus, qui re contrahuntur, excepto precario, quod non transit ad heredem ejus, qui precario rogavit, *l. cum precario, §. ult. de precar.* Huic autem sententiæ, *Mandatum solvi morte mandatoris, quæ contingat re integra, hoc loco Accursius opponit l. defunctus, sup. de procur. parum apte, quia in ejus legis specie res non erat integra tempore mortis mandatoris: quia jam ipse mandator pro procuratore ad litem defendendam caverat judicatum solvi, sciente & non contradicente procuratore, quod pro eo est, ac si ipse procurator eam stipulationem interposuisset, & ideo litem contestari, & peragere potest. Et vero cogitur, l. 8. §. ult. eod. tit. quia post inchoatum & deintegratum mandatum sive negotium, mors non solvit mandatum, l. nulla, quæ est Juliani, C. de procur. Et eam intelligit Symmachus in epist. dum ait, sanctionem Juliani jubere, ut sicut procuratorum officia causarum dominis viventibus inchoata. Item Accursius opponit l. 4. inf. de manum. vind. quæ lex, etli non sit de mandato, sed de voluntate, aut permisso patris, filio permittentis servum suum manumittere, tamen idem juris est in utroque: Nam & voluntas sive permillum finitur morte, sicut & jussum de adeunda hereditate, finitur morte ejus, qui jussit, *l. si per epistolam, de acquir. hered.* Et cessio quoque legitimæ tutelæ facta in jure, finitur morte ejus, qui cessit, auctore Ulp. *lib. reg. tit. de tutel.* Et tamen illud additur in specie *d. l. 4. libertas*, quam servo patris filius ignorans mortem patris imposuit, valet. Sed lex ipsa respondet huic argumento, quoniam ait hoc esse receptum favore libertatis: si favore, ergo contra rigorem juris. Et ita demum, inquit, hoc omnino requiritur, si non appareat mutatam esse patris voluntatem, antequam diem suum obiret. Id igitur fa-*

vore libertatis receptum est jure singulari, non jure communi. In aliis causis ipso jure nullus est effectus negotij, quod post mortem domini, vel mandatoris instituitur à sciente vel ignorante, & mandatum morte mandatoris solvitur, non etiam actio mandati. Et hæc de prima parte hujus legis, si quis præcedente mandato defensionem mortui susceperit, cum hoc ignoraret. Quæritur in secunda parte, quid sit dicendum si non præcesserit mandatum, sed ultro quis accesserit ad negotium aut quasi negotium mortui, quem vivere existimabat? & vivum quidem ultro suscepta defensione sine mandato, & secuta condemnatione, & solutione ipso jure liberasset, & competeret ei actio negotiorum gestorum soluti recuperandi gratia, *l. si pro patre, §. 1. de in rem verso*, quam latius exposuimus *lib. 2. ad l. qui servum, de interrog. in jur. fac.* Post mortem vero ejus, cum eam ignoraret, suscepta defensione, si condemnatus solverit, heredem quidem ejus ipso jure non liberat, quia non heredis, sed quasi viventis negotium gessit, liberatur tamen heres ejus opposita exceptione doli mali, *l. de qua re, in fine, de judic.* quia dolo malo facit actor, qui ab herede petit, quod jam a defensore consequutus est: dulus est, præda est, bis idem consequi, *l. si minoris, de admin. tut.* Et ideo defensori adversus heredem datur etiam actio neg. gest. soluti recuperandi, quamvis id solverit mortuo domino ignorans, *d. l. de qua re, §. ult.* quæ est Juliani & omnino consentit cum hac 2. parte. Primam quoque partem hujus legis constat esse Juliani ex *d. l. inter causas*, & ex his, quæ per causam hujus quæstionis idem Julianus tractat in *d. l. 4. de manum. vind.* quæ etiam in eam rem a Paulo adducitur in *l. quæstum, §. Julianus, qui, & à quibus manum. lib. non fiant.* Recte autem dicit Paulus hoc loco, defensorem instituisse, incepisse gerere quodammodo negotium defuncti. Recte, inquam, quodammodo negotium, quia proprie nullum est negotium ejus, qui nullus est, id est, qui excessit à vita. Et ideo si quis extraneus defuncto funus fecerit de suo, non quasi heredis, sed quasi defuncti negotium gerens, non competit ei in heredem quasi ex persona defuncti actio neg. gest. sed propria actio quæ funeraria dicitur, quæ tamen est similis actioni neg. gest. *l. et si quis, §. & generaliter, sup. de relig. & sumpt. fune.* Et in proposito etiam casu, puto in heredem defensori competere utilem neg. gest. non directam, sicut & in prima parte utilem mandati. Et placet valde summa hæc Cyrilli in utramque partem: *Qui mortuum ignorans defendit, si quidem ex mandato, mandati actionem: si absque mandato, neg. gest. actionem habet.* Ad 3. & ult. partem, quæ est in *§. Lucius*, hoc tantum adnotandum est: solere heredes plerumque, quum hereditas pluribus creditoribus defœnerata est, antequam adeant hereditatem, atque ita se obligent oneribus hereditariis, certa parte debiti, qua contenti sint, pacisci cum creditoribus hereditariis, puta 3. vel dimidia, atque ita adire hereditatem, quam alioqui repudiaturi essent. Hæc pactio justa est, ut indicat Paulus illo loco, *pactus videtur justa ex causa*, pactio justa est, ergo servanda: videlicet si facta fuerit consentiente majore parte creditorum, & interposito decreto prætoris, vel præsidis, ut in *l. jurisf. §. ult. de pact. l. 23. in fine, quæ in fraud. cred.* Et prodest ea pactio non tantum heredi debitoris defuncti, sed etiam ei, qui pro defuncto intercesserat, veluti mandatori, aut fidejussori. Ergo si præsentem creditore, qui mandatu tuo pecuniam defuncto crediderat, ea pactio interposita fuerit, adversus creditorem si agat in solidum, non tantum heredi competit exceptio pacti, sed etiam tibi, vel alii fidejussori, aut accessioni defuncti debitoris. Hæc sunt certissima. At quæritur, an etiam hæc conventio majoris partis creditorum, vel exceptio pacti hujus nocet creditori absenti, id est, qui pactio[n]i faciendæ non interfuit? Et sane nocet etiam absenti, vel absentibus, si qui absens fuerat heredem debitoris conveniat in solidum: nam sequi debet exemplum & pactio[n]em majoris partis creditorum, maxime confirmatam decreto prætoris. Nocet igitur etiam absenti, si agat adversus heredem debitoris, quia non potest in eum agere, nisi in partem, de qua convenit, non in solidum. At sane non nocet absenti,

si man-

si mandatorem vel fidejussorem eligat, & conveniat in solidum: absenti creditori salva est electio mandatoris, vel fidejussoris, ut omisso herede debitoris, eligat, & conveniat in solidum mandatorem, vel fidejussorem sine metu exceptionis pacti habiti cum herede à majori parte creditorum, secundum jus scil. quod obtinuit ante Novellam Justiniani, quod obtinuit jure Pandectarum, & jure Cod. quo electionis potestas permittitur creditori, puta, ut conveniat accessionem si velit, inexcusato reo principali, l. 3. C. de fidejuss. Addit salvum etiam esse creditori absenti pignus, si pignus acceperit in sui crediti causam, nec liberari pignus posse, nisi soluta omni pecunia: ac præterea salvum etiam esse absenti creditori privilegium, executionis, si creditor privilegiarius fuerit, veluti ex causa tutelæ, vel dotis: vel ut Græci ponunt hoc loco, ex causa funeris sua expensa facti. Recte, quia & hæc causa privilegiaria est, l. pen. de relig. & l. 2. de privil. credit. Et hæc in parte valde pugnare videtur cum hoc §. quum ait, *Salvum esse privilegium, lex rescriptum, sup. de pact.* quæ absenti creditori concedit quidem servari pignus in solidum, sed non etiam privilegium, si pignus non habeat. Nam habenti pignus, beneficio pignoris & privilegium conservatur. Verum (ut breve faciam) & perspicue respondeam, Paulus hoc loco, quum ait, *servari privilegium absenti*, juris ratione nititur: quia, ut ait, sicut electionem, & pignus iniquum est auferri absenti creditori, quo præsens uti potest: ita iniquum est ei auferri privilegium, quo præsens proclamare, & jure vincere poterit adversus cæteros creditores. Nititur & rescripto D. Marci, quo hodie omnium creditorum præsentia exigitur, ut omnibus ea pactio per omnia noceat. Ulpian. autem in d. l. rescriptum, loquitur tantum de rescripto D. Pij, quod obtinuit ante formam huic rei a D. Marco datam, quæ sunt verba legis rescriptum. Quo quidem Pij rescripto absenti, nec hypothecario creditori privilegium auferitur, perinde ac præsentis, quasi ex ea pactio omnibus creditoribus pariter solvenda pecunia pro parte, de qua convenit. At hodie (ut ait d. l. jurisgentium in fine) id est, post formam datam a D. Marco, quæ sequuta est rescriptum D. Pii, privilegium absenti creditori non auferitur, quia pactio præsentibus tantum nocet per omnia. Et hæc de privilegio. Nunc de electione. At quia dicere quis posset, non esse absenti creditori servandam electionem in solidum adversus mandatorem, vel fidejussorem, hac ratione, quod si à mandatore, vel fidejussore solidum exigatur, vi ipsa, & effectu ipso, & heres debitoris in solidum tenetur, cui tamen initio diximus proficere pactioem, quia id quod solvit mandator, vel fidejussor in solidum, videtur posse repetere ab herede. Hoc argumentum ut removeat Paul. ait: heredem debitoris, etiam mandatori, vel fidejussori, licet solidum exsolverint, non teneri, nisi in portionem, de qua convenit. Ac postremo uno tantum casu ostendit, absenti creditori non servari electionem adversus mandatorem, vel fidejussorem in solidum, puta si reversus consenserit majori parti creditorum, & decreto prætoris: vel si ab herede partem, de qua convenit, acceperit: vel si heredem in eam partem tantum convenerit, nihil enim refert consenserit ab initio, an ratum habuerit. Et, quod notandum, tacite consensisse intelligitur: qui ergo ab herede eam tantum partem petit, vel accipit, & pepigisse intelligitur cum herede. Pactum autem heredis quasi debitoris, etiam fidejussori prodesse constat, l. & heredi, in fine, & l. quod dictum, supra de pact.

Ad L. LXXVII. Pro socio. Veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.

Ad L. LXXIX. eod. Unde si Nervæ arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat; corrigi potest per judicium bonæ fidei.

Pendent hæc leges ab iis, quæ proponuntur in leg. superiori: Societas negotiationis cujusdam coita est inter me & te, ea conditione, eoque pacto, ut arbitrio Nervæ communis amici nostri partes societatis constituerentur, partes damni & lucri, Ille constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse, id est, ut altero tanto plus

sentirem ego ex societate lucri, vel damni, quam tu: vel quæ est proportio eadem, ut tu ex parte millesima socius esses, ego ex duobus millesimis, ut est scriptum in l. 80. infra, exemplo Græcorum, qui dicunt δνω, & duo millesimas. Et in ea lege 80. secundum vulgi captum facta mentione majoris summæ, puta, millesimæ unius, vel duarum, manifestior quodammodo iniquitas apparet in arbitrio Nervæ, quam si secundum partem mentionem fecisset tantum trientis, vel besse, ut initio sup. l. Itaque in l. 80. Proculus vulgo se accomodat, ut ei manifestiorem arbitri iniquitatem faciat, dum ait: *quid enim si Nervæ constitisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duomillesimis socius esset?* Et inepte Jacobus de Arena, illo loco constituit tres socios, unum ex millesima, alterum ex duomillesimis, & tertium ex reliquo, quia lex ait, *alter ex millesima, alter ex duomillesimis, & alter dicitur tantum de duobus, non de pluribus, unus de pluribus.* Quæritur autem, an huic supradicto Nervæ arbitrio standum sit? Et docet, non omnino utique vel semper ei standum esse. Quid enim si pravum, si in re ipsa iniquum sit? Hoc vero ut declaret Paulus, duo arbitrorum genera facit. Unum eorum, qui arbitri recepti vocantur, vel arbitri, aut judices compromissarii, vel honorarii, de quibus est titulus de receptis, ut quum ii, qui inter se aliqua de re controversantur, certum hominem ejus controversiæ disceptatorem eligunt, quasi virum bonum, pœna vice mutua compromissa, si quis arbitrio & sententiæ ejus non steterit, quæ pœna committitur, & peti potest, etiamsi quis iniquæ sententiæ stare noluerit, l. diem, §. flavi, eo. tit. de recept. Et ratio hæc est, quia id agere videntur, qui pœnam invicem compromittunt, ut omnimodo qualicumque sententiæ stent, quod inferius evidenter demonstrabimus. Denique sententiæ arbitri, sive judicis compromissarii obtemperandum est, sive æquum statuerit, sive iniquum, nisi dolus malus intervenerit ejus, vel adversarii, l. ita demum, sup. eod. tit. l. 3. C. Theod. eod. tit. Aut sane qui non obtemperat, incidit in pœnam, de qua conventum est constitutione & compromissione mutua. Alterum genus arbitrorum est eorum, qui à DD. nostris discretionis causa arbitratore vocantur, quorum scilicet arbitrio id permittitur sine vinculo pœnæ, ut puta si, ut ait l. 77. in lege locationis, operis faciendi, domus ædificandæ, caveatur arbitrio L. Titii opus fieri, vel approbari, l. si in lege 7. inf. loc. vel in testamentis arbitrio L. Titii filix dotem dari, vel alimenta præberi, l. 1. de leg. 2. l. si filia, de leg. 3. l. 5. de alim. leg. Et apud Horat.

Arbitrio Atrii epulum populo dari. Sat. 2.

Et in l. ult. de aur. & ar. leg. *Arbitrio viri boni funerari me volo.* Unde sane dicuntur *arbitraria funeris.* Cic. in orat. pro Cornel. & in ea, quæ est pro domo sua ad Pontifices. Et in proposita etiam specie, in proposita pactioe, sive lege societatis, arbitrio Nervæ societatis partes constitui: quorum arbitrorum arbitrio & sententiæ non aliter standum est, quam si æquum sit & justum. In causa hoc est, quia non tam in certam personam arbitrium conferri intelligitur, et si nominetur persona certa, cujus arbitrio quid fiat, quam generaliter in arbitrium boni viri, id est, quasi in certam personam, & arbitrium certum tantum. Nam arbitrium boni viri semper est certum: sicut æquitas ipsa & bonitas semper est certa, cujus bonus vir est magister & sacerdos, d. l. 1. de legat. 2. Bonus vir est verus æstimator & arbiter æquitatis, & ut Virgil. ait.

Qui justo trutinæ se examine pensat,

Ne quid hiet, ne quid protuberet, angulus æquis

Partibus ut coeat, nihil ut deliret amissis.

Et qui quid permittunt arbitrio alterius, id sane faciunt, ut ait l. si libertus, de oper. libert. quia exillimant, sibi que persuadent, eum ex æquo & bono arbitraturum. Ideoque arbitrio ejus ita demum stare volunt; si rectum sit & æquum. Si iniquum sit, & prævarum, ut loquitur Cicero quodam loco, ad æquitatem & rectitudinem redigitur bonæ fidei judicio. Ut in specie proposita, arbitrium Nervæ, si fuerit iniquum in partibus societatis constituendis, ad boni viri arbitrium, quale id esse debuit, redigitur actione pro socio, quæ bonæ fidei est. Nam finis actionis bonæ fidei

fidei est, iniqua corrigere; & prava. Et eleganter l. 3. C. A comm. *uribusque judic. in bona fidei judiciis*, inquit, quod iniqua qualiter factum est, in melius reformatur. Denique vis actionis bonæ fidei, & potestas est iniqua corrigere: sicut & in strictis judiciis eadem vis est clausulæ doli mali, puta, *Dolum malum abesse, absuturumque esse, lex ea parte, in princip. de verb. obligat.* quæ clausula etiam in aliis plerisque judicium strictum origine sua bonæ fidei facit, l. *Sejæ, de mors. caus. donat. l. 3. C. de exception.* Et hoc est, quod ait l. 79. quæ est ejusdem Pauli: *Pravum, aut iniquum arbitrium Nervæ corrigi per judicium bonæ fidei.* hoc est per judicem additum actioni pro socio: *ᾠυλῆς αὐτῆς δεξιμασίαν ὁ δίκαστῆς διορθῶται*, ut est in Basilic. *iniquum arbitrium judex corrigi*: Et recte, *bonæ fidei*. Quibus tamen judiciis bonæ fidei. hac re comparentur legata, & fideicommissa relicta in testamento, arbitrio L. Titii, quorum exempla quidem jam ante posuimus. Sicut & in aliis plerisque constat, legatorum, & fideicommissorum actiones, licet sint strictæ, comparari bonæ fidei judiciis, l. 3. C. *in quibus caus. in integ. rest. non est necess.* Hæc ergo dicimus de bonæ fidei judiciis tantum & legatis, & fideicommissis. Nam in stipulationibus strictis si quid reddi, vel dari cavetur arbitrio L. Titii, arbitrium etiam accipitur stricte, puta ut non egrediatur personam L. Titii, ut est in compromissis, nec transferatur in personam alterius, l. *si quis arbitratus, & l. seq. de verb. oblig. l. in compromissis, de recept. qui arb. recepe.* Quod tamen ita procedit si contrahentes stipulationem extranei arbitrium eligant. Nam si stipulatoris, vel promissoris arbitrium eligatur, puta dari arbitrio promissoris, vel stipulatoris, hoc sane casu arbitrium accipitur pro arbitrio boni viri, alioquin promissoris arbitrio per exigua constitueretur obligatio, aut stipulatoris arbitrio immensa, d. l. *si libertus, de oper. libert. l. 3. C. de dot. promiss. l. cum post, §. gener, de jur. dot.* In judiciis autem bonæ fidei arbitrium in alterius cujuscunque personam collatum, personam egredi potest, vel cessante eo, qui nominatus est, vel non arbitrate ex æquo, & bono, nisi id ipsum actum sit nominatim, vel satis evidenter, ne à persona ejus, qui nominatus est, recederetur, ut est scriptum in l. 75. *hoc iur.* nisi id ipsum, inquit, actum sit, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus fuerit. Et id quidem agi videtur etiam in bonæ fidei judiciis, ne à persona recedatur in constituendo pretio emptionis, vel locationis. quia certissimum id esse oportet. Et ita à Justin. definitur in l. ult. C. *de contr. emp.* cujus sent. etiam à Triboniano sub nomine Caij expressa est in l. *si merces, inf. de locat.* Denique ut scilicet non recedatur à persona arbitri, agi videtur, si sit adjecta pœna: nam ut in compromissis, ita in negotiis bonæ fidei, vel in legatis, vel in fideicommissis, quæ illis comparantur, pœnæ adjectio argumentum est restrictæ voluntatis: puta si heres jussus sit sepulchrum testatori extruere arbitrio L. Titii, & si ita extruxerit, pœnæ nomine certam pecuniam inferre arca Pontificum, vel æratio civitatis. Nam & hoc casu arbitrium non potest egredi personam L. Titii, quin pœna committatur, l. 6. *in pr. de cond. & demonstr.* Proinde aliud est simpliciter jubere sepulchrum extrui arbitrio L. Titii, non adjecta pœna, ut apud Horat. Sat. 5. *2. lib. Sepulchrum permissum arbitrio sine sordib. extrue.* Et in antiqua inscriptione Pilana: *Titulum poni jussu arbitrato Lucillæ, & juveni filii.* Hoc casu arbitrium, pro boni viri arbitrio accipitur, & personam egredi potest, si L. Titius non fungatur in arbitrando officio boni viri. Longe aliud est, si sub pœna, quod est restrictæ, jubetur heres sepulchrum extruere arbitrio L. Titii, ut in d. l. 6. quia hoc arbitrium personam L. Titii egredi non potest. Hæc est certissima hujus l. definitio. Non est omittenda admonitio legis 80. in specie proposita boni viri arbitrio conveniens esse, ut non semper æquales partes societatis constituentur, quia sæpe evenit, ut quæ sunt æquæ, sint maxime iniquæ: quia (ut Aristot. docet) æqualitas non quantitate æstimatur, sed merito, & dignitate magis. Ut si unus ex sociis plus in societatem conferat pecuniæ, vel plus operæ, & artis, vel plus factionis, & indultriæ, vel plus gratiæ, sane iniquum fuerit inter eos æquas partes constituere. Et gratiam vocat

lex 80. copiam amicorum; quod in idiotismo vocamus (credit) ut Cic. in Quintiana cum dixisset initio, contra se facere gratiam adversarii, ex diverso subjicit: sibi esse tenues opes, nullas facultates, exiguas amicorum copias, id est, exiguam gratiam, *peu de credit.*

Ad L. LIX. Ad SC. Trebell. *Debitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit restituere hereditatem filie suæ, id est, testatoris. Cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu prætoris adit, & restituit. Cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi, jure domini id possidere. Respondi, aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem ne & pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin si possidet creditor, actor, idemque heres rem, si non possidet: videamus de esse rei. Et si possidet, nulla actione à fideicommissario conveniri potest. Neque pigneratitia, quoniam hereditaria est actio: neque fideicommissum, quasi minus restitueris, recte petetur. Quod eveniret, si nullum pignus interesset. Possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, & hic Serviana actio tenebit. Verum est enim non esse solutam pecuniam. Quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, & solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset et cautum, vel soluta pecunia esset. Nam & cum de lucro heres scriptus adfu, quod forte legatum accepit, si heres non extuisset: responsum est, non esse cogendum adire, nisi legato præstito. Vbi quidem potuit dici, nec cogendum esse heredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adisset, in ipsius voluntate posuit actionem. Sed cum testator alterum dederit, nos utrumque ei præstamus.*

Ad §. Ea, quæ dotem dabat, *facta erat cum marito, ut mortua se in matrimonio, dotis pars matri ejus redderetur: nec eo nomine stipulatio à matre interposita est: moriens deinde matrem, & maritum suum heredem fecerat, & à matre petierat, ut hereditatem Titio restitueret. Judex additus de hereditate dividenda, partem dotis quasi ex utili pacto, pro parte matri adjudicaverat. Quærebatur, an & ea portio ex causa fideicommissi præstanda sit? quam non esse restituendam puto. Quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit. Nec occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam habuit.*

DUæ sunt in hac l. quæstiones. Prior est de confusione obligationis, & à Paulo tractatur perquam erudite. Confusio obligationis fit, quum in unam eandemque personam concurrat jus debitoris, & creditoris, ut puta: quum debitor creditoris, vel contra creditor debitoris, vel quum utriusque tertius quidam hereditatem adit, etiam si, ut in hac l. ostenditur, coactus hereditatem adeat, fideicommissario postulante, cui rogatus est hereditatem restitueret, & jubente prætorè: nam aditio etiam coacta confundit obligationem. Et hoc genere, perinde atque genere solutionis tollitur omnis obligatio, tam naturalis, quam civilis, l. *Stichum, §. aditio, de solut. l. heres, §. quod si idem stipulator, de fidejussor.* Et tollitur, vel in solidum, si fuerit heres ex parte, vel pro parte, ex qua heres fuit, non pro parte coheredis, aut coheredum, l. *pen. C. de hered. vel act. l. si ab eo, C. de neg. gest.* Ratio confusionis evidens, & naturalis est, quia idem homo non potest esse debitor, & creditor, idem non potest esse actor, & reus, nemo sibi ipsi debere potest, nemo secum agere, & experiri potest. Et ideo confusio etiam est pro solutione, aut pro pensatione cedit. Videtur enim hereditas ipsa heredi, vel heres hereditati, quod debet solvere protinus in ipso articulo adeundæ hereditatis, l. *quæ dotis, sol. matrim. l. si ei, cui vendidi, §. pen. de evict. l. si id quod, de liberat. leg. l. debitori, l. Granius, de fidejuss.* Tollitur, inquam, confusione omnis obligatio principalis, atque etiam obligatio fidejussoris, aut mandatoris, d. l. *Granius, denique omnis obligatio personalis. Realis tamen obligatio, veluti pignoris obligatio manet. Itaque (ut in hac l. Paulus ostendit, & Africanus in lege*

cum

cum quis, §. *ult. de solut.*) propter pignus naturalis obligatio remanet, quæ alioqui confusione extingueretur, sicut & propter pignus (quod maxime notandum) privilegium manere significatur, quod alioqui non maneret ex rescripto Divi Pii, *l. rescriptum, de pactis*. Igitur aditione hereditatis confunduntur nomina, & jura personarum, non causæ rerum, non obligationes rerum, non pignorum obligationes, & propter pignorum obligationes, quæ manent, etiam manet naturalis obligatio: & confusione interveniente pignoris tollitur sola civilis. His cognitis facilis nobis erit aditus ad speciem hujus quæ est ejusmodi. Creditor pignoratitius, sive hypothecarius à debitore heres institutus est, & rogatus hereditatem restituere filix debitoris, ejusdemque testatoris. Post mortem debitoris, creditor dicit, hereditatem sibi esse suspectam, quasi minus idoneam, locupletem, aut luculentam minus, & recusat eam adire. Postulante filia, jussu prætoris coactus tamen est eam adire, & filix restituere. Coactus igitur eam adiit & restituit, non habita ratione ejus, quod sibi defunctus debuit, quia id prætermisit, nec prætori allegavit, sive deduxit in jus. Quod si allegasset, & deduxisset in jus, non statim fuisset coactus adire, quia qui sua interesse dicit, ne adeat, puta ut confusione non amittat quod sibi defunctus debuit, vel ut non amittat legatum, quod ei, si heres non esset, defunctus à coherede reliquit, sane hoc casu non cogitur adire, nisi ei primum à fideicommissario sarciantur damnum, vel lucrum, damnum, quod facit adeundo, vel lucrum, quod amittit adeundo, *l. i. §. i. hoc tit.* At cum hoc non allegaret creditor, idemque heres coactus est adire, & restituere filix hereditatem totam, aut hereditatis suæ partem totam. Quæritur, an post aditionem, & restitutionem ita factam, possit exequi jus pignoris, quod habuit, an possit pignus retinere, si id possideat, nec possit ei auferri à fideicommissario: vel an possit persequi pignus actione hypothecaria, si id non possideat possessionis obtinendæ gratia: an possit, ut suum consequatur, id venale proscribere, & vendere, vel non invento emptore, an possit à principe desiderare, ut fieri assolet, ut sibi permittatur pignus jure domini possidere, ut *leg. elegantius, de pign. act. & l. si is, qui aliena, §. ult. de adq. rer. dom. & in tit. C. de jur. dom. impetr.* Et respondet Paulus, aditione hereditatis sublatam quidem esse obligationem personalem, nec redintegrari posse, aut restitui: pignoris tamen obligationem non esse sublatam, ideoque creditori competere pignoris retentionem, & persecutionem, & executionem: puta pignus ab eo distrahi posse, aut non invento emptore, pignus ei à principe jure domini addici posse. Neque vero potest dici pignus sublatum esse adquisitione domini, puta aditione hereditatis, in qua fuit pignus: quia pignus non abscedit dominio debitoris, non potest hoc dici, etiamsi videatur posse dici, quod pignus rei suæ non consistat, *l. pen. §. ult. de except. rei jud. l. neque pignus, de reg. jur.* Verum dici id non potest, quia facta restitutione hereditatis, pignoris desinit esse dominus, & pro eo est, ac si nunquam ejus dominus fuisset, *l. i. §. ult. de regul. jur. l. non quocunque, de leg. i.* Etiam post restitutionem id habere incipit, non ut dominus, sed ut creditor jure suo pristino, & ideo quasi salvo jure pignoris, si id possideat creditor, idemque heres, ut ait (in Florentinis hoc loco abundat vox *actor*, quum legunt *creditor actor*, quia legendum est *creditor, idemque heres*, circumscripta voce illa *actor*, quia nec possessor pignoris potest esse actor, id est, non potest agere hypothecaria: & abest quoque ea vox ab omnibus aliis libris) creditor igitur, idemque heres, quasi salvo jure pignoris, si possideat, ejus retentionem habet, nec potest à fideicommissario conveniri actione pignoratitia, ut pignus restituat, quasi soluta pecunia: quia etsi actio pignoratitia soluta pecunia debitori detur, & hoc casu confusio solutionem imitetur, tamen ea actio pignoratitia, non fuit actio hereditaria, id est, non cœpit à defuncto, non competiit defuncto: ergo nec fideicommissario competit, quia ad fideicommissarium ex Senatusconsulto Trebelliano restituta hereditate transeunt tantum hereditariæ actiones, quæ cœ-

perunt à defuncto, *l. postulante, §. sed & in hujusmodi, de usur. & l. prox. §. qui post, hoc tit.* Unde hoc loco videtur esse legendum, quia hereditaria non est actio, ut sit sensus, ideo fideicommissarium non posse agere pignoratitia directa, quod ea actio non sit hereditaria. Nam ut mox reddat rationem, cur etiam non possit fideicommissarius agere actione fideicommissi, par est, ut & hoc loco reddat rationem, cur fideicommissarius non possit agere actione pignoratitia. Non potest autem (ut subjicit) creditor, idemque heres debitoris etiam à fideicommissario conveniri actione fideicommissi, quali minus ex hereditate restituerit, cum non restituerit rem pignoratam, quæ fuit in hereditate debitoris. Nec hac quidem actione conveniri potest, quia, ut ait, eam rem possidet ut creditor jure pignoris, non ut heres jure hereditario, & id tantum fideicommissario restituere tenetur, quod possidet jure hereditario. Si non esset ei ea res pignorata, & ei minus restituisset, eo nomine teneretur actione de fideicommissio, *l. hujusmodi, §. heres, de leg. i.* At quia ei res pignorata est, eam retinebit jure pignoris, nec ulla ratione ei à fideicommissario poterit auferri. Denique si eam possidet, ejus plenam retentionem habet. Quod si creditor ipse, idemque heres pignus non possideat, sed fideicommissarius, aut filia fideicommissaria, hoc casu competit etiam creditori, eademque heredi in fideicommissarium actio Serviana, id est, quasi Serviana, sive persecutio pignoris, quæ formula hypothecaria dicitur, quia cum revera ei soluta pecunia non sit, sane nec hypotheca, sive pignus liberatum esse intelligitur. Manet ergo pignus, quia revera soluta pecunia non est, & consequenter propter pignus (ut initio dixi) manet naturalis obligatio, adeo ut si ultro ei fideicommissarius pecuniam solverit, eam condicere non possit, quia eam natura debuit. Pignoris enim causa conservat causam naturalis obligationis, *l. cum quis, §. ult. de solut.* Denique in specie proposita aditione hereditatis obligatio civilis tollitur: obligatio autem naturalis manet propter pignus, quæ non maneret, si nullum pignus esset, sed confunderetur etiam aditione. Nam & ita hac comparatione recte Paulus utitur, ne cuiquam hoc videatur novum. Ita, inquam, amissa actione per exceptionem qualemcumque, etiam per exceptionem pacti conventi, vel doli mali, vel Senatusc. Vell. per quas tamen exceptiones alias tollitur etiam obligatio naturalis, *l. qui exceptionem, de condit. indebit.* si tamen pignus interveniat, propter pignus naturalis obligatio conservatur, nec infirmatur per exceptionem. Et in hanc rem hic locus valde singularis est. Loquitur enim generaliter de qualicumque exceptione. Et ita est igitur accipiendum, sive quæ expungat, sive quæ non expungat naturalem obligationem: nam quæ exceptio alias expungit naturalem obligationem, existente pignore, eam non expungit. Summa hujus rei definitio hæc est: sublata obligatione personali manere realem, id est, pignoratitiam, sicut & in specie *l. i. & 2. C. de luit. pign. & in specie l. servum, quem, de pignoribus*: manere, inquam, pignoratitiam, & consequenter propter pignoratitiam, manere quoque naturalem obligationem. Nec obstat regula juris: Cum principalis causa non subsistit, plerumque ne ea quidem, quæ sequuntur locum habent. Dices, principalis causa, principalis obligatio sublata est confusione, ergo pignoratitia locum non habet, quæ est sequela principalis. Respondeo, eam regulam esse accommodandam ad obligationem tantum principalem, quæ ab initio non consistit, cujus nec sequela, puta pignus, consistit: non autem est accommodanda ad obligationem principalem, quæ cum initio constitisset, postea sublata est: nam non ideo & ejus sequela sublata est. Nihil etiam obstat *lex eos, Cod. de usur.* quam adducit Accursius, & si quæ sunt alix similes, quibus dicatur, sublata obligatione principali, tolli etiam usurarum obligationem, quia usuraria obligatio est personalis obligatio, non realis, & nos solam realem manere dicimus. Omnem autem in personam actionem confusione tolli, etiam usurarum obligationem, aut accessionum obligationem, veluti fidejussoris,

ris,

ris, aut mandatoris, d. l. *Granius*. Et hæc quidem omnia ita se habent, si creditor, idemque heres coactus hereditatem adierit, & restituerit fideicommissario, præterita, aut omiſſa ratione, vel detractioe ejus, quod sibi defunctus debuit. Quo casu confunditur actio personalis, & extinguitur, & quartæ detractioe etiam amittit, quam detraheret, si sua sponte adiiſſet hereditatem suo periculo, & coactus eam non adiiit suo periculo, sed periculo fideicommissarii, l. 4. *sup. hoc tit.* Nunc videamus, quid sit dicendum (quæ est posterior pars hujus prioris quæstionis) si res sit integra, id est, si creditor, idemque heres nondum adierit hereditatem. Et tunc eleganter Paulus docet, ei esse integrum, & liberum inducere rationem ejus, quod sibi defunctus debuit, ut scilicet non ante cogatur adire, quam exsoluta ei sit pecunia, quam ei defunctus debuit, aut ei satis cautum eo nomine, de indemnitate scilicet, vel de ea pecunia ei solvenda post aditionem & restitutionem. Et sane, si hoc desideret, æquissimum est ei consuli solutione, vel cautione, ut indemnitas damno servetur. Neque mirum est, si eum indemnem damno servari dicamus, cum etsi de lucro agat, id ei servari oporteat. Et hoc loco legendum, cum de lucro agit, ut in *l. si mulieri solvere, ad Vellejan.* Si mulier de lucro agat, male Florentinæ hoc loco, cum de lucro *assit*, quod secundum scripturam Florentinam est *absit*, nam scribunt affuisse, pro absuisse, & *assit*, pro *absit*. Ne legamus *assit*, vel ut alii habent *absit*, sed *agit*, nihil est evidentius. Cui autem lucrum servatur, & multo magis debet is damno servari indemnitas (Et ita argumentatur Paulus hoc loco) Servatur autem ei lucrum, ut puta si ab eodem testatore legatum ei relictum sit sub conditione, si heres non extitisset. Et ita in fine hujus legis responsum esse Paulus ait. Responsum autem ita est à Juliano in *l. ita tamen, s. si præceptis, sup. b. t.* ut & Ulpiano in *l. 11. hoc t.* Neque vero hoc casu, quo proponitur legatum ei relictum, si heres non extitisset, non potest dici ex tacita voluntate defuncti, quia dixit, *heres esto, vel si heres non erit, legatum illud capio*: non potest, inquam, dici ex ea voluntate defuncti in ejus arbitrio esse adire, vel repudiare hereditatem, nec posse eum à fideicommissario compelli, ut adeat, & restituat, quia ut concludit in fine hujus l. cum testator alterutrum ei dederit, puta, ut adiret hereditatem, & restitueret, vel ut repudiaret hereditatem, & caperet legatum: quod arbitrium jure heredi a testatore dari hic locus ostendit. Cum, inquam, testator alterutrum ei dederit, nos, inquit Paulus, utrumque ei præstamus. Quæ verba sane obscura, ut redigas ad facilitatem, ponere debes, quod & Julianus ponit in *d. s. si præceptis*, eum fuisse ex parte heredem scriptum, non ex *asse*, & legatum ei relictum à coherede sub conditione, si heres non esset. Alioquin si heres esset ex *asse*, legatum ei relictum prorsus inutile esset. Legatum ergo ei à coherede relictum est sub conditione, si heres non esset, quod tamen si coactus adierit hereditatem, ei heres præstare non tenetur, quia defecit conditio legati. Aditione enim etiam coactus factus est heres, d. l. 11. Sed tamen æquum est, ut quantitas legati, quod ad eundem amissurus est, ei à fideicommissario præstetur, & prærogetur, antequam adire cogatur: Atque ita ratione quadam æquitatis fit, ut quem testator alterutrum habere voluerit, is habeat utrumque, id est, hereditatem habeat, & legatum capiat, non quidem à coherede, ut testator voluit, quia aditione defecit conditio legati, sed à fideicommissario, quo postulante, & urgente adiiit, ne coacta aditio (quod est æquissimum) ei lucrum, quod sperabat, intercipiat. Unde postremo (ut jam ante dixi) ita argumentatur: quod si non potest coacta aditio hereditatem interciperi, puta legatum: ergo nec damnum ei adferre potest pecuniæ suæ, id est, sibi à defuncto debita, sed prærogari eam oportet, aut prænumerari, vel de ea cavere integra, priusquam adire cogatur, & restituere hereditatem. Et ita hæc quæstio omnis explicata est.

A D *s. Ea, quæ*. Species hujus *s.* est eiusmodi: mulier in danda dote pacta est cum marito, ut si se maritus vita

Tom. II. Post,

A tuperaret, id est, si ipsa moreretur in matrimonio superlittere marito, & matre, dotis partem dimidiam maritus restitueret, & forte subjecit stipulationem conceptam in personam matris: mater autem eo nomine nullam stipulationem interposuit: mater non est stipulata dotis partem sibi reddi mortua filia in matrimonio. Itaque filia pacta tantum est, & stipulata matri absenti in eum casum, partem dotis reddi, quæ conventio est inutilis, & inanis, quia alteri paciscimur, & stipulamur inutiliter, l. *quo tutela, s. ult. de reg. jur. l. stipulatio ista, s. alteri, de verb. obl.* Etiam matri paciscimur inutiliter, l. *inter, s. pen. de pact. dotal.* At moriens filia matrem, & maritum suum heredes scripsit, & matrem rogavit, ut hereditatem, id est, portionem suam L. Titio restitueret sub conditione aliqua, vel ex die aliquo certo. Post mortem ejus inter matrem, & maritum, inter socrum, & generum sumptus est arbiter, vel judex familiæ circiscundæ: judex, inquit, additus, hoc est, datus est de hereditate dividenda inter matrem, & maritum, qui quidem judex imperitia lapsus, quasi utile esset pactum factum matri, quod jure profecto est inutile, partem dotis matri pro parte adjudicavit, id est, pro parte hereditaria, ex qua mater heres scripta est. Glossa pessime pro parte *mariti coheredis*, quasi pro sua parte mater alteram dotis partem capiat jure hereditario, quod est prorsus vitiosum & falsum. Nam in matrimonio mortua uxore tota dos, quia inutile pactum est, jure præcipuo, & proprio, non jure hereditario remanet penes maritum, siue sit dos adventitia, siue profectitia, si modo pater non extet, neque veniat in divisionem uxoriæ hereditatis, l. 23. *sup. de evict. l. mulier, de cond. instit. l. cum pater, C. de jure dot.* Et Ulpianus aperte, quod nescierunt interpretes *lib. singul. regul. tit. de dotibus*. Quæritur autem hoc loco, an ex causa fideicommissi, mater eam partem dotis, quæ sibi pro parte hereditaria adjudicata est, L. Titio fideicommissario restituere teneatur? Et respondet non teneri: Optima ratio: quia hereditatem tantum L. Titio restituere rogata est, & pars illa dotis, non hereditati accepta fertur, sed errori, & imperitiæ judicis, qui eam quasi ex pacto debitam matri perperam adjudicavit: & mater quoque eam accepit, non ut heres, sed ut mater ex pacto. Multum autem interest, quo animo, quoque jure quid quis accipiat, vel habeat, ut & in priori quæstione hujus legis: Creditor pignoratitius adita hereditate debitoris, licet eadem opera adquisierit dominium pignoris, quod fuit debitoris, tamen restituta hereditate ex causa fideicommissi, jus pignoris salvum habet, quia id nunquam ipse sibi habuit ut dominus, sed ut creditor: nec fuit etiam, ut id sibi haberet ut dominus, qui mox dominium amissurus erat restituta hereditate, quia restitutio mutat dominium, l. *facta in princip. hoc tit.* Quod autem dixi, matri filiam pacisci inutiliter, ei forte objicies *l. Cajus, sol. matrim. & l. pater, C. de pact. convent. & l. Publia, depof. ubi ex pacto, vel stipulatione dotis reddendæ, vel depositi reddendi filio, vel filia, nepoti, vel nepti, interposita à patre, vel matre, vel ab avo paterno, vel materno, liberis ex æquitate accommodatur utilis actio. Sed contra id objicies, aliud esse filiam pacisci matri, ut longe, in proposita specie, quod fit inutiliter, aliud patrem, vel matrem, vel avum pacisci filii, vel nepoti, quod non fit prorsus inutiliter, quia liberis ex æquitate accommodatur utilis actio: hoc datur jure speciali summo affectui, atque enixæ benevolentia parentum erga liberos, ne liberi eorum beneficio, liberalitate, affectione propensissima defraudentur. Natura certe major est parentum affectio, quam liberorum. Parentes enim liberos diligunt quasi partem sui: filii autem patres, quod ab iis profecti, & procreati sint. Propior autem est genito genitor, quam genitus genitori. Et adjicit Arist. Certius parentes scire qui sui liberi, quam liberos qui sunt sui parentes. Ac præterea, antiquiorem esse amorem parentum, quam liberorum, natos enim ex nobis statim amplectimur, & diligimus: nati autem non statim, sed procedente ætate, tempore, & consuetudine. Denique summis affectionibus parentum est cur plus juris tribuant auctores, quam filii.*

R r r

Ad

Ad L. LXXI. de Fidejussor. *Granius Antoninus pro Julio Pollione, & Julio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei ejusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit. Julii bona ad fiscum venerunt. Similiter & creditori fiscus successerat. Mandator allegabat, se liberatum jure confusionis: quia fiscus tam creditori, quam debitori successerat. Et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fidejussorem, ita & mandatorem liberatum esse. Quamvis enim judicio convento principali debitore mandator non liberetur: tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis jure sublata obligatione, etiam mandator liberatur: vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint, & alteri heres extitit creditor: justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione. Et puto additione hereditatis, confusione obligationis eximi personam. Sed & accessiones ex ejus persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse: ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum ejusdem pecunie non liberari: & per hoc nec fidejussorem, vel mandatorem ejus. Plane, quia is mandati judicio eligere potest, vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si ceperit conveniri. Cum altero autem reo, vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerint, posse creditorem agere. Quod si creditor fidejussori heres fuerit, vel fidejussor creditori, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum.*

Ad §. Si ponamus, unum ex reis promittendi pactum esse, ne à se peteretur, deinde mandatorem solvisse: mandati judicio conveniri potuit etiam eum, cum quo pactum est. Non enim pactum creditoris tollit alienam actionem.

Ad §. Placet mandatorem teneri, etiamsi sceneraturo creditori mandet pecuniam credere.

GRANIUS, pro quo nomine ante Florent. editionem legatur Uranius, ut P. Granius quidam Codices habent in Bruto Ciceronis, ut *Granius Flaccus* apud Censorinum. Quæstio autem hujus legis est etiam de confusione obligationis. Species est hujusmodi: Quidam mandatu Granii pecuniam credit Pollioni, & Rufo, ita ut essent duo rei ejusdem debiti, id est, ut singuli obligarentur in solidum, & in partem virilem. Postea Pollionis unius ex reis debendi bona confiscata sunt ex causa criminis ejusdem. Deinde confiscata etiam sunt bona creditoris, atque ita fiscus successit creditori, & debitori. Et facta ergo videtur confusio obligationis, non principalis tantum, qua Pollio tenebatur, sed etiam mandatoris, qua Granius tenebatur obstrictus. Et sane, si unus tantum fuisset debitor, confusione hujusmodi liberaretur, non debitor tantum, sed & mandator, & fidejussor, l. 2. de solut. Quia etsi electo, sive judicio convento principali debitore, non continuo mandator, aut fidejussor liberatur, antequam pecunia peroluta sit, l. 13. hoc tit. confusa tamen obligatione debitoris, consequens est, mandatorem quoque ejus, vel fidejussorem liberari, non tam, quia confusio solutionem imitatur, quam quod natura non patitur, ut quis pro fisco, & apud fiscum obligatus sit ex causa mandati, vel fidejussionis, ut in l. heres, §. quod si stipulator, & l. si quis pro eo, §. 1. hoc tit. l. tutor, ad Vellejan. l. qui hominem, §. quidam, de sol. quia res in eam causam deducta est, à qua nec incipere poterat: neque enim potuit initio idem esse creditor, & debitor, l. pro parte, de servit. l. existimo, de verb. oblig. Et ita quidem, ut dixi, res se habet, si unus tantum esset debitor. At quia in specie proposita duo sunt rei debendi, Pollio, & Rufus, & Pollionis confusa obligatio est publicatione bonorum ejus, non etiam obligatio Rufi, dicimus propter Rufum, mandatorem ipso jure obligatum manere, neque enim per omnia confusio solutioni comparatur. Solutio facta ab uno liberaret utrumque reum debendi, & accessiones, sive intercessores omnes: confusio liberat tantum personam ejus debitoris, cui creditor successit, & ex persona ejus

A mandatorem, vel fidejussorem. At non liberat etiam alterum correm, puta Rufum, neque ex Rufi persona mandatorem, proinde Rufus tenetur in solidum, si non fuerint socii Pollio, & Rufus: vel tenetur in partem virilem tantum, si socii fuerint, quia communis obligatio pro parte confusione sublata est. Mandator autem ex persona Rufi, licet ipso jure non liberetur, tamen (ut rectissime docet) liberatur per exceptionem doli mali, si fiscus ab eo petat, ut creditor, quia quod ei solverit, id mox à fisco ut debitore repetere potest actione mandati, & dolo malo facit, qui petit, quod redditurus est, l. dolo, de doli except. Quod & Quintil. ait, Declamat. 273. *idem es reus, à quo sui repetiturus, si quid tanquam sponsor solvissem.* Ad hæc notandum, & in aliis plerisque causis confusione non sequi jus solutionis, ut in priore quaestione l. debitor, quam sup. exposuimus, & l. cum quis, §. ult. de solut. nam solutio liberat pignora: confusio non item. Et quod ait *lex in omnibus, de solut.* in omnibus speciebus liberationum etiam hypothecas, & pignora liberari, id falsum est in confusione. Non sequitur etiam confusio jus solutionis in specie proposita in hac l. illo loco, *Quod si creditor, &c.* Solutio fidejussoris, vel mandatoris, id est, si fidejussor solverit creditori, vel mandator, liberat debitorem, nihil est evidentius. Confusio, ut puta, si creditor fidejussori, vel contra, fidejussor creditori heres extiterit, fidejussor solus liberatur, non debitor, ut d. l. in omnibus, & l. heres, §. ult. hoc tit. Cætera, quæ sunt in hac leg. non sunt de confusione, & sunt satis aperta. In §. si ponamus, uno ex reis debendi pacifcente cum creditore, ne à se pecunia petatur, quod pactum personale est proculdubio, & postea mandatore solvente creditori, hoc casu, id quod mandator solverit creditori, actione mandati repetere potest, non tantum ab eo, qui pactus non est, sed & ab eo, qui pactus est, ne à se creditor peteret, quia solutione mandator utrumque liberavit: & pactum, quod cum creditore correm habuit, non potuit tollere alienam obligationem, puta obligationem mandatoris, sed suam tantum, per exceptionem pacti scilicet, quia nec sua ipso jure pacto tollitur. Postremo videamus, quid sit, quod ait: *Placet mandatorem teneri etiam si, &c.* quid hoc tibi vult? an mandatum posse præcedere obligationem, quod est certo certius, vel posse sequi, ut in l. si vero non remunerandi, §. si post, & l. si præcedente, §. Lucius, mand. sicut & fidejussio præcedere, aut sequi potest obligationem principalem, l. 6. §. ult. hoc tit. §. si fidejussor, Inst. de fidejuss. An igitur in fine hujus l. hoc significat, mandatum posse præcedere principalem obligationem, & mandatorem accipi posse ante creditam pecuniam debitori principali futuro? minime. Hoc non vult Paulus sed Pauli sententia hæc est: credendi verbo etiam scenus significari, & ideo eum, qui mandavit creditori pecuniam credere, teneri etiamsi creditor eam sceneraverit, non simpliciter crediderit.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. V. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLIII. de Pactis. In emptionibus scimus quid præstare debitor debeat, quidque ex contrario emptor. Quod si in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id servari debet.

INITIUM huic Libro V. dabit l. 43. de pactis. Cui adjungam etiam l. 6. de hered. vel act. vend. & l. 7. de rescind. vend. In l. 43. Florentini ita scriptum habent perperam, in emptionibus scimus quid præstare debitor debeat: vulgo rectius, quid præstare venditor debeat, ut & in Basilicis, ἐξέστιν ἀπὸ συμφώνως μετὰ τὰ παρα τὴν πρῶτην, ἢ τὴν ἀγοραστῆ ὀφείλοντα γένεσθαι: id est, licet pacto immutare, & immutare ea, quæ à venditore, vel emptore præstari debent. Scimus, inquit, id est, compertum, & exploratum

nobis est, in emptionibus quid jure venditor conventus actione ex empto, vel quid emptor conventus actione ex vendito præstare debeat, sed id pacto imminui, & immutari potest: ut si paciscantur inter se emptor, & venditor, ne venditor caveat, aut teneatur de evictione, *l. pacta, de contrab. empt.* vel ne conveniatur actione redhibitoria, aut quanti minoris, *l. pacisci, hoc tit.* vel ut emptori remittatur pars pretii, de quo initio conventum est, *l. emptor, in princip. hoc tit.* vel ut emptori non præstentur dolia in horreo vendito defossa: vel ne præstentur lapidicinz, quæ sunt in fundo vendito, quæ alioquin sequerentur emptorem, *l. dolia, l. in venditione, de contrab. empt.* Scimus, inquit, jure quid debeat præstare venditor, quid emptor vicissim, sed si quid in contrahendo exceptum fuerit pacto convento, ex his, quæ jure empti, & venditi continentur, id servari debet. Ulpianus in *l. contractus, de reg. jur.* Id servatur, inquit, quod ab initio convenit: legem enim contractui dedit, si quid, inquit, exceptum fuerit. Qua ratione fortasse hæc pacta etiam dicuntur exceptiones in *l. jurisgenium, §. adeo, sup. hoc tit.* Ut autem in Florentinis hoc loco perperam scriptum est, *Debitor, pro Venditor*, ita contraria ratione in *l. si quis dolo, §. 1. de re jud. Venditor, pro Debitor*. Similiter male in Florent. *l. 18. de furtis, cum debitore, & vulgo rectius, cum emptore*, ut in Basil. *τὸ ἀγοραστήριον, &c.*

Ad L.VI. de Hered. vel act. vend. Emptori nominis etiam pignoris persecutio præstari debet: ejus quoque, quod postea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori.

Conjungenda nobis hæc lex est cum superiore, & ex ea, aut occasione ejus potest apponi exemplum ad leg. 43. & ambæ conjungi hoc modo: *Venditor nominis*, id est, crediti, cautionis, obligationis, actionis, si fuerit creditor pigneratitius, debet emptori cedere, & præstare non tantum principalem obligationem, sed & hypothecariam, id est, persecutionem pignoris: & non tantum pignoris accepti ante venditionem, sed & ejus quod post venditionem accepit, antequam emptori ullam cederet actionem: nam beneficium venditoris prodesse debet emptori: quæ est sententia legis 6. Ideoque etsi mandatorum, vel fidejussorem venditor à debitore, cujus nomen vendiderit, acceperit, actionem mandati, vel ex stipulatu adversus mandatorum, vel fidejussorem, cedere debet emptori. Verum hoc ita accipiendum est, nisi aliud actum sit, *l. venditor actionis, inf. hoc tit.* Nam ut ait lex 43. si quid in emptionibus exceptum fuerit, id servari oportet. Et ita venditor nominis præstat debitorem esse cum, cujus nomen vendidit: sed non debet præstare idoneum esse, & locupletem debitorem, nisi id actum sit, *l. 4. hoc tit.* Præstare tantum debet esse debitorem, & quidem nulla exceptione suffultum esse, nisi aliud in contrarium actum sit, *l. 5. hoc tit.* quia in emptionibus quod excipitur, omnimodo servatur. Et nihil est præterea in hac *l. 6.*

Ad L.VII. de Rescind. vend. Si id, quod pure emi, sub conditione rursus emam, nihil agitur posteriore emptione.

Ad §. Si pupilli persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quamvis venditor jam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati sint. Quod si ante tutoris auctoritas intervenit, deinde sine tutore auctore emit, nihil actum est posteriore emptione. Idem potest queri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emptione: an proinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo, retentiones competant. Sed nec illud sine ratione dicetur: quoniam initio recte emptio sit contracta, vix bonæ fidei convenire, eo pacto flari, quod alteri captiosum sit, & maxime, si justo errore sit deceptus.

Sequitur *l. 7. de rescind. vend.* Si quod pure emi, rursus emam sub conditione eodem pretio, non majore, vel minore, ut recte Odofredus addit (alioqui renovata em-

Tom. II. Post,

ptio esset, *l. pacta, de contrab. empt.*) ait Paulus initio hujus legis, nullam esse posteriorem emptionem, quæ est conditionalis: nec à priore, quæ pura est, recessum videri: à priore, quæ perfecta est, recessum non videri per imperfectam, qualis est conditionalis, *l. necessario, inf. de per. & comm. rei vend.* Itaque sive defecerit conditio posterioris emptionis, prior emptio manet integra: sive extiterit conditio posterioris emptionis, ea sane nihil prodest, nihil immutasse, vel adjectisse intelligitur. Et ita, si te pure heredem institueris, deinde sub conditione te eundem instituas, nihil valet sequens institutio, quia prior satis fuit plena, *l. si te solum, §. 1. de hered. inst.* quam miror nullum interpretem adducere in hanc rem. At ex diverso, si quid emi sub conditione, rursus eodem pretio emam pure, credo Paulum subscripsisse, posteriorem emptionem esse potiorum, & priorem infirmari: sicut si quem sub conditione heredem feci, deinde faciam heredem pure, verum est posteriorem institutionem esse potiorum, quia est hæc plenior, quam prior, *l. 67. de hered. inst.* Et ita congruenter, & convenienter subjicit Paulus in hac *l.* si quod pupillus emit tutore auctore, rursus emat sine tutoris auctoritate, nihil agi posteriore emptione. Contra, si quod pupillus emit sine tutoris auctoritate, deinde emat tutore auctore, posteriorem emptionem valere, quia plenior est: obligat enim utrumque venditorem, & pupillum. Prior emptio claudet, quia ex uno tantum latere consistebat: Nam qui vendidit pupillo sine tutoris auctoritate, obligat se pupillo, pupillum autem sibi non obligat, atque ita venditio claudet, *l. Julianus, §. si quis à pupillo, de act. emp. l. 1. hoc tit.* Pupillus scilicet habet actionem ex empto, ut res vendita ei præstetur, venditor non habet actionem de pretio ex vendito, non habet actionem pretii. Sed pupillo agente ex empto, & petente sibi tradi rem venditam, sane venditor habet retentionem rei venditæ, veluti jure quodam pignoris, quoad pretium offeratur, *l. Julian. §. offerri, de act. emp. l. quod si nolit, §. Marcellus, de edil. ed.* Et hoc est, quod infra ait Paulus, pupillum non teneri ex vendito: sed pupillo agente venditori retentionem competere, id est, venditorem pretium servare non posse actione, sed retentione rei tantum, qui locus est valde singularis. At finge, pupillus emit tutore auctore, rite contracta emptio est, deinde re integra sine tutoris auctoritate pactus est cum venditore, ut discederet ab emptione. Quæro, utrum consistat prior emptio, quæ recte contracta est tutore auctore, nec resoluta intelligatur contrario consensu, an vero perinde sit, atque si ab initio rem pupillus emisset sine tutoris auctoritate, ut scilicet ipse pupillus liberetur obligatione empti, & venditi, non etiam venditor, ut *l. 1. hoc tit.* vel quod idem est, ut venditor non habeat adversus pupillum actionem pretii, sed agente pupillo habeat tantum retentionem rei, quoad ei pretium solvatur, ut exposui paulo ante. Et respondet hic Paulus, melius esse, ut dicamus, non resolvi emptionem initio recte contractam, quia bonæ fidei non convenit, ut stet posteriori pacto, ut servetur posterius pactum, quod pupillus fecit cum venditore, sine tutoris auctoritate in fraudem venditoris, id est, ut ait, quod venditori captiosum est, quod venditori fraudi est, & maxime quod omnino exigitur. Alioqui servatur pactum, & resolvitur venditio, sed non maxime, si venditor justo errore deceptus ita pepigerit, ut puta cum puberem eum esse existimaret. Hoc igitur casu, uterque obligatur ex pristina emptione, & venditione jure perfecta, nec statuitur pactum posteriori facto sine tutoris auctoritate, si venditor justo errore deceptus fuerit: alioqui resolvitur emptio, & venditio, si nullus error venditoris fuerit.

Ad L.IX. de Serv. export. Titius servum vendidit ea lege, ut si Romæ moratus esset, manus injicere liceret. Emptor alii eadem lege vendidit: Servus fugit à secundo emptore, & Romæ moratur: Quæro an sit manus injectio, & cui? Respondi, in fugitivo non est dubitandum, nihil contra legem factum videri, quia nec domino auferre se potest, nec qui in fuga est, ibi moratur. Quod si ex voluntate secundi emptoris contra legem moratus sit, potior habendus est, qui auctor fuit legis:

R. 11 2

Et

Et posterior, magis admonendi emptoris, & liberandi se, eandem legem repetierit: nec poterit aliquo modo auferre legem sui venditoris, cujus conditio exiit: Nam & si pœnam promississet, tenetur: licet ipse quoque stipulatus esset. Sed in pœna promissa duæ actiones sunt: manus autem injectio in servum competit. Quod si prior ita vendidit, ut prostituta libera esset: posterior, ut manus injicere liceret, potior est libertas, quam manus injectio. Plane si prior lex manus habeat injectionem, posterior libertatem, favorabilius dicitur liberam fore: quoniam utraque conditio pro mancipio additur. Et sicut manus injectio, ita libertas eximit eam injuriam.

Ad L. IX. Qui sine manu, ad libertatem pervenit. Latinus Largus vendidit ancillam ita, ut manumitteretur, non addito tempore. Quæro, quando ex constitutione incipit ei libertas competere, cessante emptore in manumittendo? Respondi: inspiciendum est, quid actum sit, utrum, cum primum potuisset, ut manumitteret: an ut in potestate esset emptoris, quando vellet manumittere. Priori casu facile tempus deprehendi poterit. Posteriore utique moriente emptore competit libertas. Si non appareat quid convenerit: favor priorem inducet opinionem: id est, ut intra duos menses, si ambo præsto sunt, tam servus, quam emptor ejus: Servo enim absente, nisi emptor intra quatuor menses imposuerit libertatem, ex constitutionibus ad libertatem eripitur.

Species hæc est: Quidam civis Romanus servum vendidit ea lege, ne Romæ moraretur: vel propter suam securitatem, quia sibi ab eo servo timeret, ne quod is sibi crearet periculum, l. i. hic, vel quia oculi sui conspectum ejus servi ferre non poterant: vel qua alia ratione, & huic pacto addidit denunciationem, ut si is servus Romæ moraretur, sibi liceret manum injicere, & eum abducere quasi servum suum sine judicis auctoritate. Post emptor eundem servum alii eadem lege vendidit, ut si Romæ moraretur, voluntate emptoris sibi liceret in eum manum injicere: deinde servus fugit à secundo emptore, & Romæ moratur. Quæritur an competat manus injectio, aut cui competat, priori, an posteriori venditori? Et respondet Paulus, in fugitivo servo manus injectioni locum non esse, quia nihil factum videtur contra legem venditionis, contra pactum venditioni insertum. Ideo autem nihil contra legem venditionis supradictam factum videri, quia, inquit, servus nec domino se auferre potest, nec qui in fuga est, ibi moratur: Utitur *ἐν τῷ ἀσπί, & ἀντιπροστασίου ἐν τῷ ἀσπί*, quia servus, inquit, domino se subducere, & auferre non potest: vel (ut dicam apertius) servus dominum possessionem sui privare non potest per fugam, sive dominium subvertere non potest possessione sui, l. Pomponius, in princ. l. rem, que, de acquir. possess. l. ult. §. servus, de public. & vel l. gal. l. non solum, §. si rem, de usurp. & usucap. *ἀντιπροστασίου*, quia, inquit, etiam si se domino auferre posset, tamen qui est in fuga, ibi non moratur, ubi agitat fugam, ut in l. servus, de leg. 3. Hæc enim sunt contraria morari, & esse in fuga, stare, & fugere, aut currere. Ergo nihil factum videtur contra legem venditionis, quia Romæ non intelligitur morari, qui Romæ fugam agit, nec certam sedem fixit Romæ. Ex quo efficit Albericus, hoc loco, exsulem, cui interdictum est civitate sub pœna gravissima, si in civitate moraretur, non incidere in pœnam, si transeat civitatem, aut in ea diversetur, quod æquissimum est. Paulus autem ex eo efficit, in specie proposita, manus injectionis locum non esse, si servus fugerit à secundo emptore, quia cum quis in locum fugit, ibi morari non videtur: fugitivi, aut erroris nullæ sunt sedes certæ, & si voluntate secundi emptoris, hoc est, citra fugam Romæ moretur, tamen manus injectioni locus sit hoc casu, tamen ea non competeret primo emptori, eidemque secundo venditori, sed primo venditori tantum, qui auctor est legis supradictæ, etiam si postea servus cucurrerit per plures dominos, & emptores, ut in l. si quis sub hoc pacto, de contrab. empt. Secundus venditor non est ejus legis conventionis auctor, quia ipse in vendendo eam legem repetiit magis admonendi secundi emptoris, & se liberandi gratia, & exonerandi, quam quod nollet & ipsum servum Romæ morari. Et ideo non

potest esse potior suo venditore in ea lege exercenda in manu injicienda: non potest præripere, vel auferre legem suo venditori, cujus conditio jam exiit. Idque comprobatur, ducta similitudine à stipulatione pœnæ: nam si primus venditor non excepisset manus injectionem, sed stipulatus esset pœnam sub eadem conditione, si servus Romæ moraretur voluntate emptoris, ac deinde emptor eundem alii sub eadem lege, & pœna vendidisset, voluntate secundi emptoris, servo Romæ morante, primo venditori adversus suum emptorem pœnæ petitio ex stipulatu competeret. Ergo & in proposita specie primo venditori competit manus injectio, & in eo jure præferetur secundo. Sed aliquid interest inter hæc duo, utrum primus emptor stipulatus sit pœnam, si servus Romæ moraretur, an sibi excepisset manus injectionem: nam priore casu si stipulatus sit sibi pœnam, non tantum primo venditori, sed etiam secundo venditori adversus eum, qui sub eadem lege, & pœna servum vendidit, competeret pœnæ petitio, atque duæ essent actiones pœnales. Una, primo venditori in secundum: altera, secundo venditori in suum emptorem, cujus voluntate servus Romæ moratur. Ergo hac re distat pœnæ exceptio ab hac exceptione manus injectionis, quia manus injectio competit tantum primo venditori: pœnæ persecutio utrique adversus suum emptorem. Et ratio differentiæ hæc est, quia secundus venditor etiam sibi pœnam stipulatus est; manus autem injectionem sibi non recepit, sed quæ suo auctori competeret, quæve lege obstrictus esset suo auctori, eadem obstrinxit suum emptorem. Et hæc sunt, quæ pertinent ad priorem partem hujus legis. Sequitur alia species in posteriori parte. Prior venditor ancillam vendidit ea lege, ut si prostitueretur ab emptore, protinus libera esset, emptor vero, idemque posterior venditor eandem ancillam ea lege vendidit, non ut libera fieret, sed ut manum injicere liceret, videlicet si prostitueretur: ea vero prostituta à secundo emptore: quæritur, an libertas, quam denunciavit prior venditor, manus injectione potior sit, quam sibi recepit posterior venditor? Et respondet Paulus libertatem esse potior, nec manus injectioni locum esse si prostituta sit à secundo emptore. Idemque dicendum ait ex diverso, si prior lex prioris venditionis habuerit manus injectionem, posterior libertatem: nam & hoc casu libertas potior est, quamvis libertatis lex sequatur legem manus injectionis, non præcedat, sicut servo legato, eodemque in eodem testamento libero esse jussu, sive legatum, sive libertas præcedat. In obscura voluntate verius est potior esse libertatem, l. 10. §. ult. de manum. test. l. 14. de leg. 2. Et in proposito casu ratio respondendi secundum libertatem probabilis, & favorabilis hæc est, quia utraque lex, sive conditio libertatis, sive manus injectionis additur venditioni pro ancilla ipsa, ut vel per libertatem, vel per manus injectionem eximatur ab injuria prostitutionis, & favorabilius est eam eximi per libertatem, quam per manus injectionem. Recte Grammatici notant *manum injicere*, esse verbum juris: Est enim ex 12. tabul. illo loco: *Manus injectio esto, in jus ducito*: & alio loco. *Si calvitur, pedemve struit, manum endo jacito*. Sed in l. 12. tabul. eo sermone manus injectio significatur, quæ fit adversarii in jus ducendi, vel rapiendi gratia: alias manus injectio fit in dominum suum, servi vindicandi gratia, ut in priore parte hujus legis, cum venditor sibi excepit manus injectionem, si servus Romæ moraretur, ut l. 1. C. si serv. exports. ven. In hac autem posteriori parte, manum injicere, est manum mancipio porrigere, ne prostituatur, vel ne prostitutum maneat, auxilii ferendi gratia, ut in l. causam, §. 1. de manumiss. manus injectio, inquit, plerumque auxilii ferendi gratia intervenit. Et hoc est, quod ait in fine hujus leg. tam libertatem, quam manus injectionem eximere servam ab injuria, auxilium servæ ferre, vel pudicitia ejus. Arbitror autem cum hac lege esse conjungendam ex eodem libro, l. ult. inf. qui sine manu. ad libertat. perv. quia & ea lex est de legibus mancipiorum vendendorum. Duas jam habuimus, unam, ne Romæ moretur, alteram, ne prostituatur: tertiam proponit,

d. l. ult. videlicet ut manumittatur. In vendendo scilicet A
mancipio convenit, ut manumittatur ab emptore, non
addito tempore, intra quod manumittatur. Servus ea lege
venditus, ut manumittatur intra certum tempus, tran-
facto illo tempore, cessante emptore manumittere, ipso
jure liber fit, ex constitut. D. Marci, & Commodi ad
Aufidium Victorinum, cujus mentio fit in l. ult. sup. tit.
de serv. export. & in aliis plerisque locis juris nostri. At
quom non est adjectum certum tempus, sed dictum sim-
pliciter ut manumittatur, cessante emptore in manumit-
tendo, quæritur, quando ex ea constitutione servus perve-
niat ad libertatem? Et respondet Paulus inspiciendum
esse quid actum sit inter contrahentes: nam si vel tacite
actum sit, ut quom primum poterit, emptor servum ma-
numittat, facile certum tempus definiri, & comprehendi B
potest, quod debuerit, & potuerit manumitti, ut l. rogo,
inf. quando dies leg. ced. Ideoque etiam tempus constitu-
tionibus definitum est huic rei, id est, explendæ manu-
missioni, datis emptori duobus mensibus, si ambo præ-
sentes sint, servus, & emptor: vel quatuor mensibus, si ser-
vus absit, quo tempore transacto, ipso jure servus in li-
bertatem eripitur. Sin autem actum sit, ut cum placeret,
cum liceret emptori, cum volenti emptori liberum esset
servum manumittere, ut manumitteretur, libertas differ-
tur in tempus mortis emptoris, quia non intelligitur ces-
sasse in manumittendo, cum in ejus potestatem rejecisse
videatur venditor, quando vellet manumittere. In obscu-
ro autem, quom non apparet quid actum sit inter empto-
rem, & venditorem, ait, sequendam esse priorem opinionem
quasi favorabiliorem, ut scilicet si tantum temporis consum-
ptum sit, ut potuerit, debueritque servus manumitti, puta C
duo, vel quatuor menses, servus secundum superiorem di-
stinctionem, tum ipso jure liber fit, ex constitutione Marci,
ut in l. naturalis, §. at cum, de præsc. verb. In obscura voluntate,
quantum potest, favendum est libertati semper, ut in l. pen-
in si de serv. export. l. 20. l. 179. de reg. jur.

Ad L. XLIII. De actionib. em. Titius cum decederet, Seja Sti-
chum, Pamphilum, Arefscusam per fideicommissum reliquit,
ejusque fideicommissum, ut omnes ad libertatem post annum per-
duceret: cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluis-
set, nec tamen heredem à sua petitione liberasset: heres eadem
mancipia Sempronio vendidit, nulla commemoratione fideicom-
missæ libertatis facta: emptor, cum pluribus annis mancipia su-
pra scripta sibi servissent, Arefscusam manumisit, & cum cæ-
teri quoque servi, cognita voluntate defuncti, fideicommissam li-
bertatem petissent, & heredem ad prætorum perduxissent: jus-
su prætoris ab herede sunt manumissi. Arefscusa quoque nolle
se emptorem patronum habere, responderat: cum emptor præ-
tium à venditore empti judicio, Arefscusæ quoque nomine re-
peteret: lectum est responsum Domitii Ulpiani, quo contineba-
tur, Arefscusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutio-
num, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen ni-
hil posse post manumissionem à venditore consequi. Ego cum
meminissem & Julianum in ea sententia esse, ut existimaret,
post manumissionem quoque empti actionem durare: quero,
quæ sententia vera est. Illud etiam in eadem cognitione
nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum
ex his, quem erudierat fecerat, ei restituerentur. Item quæ-
ve, Arefscusa, quæ recusavit emptorem patronum habere, cu-
jus sit liberta constituta: an possit, vel legatariam, quæ non libe-
ravit: vel heredem patronum habere: nam cæteri duo ab here-
de manumissi sunt? Respondi: Semper probavi Juliani senten-
tiam, putantis, manumissione ex empto actionem eo modo non
amitti. De sumptibus vero, quos in erudiendum hominem em-
ptor fecit videndum est, nam empti judicium ad eam quoque spe-
ciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum,
sed omne, quod interest emptoris servum non evinci: plane si
in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum
à venditore de tanta summa; veluti si ponas agitatore
postea factum, vel pantomimum, evictum esse eum, qui mi-
nimo venit pretio: iniquum videtur, in magnam quantita-
tem obligari venditorem.

Ad L. XLV. eod. Idque & Julianum agitasse Africanus refert:

quod justum est: sicut minuitur præstatio, si servus deterior
apud emptorem effectus sit, cum evincitur.

Ad §. Illud expeditius videbatur: si mihi alienam arcam ven-
dideris, & in eam ego edificavero, atque ita eam dominus
evincit: nam, quia possim petentem dominum, nisi impensas
edificiorum solvat, doli mali exceptione summovere: magis
est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat: quod &
in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evin-
ceretur: ut dominus mercedem, & impensas præstare debeat.
quod si emptor non possideat edificium, vel servum, ex empto
habebit actionem: in omnibus tamen his casibus, si sciens quis
alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.

Ad §. superest tertia deliberatio, cujus debet esse liberta
Arefscusa, quæ recusat emptorem: & non sine ratione dicitur;
ejus debere effici libertam, à quo vendita est, id est, heres: is:
quia & ipse ex empto actionem tenetur: sed hoc ita, si non Aref-
scusa elegerit emptoris patronatum: tunc etenim & illius re-
manet liberta, & ille ex empto actionem non habet, quia ni-
hil ejus interest, cum eam libertam habet.

Hæc leges magnam affinitatem habent cum leg. 70.
de evict. Propositio, sive species leg. 43. erit admo-
dum perspicua, si initio constituamus, non tantum eos ser-
vos, quibus testamento directa libertas relicta est in diem,
vel sub conditione, qui statuliberi dicuntur interim heredis
esse pendente die, vel conditione, & alienari ab herede
posse, sed alienari cum sua causa, id est, secum tracta ipe
& conditione libertatis; & similiter interim usucapi posse
cum sua causa, itemque manumitti, salva tamen ipe orci-
norum libertorum, l. 2. de statulib. Nam si interim manu-
mittantur ab herede, vel ab emptore, vel eos heres vendi-
dit, non fiunt manumissoris liberi, sed existente postea
conditione libertatis directæ, fiunt liberi Orcini ex testa-
mento, sive ut Theophilus noster loquitur, liberi Charon-
thei, quia inviti non experiuntur graviora patronorum ju-
ga. Et hoc jus dico non tantum in statuliberis servari, sed
etiam in iis, quibus ab herede, aut legatario, vel fideicom-
missario relinquuntur non directa, sed fideicommissaria li-
bertas in diem, vel sub conditione, qui proprie statuliberi
non sunt, sed quasi statuliberi, in hoc maxime, ut non ven-
dantur, non usucapiantur sine sua causa, non manumit-
tantur item sine causa. Nam & manumissi ab emptore, cui
heres rogatus iis præstare libertatem in diem, vel sub con-
ditione, eos vendidit: manumissi, inquam, ab emptore,
emptoris patronatum recusare, & heredis, vel legatarii, vel
fideicommissarii, qui rogatus est, eligere possunt ex con-
stitutionibus Adriani & Pii, l. generaliter, §. ult. l. non tan-
tum, §. si per fideicommissum, de fideicom. libert. quarum
constitutionem meminit etiam Paulus hoc loco. Et idem
non manumissi, plerumque optionem patroni habent, ut
scilicet, vel ab herede manumittantur, aut legatario, vel fi-
deicommiss. qui rogatus est, vel ab emptore, si interim
venditi sint ab eo, qui rogatus est, idque prætor fideicom-
missario interveniente, & ad manumittendum compellen-
te eum, quem elegerit. Hæc sunt certissima. Quibus præ-
missis, finge: L. Titius testator Sejam, cui tres servos, ver-
bis fideicommissariis legaverat, Stichum, Pamphilum, &
Arefscusam, rogavit, ut eos servos post annum manumit-
teret. Seja fideicommissum noluit ad se pertinere, id est,
repudiavit, nam nolle legatum ad se pertinere est repudia-
re, l. filium, l. in plurium, de acquir. hered. & perperam
hæc duo separant interpretes, ut nolle ad se hereditatem
pertinere est repudiare hereditatem. Denique repudiare
hereditatem, vel legatum in jure, id est, ad sellam prætoris,
est constituere, & respondere se nolle heredem, vel legata-
rium, vel fideicommissarium esse: Seja igitur repudiavit
fideicommissum, nec tamen heredem à petitione fidei-
commissi liberavit acceptilatione, vel pacto. Repudiatio
vero sola (quod maxime notandum) non liberat here-
dem, quia cum herede ea res non geritur. Vtrum servi, qui
repudiantur remanent apud heredem cum onere præstan-
dæ fideicommissariæ libertatis. Postea vero heres eos ser-
vos, qui apud eum remanserant alii vendidit, nulla facta
mentionem libertatis fideicommissariæ, cujus causam secum

trahebant . Emptor ignarus fideicommissariae libertatis , cum eos servos longo tempore possedisset & tenuisset , tandem Arescufam manumisit sua sponte , Stichum & Pamphilum retinuit in potestate . Cognita autem voluntate L. Titii, Arescusa respondit , se nolle emptorem , à quo manumissa erat , patronum habere , & respondit in jure , ut in *d.l. in plurium* , respondit nolle ad se hereditatem pertinere : respondit scilicet in jure , nam repudiatio fit in jure , *l. si quis C. de repud. hered.* recusatio quoque patroni fit in jure . Arescusa igitur repudiavit in jure patronatum emptoris , ejusdemque manumissoris . Ceteri autem servi Stichus & Pamphilus , rejecto etiam emptore , petierunt ab herede fideicommissariam libertatem & jussu praetoris fideicommissarii ab herede redempti , & manumissi sunt . Emptor agit ex empto cum herede , & pretium repetit , quod heredi numeravit pro Arescusa , eo quod libertam sibi Arescufam habere non licet , quae recusat suum patronatum . Inde oriuntur quaestiones , & deliberationes tres , quae sunt agitatae ex utraque parte in auditorio principis , vel praefecti praetorio , qui vice principis judicat , ut illa verba demonstrant in hac lege , *in eadem cognitione* . Cognitione enim per eminentiam dicitur pro cognitione principis , ut apud Suetonium in Claudio , rem cognitionis esse , non juris ordinarii . Prima quaestio haec est , an recte in heredem , eundemque venditorem emptor agat ex empto , & Arescusa quoque nomine , quam sponte sua manumisit , pretium repetat , quod pro ea heredi numeravit , Arescusa nimirum illum patronum habere recusante , ut ei permittunt constitutiones Adriani & Pii : ne duriorum patronum experiantur , quam testator voluerit : aut an Arescusa quoque nomine emptor pretium repetat , bene quoque , quia ceterorum servorum pretium , jam consequutus est emptor ab herede , qui eos redemit , & qui eos revendit , ut *l. 15. de fideicom. libert.* Et ad hanc quaestione primam , qui Paulum consulebat , referebat , lectum in auditorio fuisse responsum Ulpiani , scriptionis post manumissionem Arescusa , nihil posse emptorem , eundemque manumissorem voluntarium ab herede consequi actione ex empto . Cum autem idem consultor meminisset in alia sententia fuisse Julianum , rogabat Paulum utrius sententiam viorem esse existimaret , Juliani , an Ulpiani ? Ceterum legendum , ut in contextu Florent . *Ego cum meminissem* . ut similiter in *l. 5. de manum. vindic.* Ratio autem Ulpiani haec erat , quia emptor Arescufam sua voluntate sponte sua manumisit , ac proinde amisit eam suo facto , & ideo videtur non posse agere nomine evictionis , quod eam libertam non habeat , ut in *l. 16. §. pen. & l. 25. inf. de evict. l. si hominem , inf. de edil. edic.* Ratio Juliani haec est , quia heres sciens emptori Arescufam vendidit , celata conditione fideicommissariae libertatis . Ideoque vel plebenda retentivae gratia , heres pretium quoque Arescusa reddere debet emptori hoc nomine , quod emptor libertam eam non habeat , ut etiam est proditum in *l. 16. inf. de evict.* Et Juliani sententiae , tanquam aequiori merito subscribit Paulus hoc loco , *semper* , inquit , *probavi Juliani sententiam , putantis manumissionem actionem empti non amitti eo modo* , sic enim legendum , *eo modo* , id est , cum manumisit emptor ancillam , quam servam libertam habiturum sperabat , nesciens ei deberi fideicommissariam libertatem , quod eam legem in vendendo celaverit heres . Et haec est 1. quaestio definitio . Secunda quaestio est , non jam de Arescusa , sed de Stichum , si aliquos sumptus fecerit emptor ad erudiendum Stichum , an eos actione ex empto ab herede repetere possit ? Pretium Stichi jam consequutus est herede jussu praetoris coacto servum redimere , & ipso coacto revendere . Quidni ? cum & manumittere eum cogatur , si ab eo servus manumitti malit , *d. l. generaliter , §. ult.* An igitur superest emptori horum sumptuum repetitio ? Et huic quaestioni Paulus non respondet statim , sed de ea videndum , & deliberandum esse ait . Ac tentat primum superesse emptori horum sumptuum repetitionem , quia re evicta , quae venit ultra pretium , actio ex empto continet omne quod interest emptoris rem non evinci , omne quod venditorem dare facere oportet , ut est in formula *ex fide bona* . Idque ex hoc ipso Pauli libro

etiam repetitur in *l. 70. inf. de evict.* Et sane sicut si deterior factus fuerit servus venditus apud emptorem , quum evincitur : nam eo tempore , quod notandum , spectatur quanti sit servus , qui evincitur emptori , sicut , inquam , si deterior factus sit servus venditus apud emptorem , sive , depretiatus sit , eo minus emptor repetit actione ex empto , ut consequenter idem Paulus ait in *l. 45. hoc t. si quid fundo vendito flumen abstulerit* , quum evincitur , eo minus repetit , *d. l. 70.* eo minus repetit , actione ex empto scilicet . Nam ut Accursius distinguit recte , ex stipulatione duplici , quae strictior est , solidum repeti , licet evictionis tempore res minor , aut deterior facta sit , *l. ex mille , eod. tit. de evict.* Ita vero , si servus melior factus sit , & pretiosior quum evincitur , eo plus à venditore repetit emptor actione ex empto . Repetit ergo , ut videtur , sumptus eruditionis , & mercedem magistrorum , quorum doctrina servus melior & doctior factus est . Excipitur tantum unus casus , si in tantum servus factus sit pretiosior , ut immensum nunc plane sit ejus pretium , quod in vendendo venditori nunquam venerit in mentem , in tantum ex crescere posse , ut si (quibus exemplis Paulus utitur) factus sit curulium circensium agitator insignis , vel pantomimus insignis , cujus in theatro paratissima sint signa in omnem significationem rerum & affectuum , hoc casu iniquum est , venditorem damnari in tam immensam quantitatem , maxime , si bonae fidei debitor sit , nec idoneas facultates habeat ad solvendam tantam quantitatem . Nam & id , quod interest in actione ex empto , non aestimatur in infinitum , neque debet egredi duplum , ut si pretium emptionis fuerit decem , non debet excedere viginti , etsi hodie servi pretium excedat 20. quod ex Juliano Africanus scribit in *leg. sequenti* . Et ratio haec est in actione ex empto , cur in ea aestimatio ejus , quod interest non excedat duplum , quia moris erat ex causa evictionis cavere tantum duplam , & quod moris est , inesse intelligitur bonae fidei iudicio , sive actioni ex empto , quam taxationem dupli tamen postea Justinianus porrexit ad omnes casus certos , *l. un. de sent. quae pro eo , quod inter-profer.* In actione ex empto , id quod interest , si excedat duplum , nimium est . Id autem , quod nimium est , refectari bonae fidei iudicio convenit , ita ut aestimatio ejus quod interest ad finem dupli coarctetur . Hoc autem casu excepto , videtur emptori competere sumptuum repetitio per actionem ex empto . Quod ut evidentius appareat , perquam subtiliter idem Paulus in *l. 45. in qua persequitur ea , quae proposuit in l. 43. primum constituit* , ut solet omnia movere & omnem lapidem , quum quaestionem aliquam juris tractat & quandoque incondite & inartificiose , eo , inquam , primum constituit : Area aliena vendita à non domino , si emptor eam meliorem fecerit imposito edificio , quia omni jure edificio cedit solo , evictis aedibus à domino , emptorem à venditore actione ex empto sumptus edificiorum repetere non posse , quia imputatur ei , quod eos sumptus domino rem vindicante sibi non servaverit , ut potuit , per retentionem rei , & exceptionem doli mali , *l. 14. de doli except. l. sumptus , de rei vindic. l. si in area , de condic. indeb. l. 14. comm. divid.* Idemque procedit servo alieno vendito , quem emptor meliorem , doctiorem , pretiosorem fecit . Namque si verus dominus eum evincat in servitutem , sumptus eruditionis , & mercedis magistrorum ad periculum venditoris non pertinent , quia emptor eos potuit servare a domino servum vindicante opposita exceptione doli mali , ut in *l. 16. C. de evict.* Cur non servarit , de se quaeratur . Et haec quidem ita plane se habent in his casibus , ut imputetur emptori , quod impensas sibi non servaverit per retentionem . At retentio hujusmodi fieri non potest in specie proposita , servo vendito evicto in libertatem , & manumisso jussu praetoris , quia liber homo possideri & retineri non potest , quive ad libertatem evincitur , aut proclamat . Ergo quasi deficiente emptori remedio retentionis , in casu proposito emptor de sumptibus regressum habet adversus venditorem . Nam & ita , ut idem Paulus ostendit , si edificio , vel servum , qui petitur in servitutem , emptor non possideat , si modo sua sponte , aut sua culpa non amiserit possessionem , ut *l. si rem , §. 1.*

§. 1. inf. de evict. hoc etiam casu, quia deficit emptori remedium retentionis, quod ædes non possideat, aut servum, nec sua sponte, aut sua culpa desierit possidere, salva ei est adversus venditorem repetitio sumptuum, ut in *l. 9. C. de evict.* Post longam disputationem, Paulus tandem concludit, in omnibus his casibus ante relatis, eum, qui sciens vendidit servum alienum, evicto servo, de sumptibus factis in eum erudiendum, actione ex empto teneri omnimodo, id est, etiam si retentione emptor adversus dominum uti potuerit, quia deceptus est à venditore. Et eodem exemplo forte in specie initio proposita, quia venditor servum vendidit, sciens implicitum ei esse casum fideicommissariæ libertatis relictae post annum, emptori plectendæ reticentia gratia, æquum est adversus eum dari persecutionem sumptuum omnimodo, id est, etiam ultra duplum, atque ita omnia, quæ ante movit Paulus, & disquirit suo more, in venditore tantum bonæ fidei, qui vendidit ignorans causam fideicommissariæ libertatis, locum habent. Et ita quæstio, quæ erat prolixior, finienda est. Tertia, quæ est brevissima, quæ scilicet nascitur ex specie initio proposita, est de Arescusa, nempe, cujus sit liberta Arescusa, quæ recusat, ut diximus, emptorem, qui manumisit, patronum habere, an possit patronum optare heredem, vel Sejam legatariam: qui quæve Arescusa non manumisit: nam videbatur legatariam optare posse, licet repudiasset legatum, quia (ut initio legis 43. proposui) legataria licet repudiaverit, nondum liberavit heredem à petitione fideicommissi. An igitur liberum est Arescusa, si hoc malit, Sejam patronam eligere, Sejam legatariam. Paulus enim accipit legatariam pro fideicommissaria, sicut legati nomine generaliter etiam fideicommissum continetur. At respondet Paulus in *l. 45. §. ult.* Arescusa patronatum potius heredis optandum esse, si recuset emptorem: hac ratione, quia & heres ob id, quod illa recusat emptorem patronum, eo nomine tenetur emptori actione ex empto de pretio, ut jam dictum est, atque ita fit ut manumissor non sit patronus, sed non manumissor, arbitrato manumissi, ex beneficio supradictarum constitutionum. Si Arescusa non recusaret patronatum emptoris, nullus esset labor, quia nec heres eo casu teneretur emptori ex empto, quia nihil emptori abest, quum Arescusa sua voluntate, & non coactus manumiserit, & nunc eam libertam habeat: at quum recusat emptorem habere patronum, sane non potest se in alterius patronatum conferre, quam heredis, qui etiam propter recusationem ejus, tenetur emptori de pretio Arescusa. Et in extremo legis 45. quod Glossæ objiciunt *legem naturalis, §. ult. de præscript. verb.* id nos in ea lege explicabimus, quæ sequitur.

Ad L. V. de Præscr. verb. *Naturalis meus filius servit tibi: & tuus filius mihi.* Convenit inter nos, ut & tu meum manumitteres, & ego tuum: ego manumisi: tu non manumifisti: qua actione mihi teneris quæsitum est. In hac quæstione totius ob rem dati tractatus inspicere potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias. In quibus quæritur, quæ obligatio nascatur.

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

Ad §. At cum do, ut facias: si tale sit factum, quod locari solet, puta, ut tabulam pignus, pecunia data, locatio erit. Sicut superiore casu emptio. Si res, non erit locatio: sed nascetur, vel civilis actio in hoc, quod mea interest: vel ad repetendum, conditio: Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque cum potuisset manumitti, vivo

servo transierit, sive fructum non fuit, & tantum temporis consumptum sit, ut potuerit, manumittique debuerit: condici ei potest: vel præscriptis verbis agi, quod his, quæ diximus, convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres: & manumifisti, & is, quem dedi evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit: si ignorans, in factum civilem.

Ad §. Quod si faciam, ut des, & posteaquam feci, cessas dare, nulla erat civilis actio: & ideo de dolo dabitur.

Ad §. Sed si facio, ut facias: hæc species tractatus plures recipit: nam si pacti sumus, ut tu à meo debitore Carthagine exigas, ego à tuo Romæ: vel ut tu in meo, ego in tuo solo ædificem, & ego ædificavi, & tu cessas: in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigere pecunia alieno nomine non potest, quamvis enim, & impendia sequantur, tamen mutuum officium præstamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere, possum enim tibi mandare, ut & mihi custodiam præstes, & non plus impendas in exigendo, quam decem, & si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. Sin autem aliter fecit, ut & hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas. Neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, & in insulis fabricandis, & in debitoribus exigendis, præscriptis verbis dari actionem, quæ actio similis erit mandati actioni: quemadmodum in superioribus casibus locationi, & emptioni.

Ad §. Si ergo hæc sunt ubi de faciendo ab utroque convenit, & in proposita quæstione idem dici potest: & necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere, quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? sed hoc non potest estimari.

Propositio hujus legis est facillima. *Naturalis meus filius servit tibi, & tuus mihi*, inquit, &c. *Naturalis filius meus est is, quem ex ancillæ mulieris consuetudine quælitivi, finge: Is filius meus servus tuus est, quia & mater ejus forte serva tua, & vicissim filius tuus naturalis servus est meus: tu scilicet solebas cum ancilla mea, ego cum tua: convenit inter nos, ut tu meum manumitteres, ego tuum.* Hæc conventio est pactum nudum, non contractus: regulariter ex pacto nudo jure civili, vel prætorio non nascitur actio, ex contractu nascitur: at si ego tuum jam manumisi, si jam pro mea parte implevi conventionis fidem, conventio, quæ initio erat tantum pactum nudum, jam abiit in contractum, quia ex mea parte causa subest, id est, manumissio. Pactum nudum est conventio, quæ proprium, & legitimum nomen non habet: & quæ intra verba sola, primumque promissum stetit, nec dum datione, vel factio, vel stipulatione sumpsit effectum, *l. si tibi, C. de loc. l. si divisionem, C. famil. erisc. l. jurisgentium, l. divisionis, sup. de pact.* Et in definitione Ulpiani, duorum pluriumve in idem placitum, consensus, id est, nihil nisi placitum nudum, nihil nisi consensus nudus, sine nomine, & causa. Conventio, quæ proprium, & legitimum nomen habet, licet sit nuda conventio, ut emptio, & venditio, quæ perficitur nuda conventionem, locatio, conductio, societas, & mandatum, contractus est, non pactum. Conventio item, quæ datione, vel factio, veluti manumissione sumpsit effectum, licet proprium nomen non habeat, contractus est, non pactum, *l. legem, C. de pact.* Non est, inquit, pactum nudum, quum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea convenit, ut *l. 8. in fine, hoc tit.* non videri pactum nudum intervenisse, quoties lege certa dari probaretur: & adde, vel fieri. Non est igitur pactum nudum, si ego jam manumisi filium tuum naturalem, antequam tu meum manumitteres, sed est contractus. Et (ut idem dicam, sed fortasse apertius) contractus est conventio, quæ nomen habet proprium, & speciale: vel quæ nomen non habet proprium, cui tamen res accedit, ut *manumitto hunc, ut illum manumittas: do fundum tibi, ut des mihi domum: do tibi decem, ut eas Romam.* Factum, vel datio, quæ impletur ex una parte convenientium, quæ fit eliciendi ex altera parte alius facti, aliufve dationis, res est, causa est, quæ conventioni accedit: pactum autem est conventio, quæ proprio nomine vacat, & cui nulla causa subest, id est, cui nulla res

accedit præter placitum nudum, *d. leg. juris gentium, §. sed cum nulla*, ut manumittam filium tuum, ut tu manumittas meum, pactum nudum est. Et similiter dabo tibi Stichum, ut tu mihi Pamphilum: vel, dabo tibi decem, ut tu filium meum, qui tibi servit, manumittas. At si cum convenisset, ut ego tuum filium manumitterem (quæ est species hujus legis) & tu meum, & hæc conventio, quæ nudum pactum est, non steterit intra finem placiti, sed processerit ulterius, ut puta, si re ipsa ego prior exsolvero fidem, & filium tuum manumisero, jam res ex pacto nudo in contractum transiit: Ex eo igitur nascitur obligatio, & actio, quæ non nascitur ex pacto nudo. At quæritur hoc loco, quænam ea actio sit, quæ mihi in te competat, postquam manumisi filium tuum, si forte & tu vicissim filium meum, qui tibi servit, manumittere nolis. Et Paulus in hac quæstione ait, totius ob rem dati tractatum inspicere posse, atque adeo se eum tractatum priusquam quæstioni propositæ respondeat, omni ex parte perscrutari, & percurrere velle. Ob rem dari dicimus proprie, quod datur, ut aliquid sequatur, puta ut vicissim detur, vel fiat aliquid: id ob rem dari, vel fieri intelligitur. Ob causam autem dari dicimus, quod datur ob causam præteritam, non futuram, puta, do centum tibi, quia negotia mea curasti. Et inter hæc duo magna differentia est: nam datum ob rem, re non secuta, condici potest, & repeti: datum ob causam, etiam si ea causa falsa sit, & nunquam fuerit, condici non potest, *Idam, l. in summa, de condic. indeb. l. 1. de condic. ob turp. caus.* Verum aliquando ob rem datum dicitur etiam ob causam datum, nempe ob causam futuram, causa accepta pro re, ut in *tit. C. de cond. ob caus. datorum, & sup. in tit. de cond. caus. dat. caus. non seq.* causa dati, id est, sub causa, ut in *l. pen. eod. tit.* & ea futura, ergo dati ob rem. Hunc autem tractatum ob rem dati Paulus ait competere in quatuor speciebus. Aut enim, inquit, *do tibi, ut des*, aut *do, ut facias*, aut *facio, ut des*, aut *facio, ut facias*. In quibus quæritur, quæ obligatio nascatur. Species etiam vocat articulos in *§. seq.* ut in *l. 1. de rer. divis.* Summa rerum divisio in duos articulos deducitur, *εἰς δύο ἀρχαίς*, & in lib. singulari Pauli, *de articulis liberalis causæ*. Et ex iis quidem quatuor articulis, in quibus consistit tractatus ob rem dati, singuli articuli rursus plures alios articulos, speciesque recipiunt: ac primum quidem articulus *do, ut des*, recipit duas species. Prima est, *si pecuniam do, ut rem accipiam*, quo genere emptio venditio contrahitur, ex qua nascitur ultro citroque actio empti, & venditi, non civilis actio incerti, quæ dicitur in factum, vel præscriptis verbis, quia emptio venditio contractus est civili, & proprio nomine præditus, & actio præscriptis verbis datur tantum ex contractibus, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt, *leg. 3. hoc t. ex contractibus, qui sunt ἀνομοιοί, vel ἀκατανομοιοί*; Imo, quia emptio venditio contractus est, qui suum, & proprium nomen habet, quo insignitus est, non tantum do pecuniam, ut rem accipiam, contractus est emptionis, & venditionis, sed etiam dabo pecuniam, ut rem accipiam, quia emptio venditio nudo consensu perficitur, & ex nudo consensu parit obligationem, & actionem ultro citroque: Accursius huic parti objicit *l. ult. sup. de cond. caus. dat. caus. non seq.* quæ tota nobis erit diligenter explicanda, quia pertinet maxime ad hunc locum, & varie explicatur à DD. atque inexplorate. In ea lege negotium ita gestum est, *do tibi pecuniam, ut mihi Stichum des*: & tamen dicitur non esse portionem emptionis, & venditionis, id est, non esse emptionem, & venditionem, non esse portionem, id est, speciem emptionis, & venditionis, sed esse permutationem, ut liquido ajunt Basilica, *ἢ ἐστὶν πρῶτος, ἀλλ' ἐναλλαγῆ, non est venditio, sed permutatio*: permutatio est, quia pecuniam non dedi, quasi pretium, Stichi emendi animo, sed quasi rem, aut corpus, ut *l. 7. hoc tit. pecuniam dedi, ut Stichum manumitteres*, cogam te actione præscriptis verbis, ut Stichum manumittas, quæ actio frustra daretur, si dedissem tibi pecuniam pro pretio: nam te cessante, statim Stichus ipso jure fieret liber, *l. Paulus, de liberali caus.* Et ideo pecuniam non dedi pro pretio Stichi, pro capite Stichi, ut eum manumitteres, sed quasi permu-

tationis vice. Ergo negotium ita gesto, ut proponitur in *d. l. ult. Do tibi pecuniam, ut mihi Stichum des*, permutatio est, non emptio, & venditio. Et (quod maxime notandum ex hoc negotio) ut ait Celsus in *d. l. ult.* nulla alia actio, vel obligatio est, quam ob rem dati re non secuta, id est, ex hoc negotio competit sola conditio ob rem dati, non actio præscriptis verbis, licet contracta sit permutatio, quod inferius demonstrabimus apertius. At videamus primum, cur negotium illud non sit emptio, & venditio, *do tibi pecuniam, ut mihi Stichum des*. Ratio hæc est, quia dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, id est, ut meum faceres Stichum. Vis scire, quam hoc sit verum? Legas verba *d. l. ult. Conditio*, inquit, *ob rem dati in te competit, quod hominem accipientis non feceris: ergo id actum est, ut ego pecuniam tuam facerem, & vicissim ut tu hominem meum faceres*. Qua ratione negotium illud non est pars emptionis, aut venditionis, non est emptio, & venditio, quia ex natura emptionis, & venditionis non est, ut venditor rem faciat accipientis, sed ut vacuum tantum rei possess. tradat, & se obliget evictionis nomine, purgetque de dolo malo, si ve præstet à se dolum malum abesse, ab futurumque esse, *l. 1. tit. prox. sup. l. ex empto, & l. servus, quem, §. ult. de act. empt.* Itaque re tradita, & non evicta emptori, venditor nihil debet emptori, quia quod ei debuit, id omne præstitit. Et tamen si mortuus sit Stichus sine culpa tua, antequam eum mihi dares, cum ita negotium gestum est, ut proponitur in *d. l. ult. do pecuniam, ut Stichum des*, perit quidem mihi Stichus, atque adeo non possum agere præscriptis verbis, quanti interest Stichum mihi dari, ut in *§. 1. hujus legis*, quia mortuus est sine culpa tua. Denique eum petere non possum, vel ejus nomine quod interest actione præscriptis verbis: & competit mihi tantum conditio pecuniæ datæ ob rem, re non secuta, quia Stichus quidem mihi perit, at pecunia mihi non perit. Idque fit exemplo emptionis, *l. si fundus, loc.* quia hæc permutatio, quæ eo genere contracta est, emptionem imitatur, *l. 2. sup. tit. prox.* Item si alienum Stichum mihi tradideris, nec feceris meum, ut actum est inter nos, licet evictus mihi nondum sit, quia tamen verum est, te mihi Stichum non dedisse, id est, te Stichum non fecisse meum, mihi competit conditio pecuniæ datæ ob rem, re non secuta. Et hoc casu etiam non competit actio præscriptis verbis. Sola competit conditio ob rem dati, non præscriptis verbis, quasi ex permutatione, licet permutatio contracta sit. Cur? quia permutatio obligationi præbet initium ex traditione rei suæ, non ex traditione rei alienæ, *l. 1. sup. tit. prox.* id est, nulla est permutatio, quamvis id ageretur, ut esset permutatio, nisi ex utraque parte quod datur fiat accipientis. At Stichus non est factus accipientis, quia erat alienus. Ergo quasi ex permutatione non est actio præscriptis verbis. At præterea si tuus est Stichus, quem mihi dedisti, atque ita si Stichum meum fecisti, nec tamen velis mihi cavere per stipulationem pro evictione ejus, hoc etiam casu, ut ostendit *d. l. ult.* nulla mihi in te actio competit, quam conditio ob rem dati, id est, conditio pecuniæ: non competit actio præscriptis verbis, quia jam dedisti Stichum, quamdiu Stichus non evincitur. Atque ita in omnibus his tribus casibus propositis in *d. l. ult.* nulla alia actio, nulla obligatio est, quam ob rem dati, re non secuta. At evicto Sticho, quem mihi dedisti, non nego etiam præscriptis verbis competere actionem, ut *l. 1. C. de rer. permut. l. 29. C. de evict.* Et ita explicanda est *d. l. ult.* Sequitur altera species, quam hic articulus *do, ut des*, recipit, *si rem do, ut rem accipiam*, puta, fundum, ut accipiam domum: quo genere non contrahitur emptio, & venditio, quia nullum intervenit pretium, & nulla merx. Nam non apparet res, quæ vicissim commutatur, utrum sit pretium, an merx: sed contrahitur permutatio: ergo contractus innominatus, quia permutatio non est proprium nomen, sed nomen commune, perinde atque *συναλλαγματος* nomen. Nam & emptio & venditio sic genere quodam permutationis mercis cum pretio: ac similiter locatio, & conductio pensionis cum habitatione: itemque societas, & omnis denique contractus, permutatio est, vel commutatio, vel *συναλλαγήμα*, quod idem est. Et

ita Arist. in Ethicis scribit *medium arrogantiae* (quod tamen A
veritatem nominat) *vacare nomine proprio, quia veritatis
nomen latius patet*. Licet autem permutatio sit similis, & vi-
cina emptioni, ut *l. 2. supr. tit. prox. l. 2. C. eod. tit.* & in
Nov. Valent. de confirm. iis, quæ admin. dist. sunt. Ubi, *per-
mutatio*, inquit, *instar emptiois est*: tamen longo interval-
lo distant inter se, emptio venditio, & permutatio. Pri-
mum in emptione, & venditione, aliud est pretium, aliud
merx, alius venditor, alius emptor: in permutatione di-
scerni non potest, utrum sit pretium, utrum sit merx: uter
vendedor, uter emptor: uterque videtur esse emptor, &
vendedor, utrumque videtur esse pretium, & merx. Vide-
tur, non est tamen, quia, ut eleganter ait *l. 1. tit. prox. sup.*
ratio naturalis non patitur, ut eadem res sit merx, & pre-
tium, ut idem homo sit emptor, & venditor. Non est igitur,
sed videtur, ut in *l. sciendum, §. ult. de edil. edic.* B
Deinde in emptione, & venditione, & emptor cogitur
nummos, seu pretium facere accipientis, *l. ex empto, §. 1. de
act. emp.* Venditor autem non cogitur rem facere acci-
pientis, ut jam probavi supr. Cur tam varie? Ut venditor
non cogatur rem facere accipientis, emptor cogatur pecu-
niam facere accipientis. Sane, quia dissimilis est debito
pecuniæ, debito mercis, & non mirum est, si dissimilis
etiam sit solutio. Facile quis pecuniam suam solvere po-
test, quia debet quantitatem in genere, non speciem cer-
tam: non æque facile mercem sive rem certam suam præ-
stare, & tradere quis potest, & rem facere accipientis, hoc
non tam est in facili, satis est tradi possess. & caveri de evi-
ctione, & præstare dolum abesse. In permutatione autem
ita agitur his verbis: *Do, ut des*. Nam sunt stulti, qui faciunt
differentiam inter permutationem, & *do, ut des*, idem dici C
sive permutationem dicas, sive *do, ut des*, ut aperte demon-
strat Paulus in *§. 1.* In permutatione, inquam, ita agitur,
ut utriusque rei, quæ datur, & traditur dominium transfe-
ratur, *d. l. 1.* Tertia differentia est hæc, re vendita evicta
emptori, competit actio ex empto: re data, vel accepta ex
causa permutationis, & evicta, competit actio in factum,
sive præscriptis verbis, *d. l. 1. & l. 29. C. de evict.* Ultima
differentia est: Emptio venditio nudo consensu perficitur,
ex eoque obligationem parit: permutatio autem non nisi
ex re tradita initium obligationi præbet: nudum placitum
permutationis non parit obligationem, quia nudum pa-
ctum est, *l. 3. C. de rer. permut.* quia scilicet hoc tantum re-
ceptum in his contractibus, qui nomen suum habent, ut
scilicet ex nudo placito pariant obligationem, ut in em-
ptione, in locatione, in societate, in mandato, depositi,
pro socio, *d. l. 1.* Permutatio autem nomen suum, id est, D
proprium nomen non habet. Rei ergo traditionem exi-
gimus in permutatione, & eam scilicet, quæ dominum fa-
ciat accipientem, nullam enim contrahit permutationem,
qui tradit rem alienam. Et ideo ex altera parte, rei alienæ
traditione facta, si alter nolit rem tradere, tenetur tantum
condictione ob rem dati, non actione præscriptis verbis,
quasi ex permutatione, quia nulla permutatio est. Et con-
dictio competit, non ex permutatione, sed ex æquo, & bo-
no, *l. in summa, de condict. indeb.* at ex altera parte, rei suæ
traditione facta, si alter nolit rem tradere, non tantum
competit condictio ob rem dati, si hanc malit actor, sed
etiam præscriptis verbis, in quantum interest vice mutua
rem tradi: ut si tibi scyphos meos dedi, ut mihi Stichum
dares, mihi utraque competit, hæc vel illa videlicet, exce-
pto tantum uno casu, qui proponitur illo *§. 1.* Si dedi tibi
scyphos meos, ut mihi Stichum dares, & Stichus mortuus
sit, antequam eum mihi dares sine culpa tua, quia hoc ca-
su condictio tantum competit ob rem dati, non actio præ-
scriptis verbis. Quæ est etiam sententia *leg. ult. de cond.*
caus. dat. Tantum igitur abest, ut huic loco obstet ea lex
ultima, ut cum eo congruat omnimodo, quia Stichum
mihi perire hic dicitur, quod nec ibi negatur, ibi dicitur,
pecuniam mihi non perire, hic scyphos mihi non perire,
conditionem dati esse, non actionem præscriptis verbis.
Et in extremo ait, *explicitus est articulus ille do, ut des*, uti
in *l. 1. ad Trebell.* explicito tractatu, & *l. peregre, §. ult. de
adquir. possess.* quibus explicitis. Unde verbum illud, quod
Tom. II. Post.

in fine librorum ad distinctionem sequentium appingi so-
let (explicit) quod appingitur etiam in Florentinis, com-
pletis, sive finitis singulis libris. Et est vetustissimum ita lo-
qui, *explicitis feliciter*, quamvis ejus verbi præsens non sit
in usu, ut etiam Divus Hieronymus scribit in epistola ad
Marcellam, quum explicat quid sit amen, cœna, & salve.
διάφασον. Articulus *do, ut facias* recipit species 4. Et ut ex
articuli *do, ut des* prima specie emergit & exoritur proprii
nominis contractus emptio venditio: ita ex hujus articuli
do, ut facias prima specie exoritur proprii nominis contra-
ctus, locatio, & conductio. Ac rursus sicut ex articuli *do, ut
des* specie secunda enascitur contractus innominatus per-
mutatio, ex qua est actio præscriptis verbis, quæ tamen si-
milis est emptioni, & venditioni, non ut Sabiniani existima-
bant, idem quod emptio venditio, *l. 1. sup. de contr. empt.*
cui coaptanda est *lex 1. sup. tit. prox.* in qua ponuntur dif-
ferentiæ inter emptionem, & permutationem. Ita vero ex
hujus articuli *do ut facias* specie secunda, & tertia, & quar-
ta enascitur contractus innominatus, similis tamen loca-
tioni, & conductioni, ex quo etiam est actio præscriptis
verbis. Et prima quidem species hujus articuli hæc est, *do
pecuniam pictori, ut mihi tabulam pingat*, quo genere con-
trahitur locatio conductio, quia opera, sive factum pictoris
tal^{is} est, quod locari solet certa pecunia, certoque pretio.
Et ideo ex hoc negotio nascitur proprii nominis actio, ex
locato conductio: non actio præscriptis verbis, quæ ex iis
tantum contractibus datur, qui vacant proprio nomine.
Secunda species hæc est, *do pictori rem, puta scyphum, non
pecuniam, ut mihi tabulam pingat*: non est locatio condu-
ctio, quia non intervenit pecunia numerata pro pretio, sive
mercede operæ pictoriæ. Et sicut emptio venditio, ita loca-
tio conductio sine nummis, sine pretio, vel quantitate non
consistit, *l. 2. loc.* Sed in hoc negotio res intervenit, & ve-
luti quoddam genus permutationis, licet proprie nec per-
mutatio sit, quia permutatio ita contrahitur *do, ut des*, re,
specie, & corpore aliquo certo interveniente ex utraque
parte. *Do, ut facias* contrahitur re interveniente ex una tan-
tum parte, & ex altera parte opera. Et hoc genere, ut dixi,
non contrahitur locatio, conductio, quia non intervenit
pretium; non contrahitur etiam permutatio, sed contra-
hitur proprii cujusdam generis contractus, qui nomen non
habet, ex quo datur ei, qui rem dedit in antecessum, si pi-
ctor nolit tabulam pingere, actio præscriptis verbis, ut vel
tabulam pingat, vel præstet quanti interest: vel eidem da-
tur condictio ob rem dati, ut scyphum repetat, quem de-
dit, si nihil intersit ejus tabulam pingi: vel si malit scy-
phum petere, quod satis perspicuum est. Tertia autem
species hæc est: *Do tibi pecuniam, vel rem, ut Stichum ma-
numittas*, quæ etiam conventio non est locatio conductio,
quia manumissio tale est factum, quod locari non solet:
opera vero locari solet, non liberale officium, *l. 1. §. 1. sup.
si mens. fals. mod. dix.* quia nec pro liberali officio datur
merces, quæ in locatione exigitur omnimodo, sed datur
honor, aut salarium. Non est igitur locatio conductio, sed
est proprii generis contractus, qui nomine vacat, ut supe-
rior: proximus tamen, & similis locationi, & conductioni,
& consequenter actio etiam, quæ ex eo contractu datur,
nomen non habet, sed dicitur præscriptis verbis, quod con-
cipiatur ita, ut præscripta sunt contractus verba, certo
actionis nomine non expresso. Nec enim huic, vel illi ne-
gotio ullum leges imposuerunt nomen. Actio si nomen
habet proprium, veluti ex empto vendito, ex locato, con-
ducto, mandato, depositi, pro socio, eo nomine solo edito
si agas, recte ages etiam factio omni, sive tenore contra-
ctus non enarrato, nec actionis formula concluso. Ex hac
igitur specie contractus *do pecuniam, vel rem, ut Stichum
manumittas*, te cessante, nec manumittente Stichum, mihi
in te datur actio præscriptis verbis, ut solvas quanti mea in-
terest Stichum manumitti, vel si nihil interest, mihi datur
condictio, ut reddas pecuniam, vel rem, quam tibi dedi, ut
l. 7. inf. hoc tit. Et ut additur in hoc *§.* At cum *do*, nihil in-
terest tempus certum conventioni adjectum sit, intra quod
Stichum manumittas, idque tempus vivo Sticho transie-
rit, an vero nullum tempus certum adjectum sit, & tran-
sierit

serit tantum temporis; ut potuerit, debueritque manumitti: de cuius temporis definitione hoc ipso libro Paulus agit *l. ult. inf. qui sine manum. ad libert. perv.* Utroque vero casu transacto tempore condicto, & convento, vel transacto iusto tempore, in te mihi competit actio præscriptis verbis, vel condictio ob rem dati re non secuta. Et hæc etiam antequam transierit illud tempus, si me pœniteat, si jam nolim Stichum manumitti, *l. 3. §. 1. sup. de cond. caus. dat. cau. non sec.* Posset tentari, quod & Accursius tentat, non esse locum actioni præscriptis verbis, quæ te compellat Stichum manumittere, vel te præstare id quod interest, hac ratione, quia transacto illo tempore Stichus liber fit ipso iure ex constitutione Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, cuius fit sæpe mentio in libris nostris. At ea constitutio, cum objicitur huic & atque sententiæ respondendum est, eam constitutionem non pertinere ad hoc genus contractus, *do pecuniam, vel rem, ut servum manumittas*, sed pertinere proprie ad contractum emptionis venditionis, quum ea lege veniit mancipium ut manumitteretur, addito, vel non addito certo tempore. Et quamvis sententia hujus constitutionis, porrecta etiam sit ad mancipium eadem lege donatum, *l. pen. inf. qui sine man. ad libert. per v. l. causam, inf. de manum. l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. ut manumittatur.* Quamvis etiam porrecta sit ad causam pecuniæ datæ pro pretio servi, ut manumittatur, *l. 4. C. eod. tit. l. Paulus, §. 1. inf. de lib. caus.* tamen non est porrecta, neque pertinet ea constitutio ad casum datæ rei, vel datæ pecuniæ, ut rei, non ut pretii, ut in *l. ult. sup. de cond. causa data*, eliciendi beneficii gratia, puta, ut servus manumittatur, ut *l. 7. h. t. l. si quis ab alio, inf. de manumiss.* Itaque te cessante, necessaria est actio præscriptis verbis, quia servus non fit ipso iure liber. Ad hæc videndum est, cur dicat hoc loco Paulus, si dederam tibi aliquid, ut servum manumitteres intra certum tempus, idque tempus cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, mihi in te competere actionem præscriptis verbis, vel condictionem ob rem dati. Cur, inquam, desiderat Paulus, ut vivo servo tempus transierit, intra quod manumitti potuit & debuit? In causa hoc est, quia mortuo servo intra illud tempus, ante moram tuam nulla mihi in te actio competit, nec condictio dati, neque actio præsc. verbis, *d. l. 3. §. sed si Stichus, de cond. caus. da.* At forte objicies, & dices, si dederam tibi rem, vel pecuniam, veluti rem, non veluti pretium, ut mihi servum dares, non ut manumitteres, mortuo servo, sua morte, suo fato, sine culpa tua, antequam eum mihi dares, licet mihi non competat actio præscriptis verbis, quia servus mihi periit, *§. sed etsi scyphos, sup. in hac l. competere mihi tamen condictionem ob rem dati, re non secuta, l. ult. de cond. caus. data.* Quia scilicet non est æquum mihi rem perire, quam dedi in antecessum, eo quod neque ullum adjectum est certum tempus, quo dare servum, neque ullum tempus lege suppletur, intra quod servum dare oporteat, sed hoc tantum actum est pure, ut eum mihi dares, quod cum non feceris per te factum videtur, quo minus eum habuerim, qui fortasse apud me non interiisset, & ideo mortuo eo apud te, saltem mihi competit adversus te repetitio ob rem dati, quasi re non secuta. At quum rem dedi, ut servum manumitteres intra certum tempus, quod etsi non adjecero, lege suppletur, nempe, ut manumittas intra duorum, vel quatuor mensium spatium secundum distinctionem *d. l. ult. qui sine manum. ad lib. perv.* hoc casu mortuo illo servo intra illud tempus, per te factum non videtur, quo minus illum manumitteres, quia omne illud spatium temporis tibi liberum fuit ad manumittendum: & fuit utique tibi etiam in animo, antequam tempus illud exiret, servum manumittere: & sane manumisisses intra tempus constitutum, nisi illum intra tempus fata tibi præripuissent: & pro eo est igitur ac si manumisisses, & ideo neque condictio mihi quæ ob rem dati competit mortuo servo intra tempus, quia res pro secuta seu completa habetur. Quod confirmat valde etiam id quod subjicitur in *d. l. 3. §. quinimo, de cond. caus. dat.* Si tibi nihil dedi, ut manumitteres, placuerit tamen pacto nudo, ut darem, & ut tu manumitteres, sicut si servum

prior manumisisses, ita si servus vita decesserit, antequam per te stare, quo minus eum manumittores ante moram tuam, perinde ac si manumisisses, & ultro placiti fidem exsolvisse, ait in *d. §. quinimo*, etiam ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem: non intelligit condictionem ob rem dati, de qua est ille titulus, quia ea condictio ex contractu non nascitur, sed ex bono, & æquo, *l. in summa, §. quod ob rem, de cond. indeb.* Et præterea nihil proponitur datum, quod condici possit. Itaque illo loco, ut Græci interpretantur, & ex Latinis nonnulli, condictionem accipi pro actione præscriptis verbis, qua scilicet intendis, ut dem, quod placuit inter nos dare servi manumittendi gratia, perinde atque si eum manumisisses, quia in eo manumittendo moram non fecisti, & ita condictio incerti accipitur pro actione præscriptis verbis in *l. duo, §. ult. de precar.* Ergo illo loco condictionem incerti scilicet, sive præscriptis verbis actionem, aut sane, quod ait, id est condictionem, glossema est, non auctoris interpretatio. Nam & abunde sufficiunt quæ præcedunt, quæque proponuntur illo loco, competere scilicet actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, ea est præscriptis verbis, quæ nascitur ex articulo *do*, ut facias, quamvis tu prior feceris, quam ego darem, quia modus incundæ conventionis spectatur, ut Joannes recte voluit, & conventio inita est; *dabo, & tu manumittes*, non inspicitur modus implendi contractus, non inspicitur, inquam, contractus implementum cœperit à facto, an à datione, quæ inspectio valde nobis erit usui in explicatione *§. seq.* Quarta autem, & ult. species hujus articuli *do*, ut facias hæc est, dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres, & manumisisti Pamphilum, deinde, quia Stichus alienus erat, quem tibi dedi, is tibi evictus est: quæritur quæ tibi eo nomine in me competat actio: Et ex Juliano Paulus ita distinguit in *§. sed si dedi*, aut sciens alienum dedi, & teneor actione de dolo: aut ignorans, & teneor in factum civili, id est, præscriptis verbis, quæ in factum dicitur sæpissime, quia sine nomine certo *διηρηματικῆς*, id est, narrative proponitur, ut de exceptione in factum Theophilus noster ait in tit. *de except.* Et eodem modo in factum conceptam actionem, vel exceptionem in glossis Philoxenus sic interpretatur *διηρηματικῆς*. Civilis autem etiam dicitur actio præscriptis verbis, quia similis est civili directæ actioni suum habenti nomen, ut actio præscriptis verbis ex articulo *do*, ut des, sive ex *permutatione* similis est actioni empti venditi: ex articulo *do*, ut facias, similis est actioni ex locato conducto, ex articulo *facio*, ut facias, similis est mandati, atque ideo civilis appellatur, quia civili vicina, finitima, & proxima est, quia civilem refert, quia est *ἀντιστραφῶν*, civilis. Ac sane hic locus Pauli, quo refert in specie proposita, Julianum, in scientem dare actionem de dolo, in ignorantem actionem civilem in factum, id est, præscriptis verbis, interpolatus est, vel à Triboniano, vel ab aliquo alio, quod à Mauritiano reprehensa, & explosa esset Juliani sententia, ut refert Ulpianus in *l. jurisgent. de pact.* Sed non ita eam Juliani sententiam refert, ut hic refertur à Paulo, puta, Julianum dedisse in ignorantem actionem in factum civilem, sed dedisse actionem in factum prætoriam: quæ omnium actionum est extrema, adeo ut sit subsidiaria actioni de dolo, quæ omnibus aliis actionibus est subsidiaria. Denique actio in factum prætoriam est subsidiaria, ut in *l. non debet, de dolo, l. qui servandorum, in princ. hoc tit.* quæ est in factum prætoriam. Et sane non potest dari in factum civile, ut hoc loco est scriptum in ignorantem, quin detur etiam in scientem, exclusæ actione de dolo, quæ cum sit famosa, ideo ibi non est locus ubi alia actio est, per quam quis ad jus suum pervenire possit, est enim subsidiaria actio de dolo, id est, non datur, nisi deficiente alia actione. Et rursus ubi hanc actionem de dolo dari non æquum est, succedit actio in factum prætoriam, quæ est omnium actionum extremum subsidium, extrema linea. Præterea Juliani sententia putantis, scientem teneri de dolo: ignorantem in factum prætoriam, merito (quod & huic *§.* appingendum est, quasi Paulus referret tantum Juliani sententiam, non probet) merito, inquam, à Mauritiano reprehenditur, ut Ulpianus refert in *d. l.*

d.l. jurisgentium. Cur reprehenditur? merito ratio hæc est, quia evidens est rem ita gestam esse, *do tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas*, qui civilis contractus, id est, *ουδ' ἀλλογμια*, ex quo utrinque nascitur obligatio, *do, ut facias*. Si contractus est civilis, ergo ex eo nascitur actio in factum civilis, id est, præscriptis verbis in omnem casum, id est, tam in scientem, quam in ignorantem. Et si hæc est actio, cessat ergo de dolo, *l. si quis affirmavit, §. Labeo, de dolo*. Et consequenter, cessat etiam, quæ actioni de dolo solet esse subsidio, actio in factum prætoriam: servandus enim est ordo actionum, ut in jure nobis proditus est: his, quæ diximus pauca addamus, si tibi Stich. dederim, ut Pamphil. manumitteres, & constat te Pamph. manumisisse, ac deinde tibi Stichus evictus sit, Jul. dicebat, scientem me servum alienum esse, teneri actione de dolo, ignorantem autem teneri actione in factum prætoriam, *l. jurisg. sup. de pact.* Reprehensus est in notis à Mauritiano, qui negabat, summa cum ratione, in ignorantem competere actionem in factum prætoriam, quæ est extremum subsidium juris sui persequendi, cum suppetat actio in factum civilis, id est, præsc. verbis, quia civile negotium gestum est, & *ουδ' ἀλλογμια*, *do, ut facias*, ex quo competit actio in factum civilis, ut non sit decurrendum ad actionem in factum prætoriam. Scientem tamen Mauritianus admittebat teneri actione de dolo malo, quati in scientem deficiente actione præscr. verbis. Quod & verissimum est, quia ex *do, ut facias*, quæ nascitur actio præscriptis verbis, stricta est, non bonæ fidei, ut ex *do, ut des, §. actionum, Inst. de act.* & stricto iudicio dolus non vindicatur, ideoque in scientem necessaria est actio de dolo malo, *l. & eleganter, §. non solum, in fi. de dolo malo*. Quod ergo Paulus refert in *§. sed si dedi*, partim est ex Juliano, in scientem scilic. dari actionem de dolo: partim ex nota Mauritiani ad Julianum, nempe in ignorantem esse actionem in factum civilem, id est, præsc. verbis, non ut Julianus putabat in factum prætoriam. Et hoc est certissimum. Nunc transcamus ad *§. quod si faciam*, in quo articulus *facio, ut des* pertractatus est.

Ad *§. Quod si faciam*. Servum meum tuo rogatu manumissi, ut mihi decem dares, & postquam manumissi tu cessas mihi decem dare. Quæritur, qua actione mihi tenearis, an ex hoc articulo etiam nascatur civilis obligatio, & actio præscriptis verbis, ut ex duobus superioribus *do, ut des, do, ut facias*? Et in *§. quod si faciam*, Paulus negat, ex hoc articulo *facio, ut des*, eandem competere actionem, sed competere tantum actionem de dolo malo, quia dolo malo cessas mihi decem dare rupta fide conventionis: vel (quod ad Paulum necessario supplendum est) si ejus conditionis sis, ut tecum agere de dolo malo non possim, ut si parens sis meus, vel patronus, in factum prætoriam, quæ actioni de dolo solet esse subsidium, *l. non debet, sup. de dolo*. At rursus quæritur, cur ex hoc articulo *facio, ut des*, non detur actio præscriptis verbis: si datur ex *do, ut facias*, cur non & ex diverso datur ex *facio, ut des*? Hoc ut liquido intelligatur, missis variis opinionibus Accursii, dicemus, actiones civiles, quæ ex contractibus, & negotiis civilibus dantur, aut esse directas, aut utiles. Directas nomen proprium habere, & dari etiam ex contractibus, qui nomen proprium habent, veluti ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, pro socio, deposito. Utiles autem, quæ præscriptis verbis appellantur, & utiles, ut sunt etiam, dicuntur sæpe, *l. cum nota, C. de transact. l. 3. C. de don. quæ sub mod. l. 1. C. de pact. convent. sup. do*. Utiles, inquam, actiones, id est, præscriptis verbis, proprium nomen non habere, sed in factum concipi, & componi. Et non ex vulgaribus, & usitatis, legibusque proditis contractibus dari, sed ex novis contractibus, ut in *l. si tibi polienda, in fine, hoc tit.* Ait JC. quasi de novo negotio dari actionem præscriptis verbis. Prope tamen eos contractus novos, ex quibus dantur utiles actiones, sive præscriptis verbis, ad eos accedere, qui nomen habent, ut in *l. si gratulam, §. Papinianus, hoc tit.* Ait negotium, de quo ibi agit, ex quo datur actio præscriptis verbis prope ad depositum accedere, id est, proximum, & simile deposito esse. Ac similiter ex his contractibus no-

Tom. II. Post.

vis & anonymis comparatas esse utiles actiones, id est, præscriptis verbis ad instar, ad exemplum, ad similitudinem directarum. Et ita in *l. si convenit, sup. de resc. vend.* ex negotio, de quo ibi agitur, dicitur dari proxima empti actio præscriptis verbis, & *§. seq. in fi. ex articulo facio, ut facias*, dari actionem præscriptis verbis, quæ, inquit, actio similis erit mandati actioni, ut in superioribus casibus, & articulis locationi, ex articulo *do, ut facias*, & emptioni, ex articulo *do, ut des*, nam articulus *facio, ut des*, nulli negotio civili comparari potest, & actiones præscriptis verbis non dantur, nisi ex negotiis, & contractibus, qui his sunt adsimiles, quorum nomina jure civili prodita sunt. Ex negotiis dissimilibus non dantur, ut & in jure nunquam constat actionem utilem dari in casu dissimili, sed in casu simili tantum, & proximo, *l. si mensor, sup. si mens. fals. mod. dix.* cujus species explicanda est: in mensorem, vel finitorem, qui falsum modum agri renuntiavit, cum ad eam rem adhibitus esset ab emptore, aut venditore, cupiente scire modum agri: in eum, inquam, prætor dat actionem in factum in id quod interest. Hoc est certissimum. An etiam dat eam actionem in eum, qui renuntiavit quidem verum modum, sed diu traxit renuntiationem, si ob hoc evenerit, ut venditor læderetur? sic legendum illo loco, non *liberetur*. Et ita quoque Basilica, *ε' αν' Βλαδ' αν'*. Et ait hanc actionem in eum, qui verum modum dixit, sed aliquanto tardius, & socordius, non dari, ne utilem quidem: quia utilis tantum datur in casu simili: hunc casum esse dissimilem: nihil esse dissimilius falso quam verum. Eademque ratio est *l. si vero, §. pen. sol. matr.* & in *l. 2. §. quanquam, de aq. & aq. pluv. arc. & l. 29. comm. divid.* In casu igitur proposito *d. l. si mensor*, esse recurrendum ad actionem de dolo malo. Et eodem modo actio præscriptis verbis, quia utilis actio est, datur in casu simili, ex dissimili non datur. Ex *do, ut des* datur, quia negotium est simile emptioni, & venditioni. Ex *do, ut facias* item datur, quia simile est locationi, & conductioni: & item ex *facio, ut facias*, quia simile est mandato. Et alias ex negotio aliquo novo, quia negotium illud novum est simile deposito, vel commodato. Ex *facio, ut des* non datur, quia nullum est civile negotium, quod habeat suum nomen, cui hoc similiter assimilari possit. Et ideo recurrendum est ad actionem de dolo malo. Nullum, inquam, est negotium civile, cui hic articulus, sive casus *facio, ut des* assimilari possit. Dices, imo potest assimilari locationi, & conductioni: dicam, imo nec locationi, nec conductioni, quia omnis locatio conductioni ita contrahitur, *do, vel dabo, ut facias*, non *facio, ut faciam* ut *des, do, vel dabo*, quia & re, & nudo consensu locatio perficitur, *do, vel dabo* tibi pecuniam, ut mihi tabulam pingas, non pingo, vel pingam, ut mihi pecuniam des, quod satis probat *§. at cum do*. Neque vero conventio ita facta, ut ego darem tibi aliquid, tu faceres, subvertitur si tu prævortas facere, ut in *§. sed si dedi*: si placuerit, ut ego darem Stichum, ut Pamphilum manumitteres, si prior ipse Pamphilum manumiseris, ego nondum dederim Stichum, vel quod idem est, si dederim alienum, non immutatur origo, & forma primæ conventionis. Idemque evenit in specie *l. 3. §. quinimo, de cond. cau. da.* si manumissio antevertat dationem in re ipsa, non in forma conventionis, quæ ita facta est, *dabo, & tu manumittes*, & in specie quoque *l. cum nota, C. de transact.* re ita gesta, atque conventa ab initio, *dabo* tibi partem bonorum, ut à lite discedas, & si prior à lite discesseris, negotium est *do, ut facias*, non *facio, ut des*, quia non inspicimus ut impleta, sed ut conventa res sit: non quis in implendo, sed quis in conveniendâ ordo servatus sit: non quis sit ingressus, sed quis ingressus, ut ait Joannes recte. His consequenter dicimus ex articulo *facio, ut des*, ut ait in hoc *§. quod si faciam*, nullam esse civilem actionem, id est, neque directam, neque utilem. Et ideo postquam feci, te cessante dare, & fallente fidem, recurrendum esse ad actionem de dolo malo, quæ subsidiaria est, neque enim ullam aliam actionem suppetere. Quod confirmat etiam *l. permisisti, §. ult. hoc tit.* permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo, & fructus tollerem; sevi in fundo tuo, res ita gesta, & conventa est *facio, ut des*, id est, sero in fundo tuo, ut te dan-

Sss 2

te,

te, cui scilicet jure domini fructus cedunt tanquam domino soli, fructus feram. Et ideo ex hoc negotio, ut ibidem traditur, neque datur ulla actio juris civilis, id est, directa, neque in factum, id est, utilis præscriptis verbis, sed si perfidus mihi non tradas fructus, vel (quod idem est) si non permittas me tollere fructus, quasi deficiente omni actione civili, recurrendum mihi est ad actionem de dolo malo. Idem confirmat *l. cum proponas, C. de dolo*, manumisi ancillam, vel dedi tibi manumittendam, quod & pro facto habetur, ut Glossa hic recte notat, ut tu mihi servum dares: non das factum, postquam ego manumisi, aut feci, ut manumitteretur ancilla: nulla alia mihi in re actio competit, quam de dolo malo. Idemque confirmat *l. solent, hoc tit.* Conventio est hujusmodi: Indica mihi servum meum fugitivum, & cura ut eum apprehendam, & tibi decem dabo: & postquam mihi servum indicasti, ego cessem tibi decem dare, quæritur, quæ in me tibi actio competat? Et primum quidem *lex solent* ait: esse actionem præscriptis verbis. Sed mox corrigit se hoc sermone, *nisi si quis, & in hac specie, de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*. Et sic in *l. si mihi pure, de leg. 2.* cum dixisset mihi, & servo meo eadem re legata, & ex persona mea, legato repudiato, deinde agnito ex persona servi, partem legati deficere, mox corrigit se his verbis, *nisi si quis dubitet, &c.* quibus statim totum legatum mihi per servum acquiritur. Sic etiam Ulp. apud Licin. Rufin. tit. 12. Si ita furnum habeas ad parietem communem, ut ex eo metuam, ne quod mihi ex eo periculum creetur, cum dixisset initio mihi in te competere actionem in factum actomodatum legi Aquiliæ: mox corrigit se his verbis, *nisi quis dixerat damni infestæ sufficere actionem, ut & leg. si servus, §. si furnum, ad l. Aquilianam*: Ergo, nisi, est particula correctionis. Itaque non pugnat, imo consentit omnino *l. solent, cum hoc §.* ut scilicet ex facio, ut des nulla detur actio civilis directa, vel utilis, quia nullum est civile negotium, cui illud adsimilari possit: ideoque solam suppetere actionem de dolo malo in eum, qui fidem fregit, id est, qui non dedit impleto facto ex una parte.

AD §. Sed si. Hic articulus facio, ut facias, plures species recipit, ex quibus duas tantum Paulus exponit in §. sed si, sicut & de articulo do, ut des, quamvis plures species recipiat, duas tantum posuit in §. 1. Potest enim eis addi species *l. si convenit, sup. de resc. vend. & l. Labeo, de contrah. emp. & l. 2. C. de pact. in l. emp. & vend.* quæ est de pacto de re vendita: ut in illo loco Pauli præscr. verbis, vel ex vendito, non insubtiliter Ranconetus legebat. In extremo etiam hujus legis à duabus speciebus hujus articuli facio, ut facias, tandem transit ad 3. speciem, quam initio legis proposuerat, manumisso, ut manumittas, & quæ sola hunc elegantissimum tractatum ob rem dati extorsit Paulo. Prima autem species hæc est: Placuit inter me, & te, ut ego in tuo solo domum, aut villam ædificarem meis sumptibus, & tu similiter in meo tuis sumptibus. Si ego ædificavi, & tu cessas, mihi in te est actio præscriptis verbis, ut solvas quanti interest mea insulam in meo ædificari: vel ut mihi refundas impensas, quas ego feci ædificando in tuo solo: actio, inquam, præscriptis verbis proxima, & similis actioni mandati. Cur sit proxima, & similis actioni mandati, mox apparebit ex 2. specie, quam Paulus priorem facit. Placuit inter nos, ut ego à tuo debitore pecuniam Romæ exigere meis sumptibus, & tu similiter à meo debitore Carthagini tuis sumptibus, ego posteaquam exegi à tuo, tu cessas exigere à meo, qua actione mihi teneris? Et Paulus tentat saltuatim suo more, modo teneri te mandati, modo non teneri. Et sunt in hoc §. veluti anterides quædam, & clausulæ, quæ configunt invicem, & controversantur, & argumenta pressa admodum, & brevia, ut in tota hac *l. hoc §.* nullus sit explicatu difficilior. Primum tentat Paulus teneri te actione mandati, quia mandatum quodammodo ait intervenisse, aut contractum esse intelligitur: inter nos cessisse scilicet. & mandasse invicem videmur actiones, quibus tu à meo debitore pecuniam exigeres, ego à tuo debitore pecuniam exigere, neque enim jus exigendi alieni debiti cuiquam est, nisi cessa sit ei actio à creditore, *l. 5. §. ult. sup.*

A de neg. gest. Et hoc loco, sine mandato, inquit, exigi pecunia alieno nomine non potest. Et M. Tull. pro Roic. Amer. *Alteri petere nemo potest, nisi qui cognitor est factus*, id est, procurator, cui cessa sit actio, seu mandata, ut apud Titum Livium 39. *Turpe, & indignum est alienarum sumptuum tribunalium pleb. cognitorem fieri*, id est, vindicem, & quasi procuratorem earum persequendarum: alteri pacisci, vel stipulari cognitor, vel procurator non potest, alteri tamen petere potest utilitatis gratia, & negotiorum inter homines facilius expediendorum, id receptum est. Sicut & hoc, ut alteri procurator possidere, alteri possessionem acquirere possit, *l. 1. & 8. C. de acquir. poss.* non etiam illud, ut alteri pacisci, vel contrahere possit. Quod imo utilitas exigit ne recipiatur, nempe, ut per nos ipsos, non per alios, nisi sint in nostra potestate, ut nobis ipsis, non aliis, nisi in eorum simus potestate, paciscamur, aut contrahamus. Ad rem: si placuit inter nos, ut tu exigeres à meo debitore tuis impendiis, ut cum eo litigares tuis sumptibus, & ego à tuo, vel cum tuo: similiter quodammodo, inquit Paulus, mandatum intervenisse videtur, quia sine mandato exigi pecunia alieno nomine non potest, quia & extraneus nullam habet actionem. Cur ait quodammodo? quia scilicet negotium ita gestum, ut proposui, egreditur notissimos mandati terminos, exceditve naturam causamque mandati: neque enim, qui mandatum alienum exequitur, id suis exequitur, sed domini sumptibus, vel si quos sumptus de suo prorogaverit, eos à domino repetit, *l. si quis alicui, §. per. mand. l. 1. & 4. C. eod. tit.* non quia mandatum debet esse gratuitum, ut glossa ait: Nam quod dicitur, *mandatum debere esse gratuitum*, hoc eo pertinet, ut intelligamus, neque mercedem eum, qui mandatum suscipit, neque lucrum aliquod sibi ex ea re acquirere posse, *l. 1. & l. ita ut omnes, §. 1. mand.* Uno verbo, officium illud, quod amico amicus exhibet, lucro ei, vel compendio esse non debere, liberalem, & benignum non sequi lucrum, sed officium, ut M. Tullius ait in primo de leg. Consequens tamen huic verbo est, quod dicimus, ne dispendio etiam ei officium illud, aut damno esse debere, puta non debere eum exequi mandatum suis sumptibus, sine spe repetitionis scilicet. At in utraque specie, quæ Paulus proposuit, hoc agitur, ut quædam impensæ sequantur, ut tu mandatum meo debitore tuis sumptibus, sine spe repetitionis, & tamen ego tuum meis sumptibus. Contra diem poterit, nihilominus mandatum intervenisse videri, quia nihil damni facio, si meis sumptibus exigam pecuniam à tuo debitore, vel si ædifico in tuo solo meis sumptibus, cum tu parem mihi gratiam reddas exigendo à meo debitore, vel ædificando in meo solo tuis sumptibus. Denique mutuuum officium est, *Gall. plaisir*. Ergo mandatum contrahi videtur: mandatum enim ex officio originem trahit: verba sunt *l. 1. mand.* Et sane, si quantum tu impendis in exigendo meo debitore, vel in insula fabricanda in meo solo, tantum ego impendam in simili negotio tuo. Si par impensa fit ultro citroque, nulla dubitatio est quin revera mandatum interveniat. At si sit dispar impensa, si ego de meo plus impenderit, quam tu de tuo in exequendo hoc, vel illo mandato, tunc merito dubitatur, an mandatum interveniat, quia hoc abhorret à natura mandati, ut mandatarius, sive procurator oneretur impensis, & ex administratione alieni negotii in damno versetur. Quia (ut ait Paulus) non de re tua tibi mando, sed de mea, & vicissim tu mihi de re mea non mandas, sed de re tua: ergo tu, qui mandas, sufferre debes impensia, ac similiter ego, si ego mandem. Posset tamen adhuc defendi (ita modo hanc, modo illam partem defendit Paulus) etiam hoc casu, quum par ratio impensæ non est, ultro citroque mandatum contractum videri; & mandati actionem esse, quia mandatum, ex pacto etiam naturam suam non nihil excedere potest, sicut depositum, *l. Lucium, depof.* & locatio conductio, *l. in novo, loc.* & alius quilibet contractus, pacta enim contractui dant legem, & formam, *l. 1. §. si convenerit, depof. l. contractus, de reg. jur.* Et ita quamvis alia sit lex & natura mandati, alia depositi, tamen ex pacto mandatum recipere potest depositi, & custodia legem, ut *l. 1. quod si rem, depof.* Si tibi mandavi, ut rem meam per-

ferres ad Titium, & Titio eam non recipiente, ut eam mihi custodires (ecce lex depositi) nec Titius eam acceperit, teneris mihi mandati, non depositi, quia plenius, inquit, fuit mandatum habens, & custodiæ legem, hoc est, quod ait hoc loco, *possum tibi mandare, ut & custodiam mihi præstes*. Non id dicit, quod vult Accursius, ut mihi præstes culpam levissimam in gerendo negotio meo: Nam etiam si hoc non convenerit, constat à mandatario etiam levissimam culpam præstari, *l. 13. C. mand.* Omnem culpam. Sed hoc dicit ex pacto mandatum posse recipere etiam depositi legem, & causam, ut in supradicto exemplo. Potest etiam in mandato contrahendo excipi pacto convento, ut non plus impendat mandatarius in exigendo debitore meo, vel domo ædificanda in solo meo, quam aureos decem, & si plus impenderit, ut id, quod plus est, non repetat contraria actione mandati, quamvis alias regulariter ex natura mandati, omnes sumptus bonæ fidei facti necessario, vel utiliter repeti possint, *l. qui proprio, §. pen. de procur. l. qui mutuum, §. ult. mand.* Cur ergo si in supradictis casibus mandatum excedit suos fines, & conditiones, si extraneas leges recipit, cur etiam non recipit, & admittit hanc pactionem? Hæc est mens Pauli, ut ego scilicet tuum mandatum exequar meis sumptibus, & tu æque meum tuis, nec possit nostrum quisquam repetere sumptus, etiam si qui à me, vel à te facti sunt, longe exsuperent eos, quos ego feci in re tua, vel tu fecisti in re mea: sed ut pari pecunia sumptus compensentur, & quod plus ab altero impensum fuerit, non repetatur. Cur, inquam, mandatum & hanc pactionem non recipiet? At finge, non uterque impendit, quia non uterque fecit illud, de quo convenit, sed alter fecit, alter cessavit, quod significavit in iis verbis: *Sin autem alter fecit*, ut recte scriptum est in Florent. A quibus quidem verbis resumit, reditve ad quæstionem initio hujus §. propositam, id est, quæ in cessantem competat actio. Et rursus tentat post illam longam disquisitionem, quod ad sensum attinet: quod ad verba, per brevem: tentat, inquam, competere actionem mandati, quia & hic mandatum intervenisse videtur, quo colore? quasi scilicet quum actum est, ut quisque suis sumptibus exsequeretur mandatum, id tacite actum sit, ut non de re sua tantum id exsequerentur, quod natura mandati non patitur, sed ut invicem refunderent impensas, quas prorogassent. Tandem concludit Paulus, melius esse, & tutius disputationis, & ambiguitatis tollendæ causa, ut etiam ait in *l. 1. sup. de æstimat.* omnia actione mandati, agere præscriptis verbis proxima, & simili mandati actioni. Nec adjicit, vel conditione ob rem dati, quia facta revocari, facta infecta fieri non possunt, vel ut Phocylides ait, *ῥέ τῆς οὐ μὲν ὄντων ἀποκέρων*. Qua ratione ait Plato, *reos criminum puniri, non quia male fecerint, facta enim revocari non possunt, sed ne deinceps idem perpetrent*. Ergo ex hoc articulo *facio, ut facias*, conditio facti nulla est, sed est actio præscriptis verbis, ut damneris mihi quanti interest mea, & pro tua parte, illud est, de quo convenit fieri, vel ut mihi refundas impensas, quas feci in exigendo, vel ædificando. Et postremo in *§. ult.* ad hunc articulum *facio, ut facias*, ostendit, pertinere speciem propositam initio hujus legis, quæ nos traxit in hanc disquisitionem totius tractatus ob rem dati. Placuit ut tu filium meum naturalem, qui tibi servit, manumitteres, & ego tuum: Ego tuum manumisi, tu cessas meum manumittere: ex hoc quoque negotio datur mihi in te cessatorem actio præscriptis verbis, ut damneris mihi quanti interest mea servum habere, quem manumisi: nam manumissio revocari non potest, *l. cum proponis, C. de dolo, l. 5. §. si servum, sup. de cond. caus. da. l. si ex causa, §. ult. de min.* Nec si per actionem præscriptis verbis petam quanti interest mea servum habere, quem manumisi, reus quicquam eo nomine deducere poterit, quod libertum eum habeam, ut eo minus mihi præstet, quia hoc, quod scilicet libertum habeo æstimari non potest. Jus enim patronatus est inæstimabile. Et ideo nihil videtur consequi, aut locupletior non videtur fieri qui libertum acquirit, quamvis patronatus sint commoda innumera, *l. 2. inf. quibus ad libert. proclam. non licet, l. nemo*

A *prædo, §. 1. de regul. jur.* Qua ratione, & inter virum, & uxorum valet donatio servi facta manumissionis gratia, quia (ut eleganter ait Paulus 2. *Sentent. tit. 23.*) ea tantum donatio prohibetur inter conjuges, quæ accipientem locupletem facit, donantem pauperiorem. At quum donatur servus, ut mox manumittatur, nemo ex hoc fit locupletior, quamvis fiat patronus manumissor, & acquirat scilicet sibi libertum, quia ut jus patriæ potestatis, ita & jus patronatus est inæstimabile. Neque huic sententiæ obstat *l. idque, in fine, sup. de act. emp.* aut *l. 26. de evict.* nec enim ex iis legibus colligi potest jus patronatus æstimari, vel locupletiorum esse eum, qui libertum habet, & pauperiorem, qui non habet: sed hoc tantum ex iis legibus colligitur, habenti libertum, quem sua sponte manumisit, in venditorem non competere pretii repetitionem, quia nihil ei abesse videtur facto venditoris. At non habenti libertum, competere pretii repetitionem. Pretii certa æstimatio est, & taxatio: patronatus vero nulla iniri æstimatio potest. Supplendum hoc tantum est ad *§. ult.* quum ait, *te non manumittente, posteaquam ego manumisi, condemnationem fieri, quanti interest mea servum habere, quem manumisi*: supplendum, inquam, *vel quanti interest mea filium meum naturalem à te manumitti, ut l. 7. hoc tit.*

Ad *L. LVII. de Edil. edic. Si servus mancipium emit, & dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor daturus est, quam si omnia præstiterit, quæ huic actioni continentur; & quidem solida, non peculio tenuis. Nam etsi ex empto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur.*

C Ad *§. Quod si servus, vel filius vendiderit, redhibitoria in peculio competit. In peculio autem & causa redhibitionis continebitur. Nec nos moveat, quod antequam reddatur servus, non est in peculio: non enim potest esse in peculio servus, qui adhuc emptoris est: sed causa ipsius redhibitionis in peculio computatur. Igitur si servus decem millibus emptus, quinque millibus sit: hæc quoque in peculio esse dicemus. Hoc ita, si nihil domino debeat, aut ademptum peculium non est. Quod si plus domino debeat, e veniet ut hominem præstet, & nihil consequatur.*

Species *l. 57. de edil. edic.* est de actione redhibitoria, quæ emptori datur resolvendæ emptionis venditionis gratia ob morbum, vitiumve latens rei venditæ, cujus ipse nescius erat, emptionis venditionis tempore: quæ quidem actio, si servus, aut filiusfamilias emit, domino, vel patri competit in venditorem: vel si servus, aut filiusfamilias vendiderit, emptori competit in dominum, vel patrem. At multum interest, utrum ea actione agat pater, vel dominus: an in eum agatur, quod præcipue respondetur in hac *l.* Multum, inquam, interest hac actione agat pater, aut dominus, an cum eo agatur. Nam si servus, vel filiusfamilias mancipium emerit, & dominus, vel pater agat actione redhibitoria in venditorem, non ante admittitur ad redhibendum, & ad repetendum pretium emptionis, & accessionis ejus, & si quid emptionis causa servus, aut filius voluntate venditoris erogaverit forte uxori venditoris, ut fit, vel parario, aut proxenetæ. Nam hæc omnia veniunt in actionem redhibitoriam, etiam vectigal, ut ait *l. debet, hoc tit.* quod scilicet ex emptionibus venditionibus ærario inferebatur, veluti centesima primum, deinde ducentesima pretii, ut Cornel. Tacit. inquit, *1. & 2. Annalium*: Et sequebatur vectigal illud emptorem, ut hodie empto vendito prædio vectigal, quod summo domino debetur jure feudi, sequitur emptorem. Ita in emptione venditione vectigal fisco debitum sequebatur emptorem: Et ut dixi, in emptionibus aliarum rerum erat centesima: post fuit ducentesima: in emptione venditione mancipiorum fuit quinquagesima, vel quinta, & vicesima, ut idem Tacitus scribit *13. Annalium*, dum ait, Vectigal illud quintæ, & vicesimæ mancipiorum venalium fuisse remissum à Nerone emptoribus, venditore jussu id dependere. Sed, ut ait eleganter, fuisse remissum emptori, specie non re ipsa, non effectu, quia id in partem pretii emptori accrescebat, unoquoque eo pluris vendente sua prædia. Locus est

singularis : Non ergo aliter hæc omnia in solidum repetit, & consequitur dominus, vel pater, qui agit redhibitoria, quam si & ipse in solidum præstet omnia, quæ huic actioni ex parte emptoris insunt, puta non servum tantum morbosum, aut vitiosum, sed & peculium, quod venditioni accessit, & id quod deterior servus venditus apud se factus est, & partus, & acquisitiones servi venditi, & cætera, de quibus in l. 23. hoc tit. & aliis plerisque legib. hoc tit. Ratio optima est, quia cum pater, vel dominus solidum sibi præstari à venditore desideret actione redhibitoria, æquitas compensationis exigit, ut & ipse solidum præstet, ut ex utraque parte resoluta emptione, omnia in assem, vel in integrum restituantur. Denique pater, vel dominus, qui agit redhibitoria, & solidum petit, debet & ipse vicissim solidum præstare, non fini peculii tantum, id est peculio tenus, l. 9. in princ. de compensat. Ait eleganter, per compensationem servari solidum, & teneri patrem, vel dominum ultra peculii quantitatem, & l. 3. §. ult. rer. amotar. Nam etiam (ut subjicitur in hac l.) si dominus, vel pater agat ex empto ad mancipium, quod filius, vel servus suus emit, consequendum, nihil actione ex empto consequitur, nisi solidum pretium venditori solvat, quia & rem solidam sibi tradi desiderat: nisi, inquam, totum pretium venditori solvat, & quæcunque venditori deberentur, si libero homini vendidisset, l. cum fundus, §. ult. sup. de reb. credit. Igitur si partem pretii offerat venditori pater, vel dominus: vel si offerat ad finem peculii tantum, quod is, qui emit habuit, nondum ei ex empto actio efficax est, quia venditor quasi pignus mancipium venditum retinet, quoad sibi solvatur integrum pretium, l. Julianus, §. offerri, sup. de act. empt. l. quod si nolit, §. idem Marcellus, hoc tit. quasi pignus, & pignoris causa individua est, l. rem, de evict. id est, non recipit pignus divisionem pecuniæ debite: aut totam pecuniam solvi oportet, aut, si vel relinquat debitor minimum, integrum pignus obligatum manet. Et hæc, si quum servus, aut filius emerit, dominus, vel pater agat ædilitia actione, id est, redhibitoria, vel civili actione ex empto. Videamus quid sit dicendum, si servus, aut filiusfamilias non emerit, sed mancipium peculare tradiderit, & vendiderit: & in dominum, vel patrem emptor agat actione redhibitoria? Et hoc casu, quia dominus, vel pater nihil egit, vel agit, quo venditionem ratam habere videatur, quam fecit filius, aut servus, ideo ea actione non tenetur in solidum, sed ad finem modumque peculii dumtaxat, l. 23. §. si servus, sup. hoc tit. puta tenetur, ut servum venditum recipiat, & reddat emptori pretium, quod servo, vel filio numeravit, quodque in peculium servi, aut filii venditoris redactum est. Ut si mancipium emptum sit quinque millibus, sane quinque millia sunt in peculio servi, aut filii venditoris, videlicet si ei patre, vel domino non sit ademptum peculium, vel si nihil domino, aut patri debeat. Nam si ademptum ei sit peculium, vel si tantum, quantum est in peculio, aut plus quam sit in peculio patri, vel domino debeat, non intelligitur habere peculium, quia peculii id tantum est, quod superest, deducto eo, quod patri, vel domino debetur, l. 10. de pecul. Si ergo nihil superest, nihil est in peculio, & consequenter emptor, qui actione redhibitoria agit in patrem, vel dominum, servum, quem emit, reddet, redhibebit patri, vel domino. Vicissim ipse nihil à patre, vel domino consequetur, quia nihil est in peculio, & de peculio tantum pater, vel dominus tenetur emptori præstare actione redhibitoria, non de suo. At si non sit ademptum peculium, vel si nihil filius aut servus debeat patri, vel domino, conventus pater, vel dominus actione redhibitoria, debet præstare emptori quinque millia, quæ actor numeravit pro pretio mancipii venditi, quia ea quinque millia sunt in peculio. Et hoc est quod ait, *causam redhibitionis*, puta pretium, quod emptor persequitur actione redhibitoria, *peculio contineri*: causam sive rationem, ut in l. 13. de iur. & ratio. *distrab.* ait rationem emptionis iudicio tutelæ contineri. Mancipium quidem venditum, antequam redhibeatur, non est in peculio servi, vel filii venditoris, quia in dominio est emptoris: post redhibitionem incipit esse in peculio ejus:

ante redhibitionem non est in peculio ejus, quia est emptoris. Sed tamen etiam ante redhibitionem causa, & ratio, propter quam agitur actione redhibitoria (ea est pretium mancipii venditi) in peculio venditoris computatur. Et hæc est sententia hujus legis illo loco: *Igitur si servus decem millibus emptus quinque millibus sit*, est alyntheton, quia subintelligitur copula, aut *quinque millibus*, ut sit sensus, *sive venierit decem, sive quinque millibus, pretium ejus inest peculio venditoris*. Et delenda est in hunc locum Accursii glossa.

Ad L. XXXVI. de Ritu nupt. Tutor, vel curator adultam uxorem ducere non potest: nisi à patre desponsa, destinatave, testamento nomine nominata conditione nuptiis, secuta fuerit.

Venio ad l. 36. de ritu nupt. quæ est apertissima: nam in fi. l. additur exceptio ad Senatuscons. quod factum est auctore Divo Marco, ne tutor, vel curator adultam uxorem ducat, antequam ei administrationis suæ rationem reddiderit, & transferint etiam tempora restitutionis in integrum. Qua de re sunt multæ leges in hoc tit. nisi, inquit, à patre desponsa, destinatave, testamento nomine nominata conditione nuptiis, secuta fuerit. Despondetur à patre filia per stipulationem, ut apud Pautum in Truculento, *spondes tuam natam uxorem mihi? Spondeo, & mille aurei Philippi doti erunt*. Destinatur nudo consensu, ut apud Horat. *Fortique marito Destinet uxorem*. Quod sequitur, *testamento nomine nominata conditione nuptiis, secuta fuerit*, ut legitur in Florentinis: depravatum videtur, & ita emendandum ex l. si pupillum, ad l. Jul. de adult. *Testamento nomine nominata conditionem nuptiarum secuta fuerit*. Testamento patris designata, ut in l. pater, de cond. & demonstr. quam exceptionem etiam Senatusconsulto arbitrator fuisse adjectam nominatim. Et nihil est præterea.

Ad L. XXVIII. de Pact. dotal. *Queris, si pacta sit mulier, vel ante nuptias, vel post nuptias, ut ex fundi fructibus, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum: eoque modo minorem dotem constitutam: Post nuptias vero, cum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur, ut dimittat creditorem. Et erit mera donatio.*

Ex 28. de pact. dotal. multum interesse ostendit, utrum ante nuptias, an post nuptias mulier paciscatur cum marito, ut ex fructibus fundi in dotem dati maritus dimittat creditorem mulieris. Nam ante nuptias pactum valet, & eo modo dos minor efficitur, ut ait. Cur ita? quia remoto illo pacto, fructus ante nuptias percepti auferent, & ampliarent dotem, l. dotis, §. 1. l. si servo in dotem, sup. tit. prox. l. videamus, §. ante, de usur. Post nuptias autem pactum non valet: quia, ut ait, mera donatio est, quæ jure civili inter conjuges vetita est. Doceo esse meram donationem. Fructus dotis post nuptias contractas, post contractum matrimonium, pro oneribus matrimonii pleno jure pertinent ad maritum, l. pro oneribus, C. de jur. dot. Quum ergo agitur post nuptias, ut de fructibus dotis maritus dimittat creditorem mulieris, id agitur, ut de suo eum dimittat, ut donet igitur mulieri. Ergo non valet pactum: Nam & eadem ratione non valet hæc pactio, ut fructus dotis post nuptias percepti dotem augeant, & restituantur soluto matrimonio: nam & hoc mera donatio est. Ac præterea ejusmodi pacto mulier indotata constituitur, l. 4. hoc tit. quia nisi oneribus matrimonii serviat, dos nulla est, l. si pater mulieris, sup. tit. prox. Ideoque dos à Martiano Capella dicitur *Repensatrix*, quia repensat onera matrimonii, aut certe non est dos. Denique non est dos, nisi fructus ejus cedant lucro mariti. Possit objici huic legi *lex Julianus, sup. tit. prox.* in qua ostenditur valere pactum, si mulier paciscatur ne à se viva dos exigatur. Exigatur ut in Basilicis, *μη δειταιρδλωου*, non, excipitur. Cûr ergo etiam pacisci non licet, ut non omnes fructus dotis maritus lucretur, sed ut ex iis dimittat unum creditorem mulieris? Respondeo in specie l. Julian. si mulier paciscatur, ne à se viva dos petatur, neque maritus quicquam

quam de suo donat, non petendo dotem, sustinendo petitionem dotis: mora hæc & sustentatio, donatio non est, neque mulier sit indotata, quia id agitur, ut post mortem mulieris vel fructus dotis manente matrimonio ab ea percepti, marito restituantur. Rursus objicitur *l. pen. hoc iis.* quæ ait, si convenerit inter virum & uxorem, ut fructus extremi anni matrimonii, qui solent dividi inter virum & uxorem pro rata temporis, quo extremo anno stetit matrimonium, ut *l. fructus, sol. matrim.* Si, inquam, convenerit, ut fructus ultimi anni, qui penderent, nec dum percepti essent, omnes lucro cederent mulieris, ait, ejusmodi pactum valere. Cui tamen profecto donatio inest: puta ut ex fructibus ultimi anni non ferat maritus pro rata sibi contingente portionem, sed omnes fiant mulieris. Et tamen valet ea pactio, eave donatio. Quidni? Cum & conferatur donatio in tempus soluti matrimonii, quæ omnino valet, *l. si cum, qui mihi, in fi. de donat. inter vir. & uxor. l. 10. de mort. causa donat.* sicut è contrario non valet donatio facta ante nuptias, quæ solet valere inter sponsas, *l. inter, de donat. inter vir. & uxor.* Sane non valet, si effectus ejus conferatur in tempus matrimonii: quia pro eo est, ac si constante matrimonio facta esset, *l. 4. C. de don. ante nupt.* arg. *l. 13. sup. de jurisd.* Conferri autem in *l. pen. hoc iis.* donationem in tempus soluti matrimonii, quo neque maritus, neque uxor est, ut mentio extremi anni matrimonii demonstrat, quia non potest sciri, quis sit extremus annus ante solutum matrimonium. Et ita hæc *l.* explicanda est, & omnino Glossa Accursii delenda.

Ad *L. X. de Fun. dot.* Erit ergo potestas legis ambulatoria, quia dotalis fuit obligatio. Nunquid ergo etiam illo nondum redempto, alterum quoque alienare possit, quia potest alterum redimere? an hoc non debet recipi, ut nullus in dote sua certe ex post facto videbitur recte alienatus, illo postea redempto.

Præmittendum est, quod omnibus fatis est comperitum, lege Julia marito interdici alienationem fundi dotalis, ac deinde ponenda species in hunc modum: mulier marito in dotem dedit id quod maritus ei debebat sub alternatione, fundum Cornelianum, aut Sempronianum. Itaque in ejus arbitrio & electione erat quem velletolvere, quia in alternativis, sive disjunctivis obligationibus electio est debitoris, nisi aliud actum sit in contrarium, *l. plerumque, §. ult. sup. de jur. dot.* An vero ea obligatione doti dicta sive promissa, erit etiam in arbitrio mariti, quem ex iis volet fundum alienare, & alterum servare quasi dotalem? Et jam in *l. 9. superiore*, Africanus hujus rei electionem marito permisit, non ut semel tantum optet quem velit, ut sit in electione servi legati, *l. 5. in princ. de leg. 1.* vel in contractu data electione nominata, *l. eum, qui certarum, §. ut. de verb. obligat.* sed etiam ut subinde mutet voluntatem, & varie atque inconstanter iterum atque iterum eligat quem fundum velit alienare, quem retinere quasi dotalem, ut si forte Cornelianum elegerit, quem alienaret, & alienaverit, hunc rursus mutata voluntate, quamdiu matrimonium constant, possit redimere & servare quasi dotalem, & alienare Sempronianum, quem retinuerat ante. Nominatim data electio contractior est, quia distincte & præcise electionem injungit: Non nominatim data electio, sed quæ tacite inest, veluti promisso illo, aut illo fundo, ea liberior, aut laxior & latior est, nec brevitate constringitur, nec debet ita constringi, ut fiat scilicet semel duntaxat. Idque etiam Paulus sensit, qui ex eo colligit evenire, ut prout maritus mutaverit voluntatem, ita ad ejus arbitrium & libidinem accomodetur, veluti Lesbia regula, & reflectatur potestas legis Julæ, ut scilicet quemadmodum ambulatoria est obligatio illius, aut illius fundi: & ambulatoria voluntas ejus, qui debet sub alternatione illum fundum: ambulatoria voluntas debitoris, id est, mutatu facilis, ita ambulet etiam, & quasi gradum mutet potestas legis Julæ, & modo exerceatur in fundo Corneliano, modo in Semproniano, quia, inquit, dotalis fuit obligatio: emenda, quia talis fuit obligatio: talis, id est, ambulatoria, nimirum alternata. Plus adjicit Paulus, electo & alienato

A fundo Corneliano; necdum redempto, posse etiam matritum Sempronianum alinare, & alienationem valere, ac confirmari, si modo postea Cornelianum redimat, & habeat quasi dotalem: interim in pendentem esse alienationem fundi Semproniani; idque evenire, quod evenit sæpenumero in jure, ut ex post facto confirmetur quod erat in pendentem, quod erat imperfectum, *l. proinde 8. de reb. cred. l. 25. §. 1. de usufr.*

Ad *L. XLIV. sol. Matrim.* Si focer à genero heres institutus adierit hereditatem: quandoque mortuo patre cum herede ejus filiam de dote acturam, Nerva & Cato responderunt: ut est relatum apud Sextum Pomponium Digestorum ab Aristone libro quinto, ibidem Aristoni consensit: ego dicerem, etsi emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse.

B Ad *§. Lucius Titius, filia sua nomine, census doli promissæ Gajo Sejo, & inter Gajum Sejum, & Lucium Titium patrem mulieris convenit, ne dos à viro vivo Lucio Titio, id est, patre mulieris peteretur: postea culpa mariti divorcio facto solutum est matrimonium. Et pater mulieris decedens, alios heredes instituit, filia exheredata: Quæro an ab heredibus soceri maritus exigere dotem potest, cum eam mulieri redditurus est? Respondi: Cum filia, aliis a patre heredibus instituis, actionem de dote sua recipienda habere cœperit: necesse habebit maritus, aut exactam dotem, aut actiones ei præstare: nec ullam exceptionem habebunt soceri heredes adversus eum. Cum absurde dicitur, dolo videri eum facere, qui non ipsi, quem convenit, sed alii restitutus petii: alioquin, & si post mortem patris divorcisset, nondum exacta dote, excluderetur exactioe dotis maritus, quod non est admittendum, sed etsi ex parte filia heres patri suo existiterit, debet maritus coheredes ejus pro parte virili exigere, & mulieri reddere, aut actiones ei præstare.*

D Uæ in hac *l.* proponuntur species. Prima hæc est: morte viri soluto matrimonio, viro focer, id est, pater mulieris, qui eam habet in potestate, heres ex testamento exiit, an ab eo potest filia dotem repetere? quod prima facie videtur tentari posse, quia dos à patre data filia nomine, bonis patris abcessit, & cœpit esse ipsius filia proprium patrimonium, quamvis sit in potestate patris, *l. 4. de collat. bon. l. ult. de collat. dot. l. 3. §. sed utrum, in fi. de minor.* Et verius est tamen, nec de dote sua repetenda & recuperanda filia esse actionem in patrem, qui eam habet in potestate. Lis enim nulla, ne de dote quidem nobis esse potest cum parentibus, in quorum potestate sumus, ne permissu quidem prætoris, *l. 4. de jud. l. 8. de in jus voc. l. 16. de sur.* Ergo vivo patre non poterit filia ab eo dotem repetere, quasi ab herede mariti. At mortuo patre eam repetere poterit ab herede ejus actione rei uxoria, vel hodie ex stipulatu. Repetitio igitur dotis profectitæ, quæ communis erat patri & filia, *l. 3. sup. hoc iis.* ex persona patris confunditur, adita generi hereditate, non ex persona filia. Denique ex sola patris persona confusio fit, non etiam ex persona filia, ut in simili casu, *l. Grænius, de fidejuss.* Et ita Nervam & Catonem respondisse Paulus ait, esse relatum apud Sextum Pomponium ab Aristone Dig. libro quinto, & ibidem Aristoni consensisse. Ita Florentini scriptum habent recte, & hoc sensu responsa illa Nervæ & Catonis ab Aristone, id est, ex Aristone esse relata *§. Digestor. Sexti Pomponii, & ibidem Sextum Pomponium accedere sententiæ Aristonis, consentire Aristoni suffulto auctoritate Nervæ & Catonis.* Ex iis vero colligit Paulus sublato etiam vinculo patriæ potestatis emancipatione, emancipata filia, filia salvam esse repetitionem dotis permissu prætoris adversus patrem, quasi heredem mariti. Nam ita Paulus à pari argumentatur: ut morte patris soluto vinculo patriæ potestatis, filia dotis repetitio competit, ergo & eodem vinculo sublato emancipatione, Glossa docte ait, locum esse à pari, cujus scilicet maxima propositio hæc est. In rebus paribus, aut æque probabilibus, quod in una re verum est, id etiam in altera verum esse. Et ita in aliis plerisque causis calus mortis patris ducitur ad causam emancipationis: & contra *l. 11. si cui, de legat. 3. l. 3. C. de instit.*

instit. & substit. Conclusio igitur hæc sit: mortuo patre, qui marito heres exstitit, filiam ab herede ejus dotem repetere posse, vivo patre non posse ab eo illam dotem repetere, nisi emancipata fuerit, quia quo minus eam repetat, patria potestas impedimento est, qua sublata emancipatione, atque adeo sublato impedimento, consequenter mulierem etiam à patre dotem repetere posse. *Quintilian. lib. 11. cap. 1. inter patres*, inquit, *filiosque cum intervenisset emancipatio, litigatum scio.*

Ad §. *Lucius*. Altera species l. quæ proponitur in §. *Lucius*, hæc est: Cum socer genero dotem diceret, vel promitteret filie nomine, pacti sunt inter se, ne à socero dotem, quamdiu viveret, dictam, vel promissam gener exigeret: quæ pactio recepta est etiam muliere dotem dicente, vel promittente, l. *Julianus*, *sup. de jur. dot. l. ob res*, §. *ult. de pac. dos.* Postea vivo socero, atque ita nondum genero parta, & permissa exactioe dotis, culpa generi solutum est matrimonium. Deinde moriens socer alios heredes instituit, filiam exheredavit, quod scilicet dotem eam contentam esse vellet, ut l. *qui volebat*, *de heredib. instit. l. cum unus*, §. *ult. de alim. leg. l. emptor*, §. *ult. de rei vind.* Neque vero alias unquam exhereditatio dote filiam spoliatur, quæ ejus cœpit esse proprium patrimonium, l. *un. §. videamus*, *C. de rei uxor. act.* Quæritur autem, an mortuo socero post divortium factum culpa mariti, ut posuimus, an possit maritus ab heredibus soceri dotem exigere, quam restituat mulieri? Et respondet posse: imo debere eam exigere ab heredibus soceri, ut mox exactam mulieri præstet, aut si nolit eam exigere, debere mulieri cedere actionibus suis adversus heredes soceri: cessionem actionum pro justa præstatione esse, *l. quod debetur*, *de pec.* Quia mulieri sane adversus eum dotis repetitio competit, & quidem dotis integræ sine ulla diminutione, sine ullius partis retentione, licet ex eo matrimonio liberi supersint, & ipsa nuntium remisit, & divorterit prior, quia vitio mariti factum divortium est: Hac ratione mulieri integræ dotis repetitio competit, Paulus 2. *Instit. tit. de dotib. Si divortium*, inquit, *matrimonii sit, & hoc sine culpa mulieris factum est, dos integra repetitur.* Marc. Tull. in *Topic. Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet, id est, integra dos restituenda est mulieri.* In quem locum Boetius adduxit suprascript. Pauli sententiam ex 2. *Institutorum*, ut ait Boetius: Nam promiscue dicebant Latini instituta, & institutiones: ut commenta, & commentationes. Exigentem vero maritum dotem ab heredibus soceri, subjicit Paulus hoc loco, non posse repelli exceptione doli, quod eam mox restitutus sit statim atque exegerit ab heredibus soceri, quia hæc exceptio sive regula, *Dolo facit, qui petit, quod redditurus est*, l. 8. *de doli except.* locum tantum habet in eo, qui redditurus est ei, à quo petit, non si alii redditurus est. Et ideo recte maritus dotem petit ab heredibus soceri, quia eis redditurus non est, sed mulieri, cui & eo nomine tenetur. Ergo cum effectu dotis exactio marito competit post mortem patris, licet vivo patre culpa ejus divortium factum sit, & multo magis, si mortuo jam patre: & marito igitur jam quæsitæ exactioe dotis adversus heredes ejus, quia pactum factum cum socero fuit personale, & divortium factum est culpa mariti ante dotem exactam. Nam & similiter dotem exigere poterit ab heredibus soceri, sine metu suprascriptæ exceptionis, ut eam dotem mox mulieri restituat: posui mulierem fuisse exheredatam à patre. Quid si à patre ex parte fuerit heres scripta? Quid si in solidum sive ex assè? Si ex assè, sane dos ab ea exigi non potest. Dotem ab ea maritus exigere non potest, quia tunc sane locus est suprascriptæ exceptioni: *Dolo facis, qui petit, quod te mihi mox restituere oportet.* Ac similiter, si ex parte sit heres scripta, pro sua parte maritus ab ea dotem exigere non potest. Eadem ratione, propter exceptionem doli mali à coheredibus ejus potest, pro parte eorum virili, id est, *ανδρῶν*, pro rata, l. 1. *C. unde lib. §. ult. Instit. de inoff. test.* A coheredibus igitur maritus pro rata portione dotis exigere potest, ut eam portionem dotis exigere potest, ut eam por-

tionem dotis mox restituat mulieri; nisi malit ei cedere actionibus suis adversus coheredes, pro portione, qua ad eos patris hereditas pertinet. Et ita est explicanda altera species hujus legis.

Ad L. XLIV. de Bonis libertorum. *Si patronum ex debita portione heredem instituas, & pure roges fundum dare, eique sub conditione tantundem leges: in conditionem fideicommissum redigitur, erit tamen & hic, quod moveat. Onerabitur enim patronus satisfactione fideicommissi, sed dicendum est ab eo fideicommissario cavendum, à quo patrono legatum est, ut undique patronus suum jus habeat imminutum.*

Ad §. Patronus heres institutus, legato ei servo, per quem suppleretur debita ei portio, non potest contra tabulas bonorum possessionem, quamvis servus clusus tabulis desessit.

Ad §. Si ex bonis, quæ mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hereditate, vel legato: servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus auget patrimonium: non potest patronus propterea queri, quod minus habeat in servo, quam haberet, si ex debita portione esset institutus. Idem est, & in alluvione, cum sit satisfactum ex his bonis, quæ mortis tempore fuerunt. Idem est, & si pars legati liberti relicti ab eo, cui simul datum erat, vel hereditati, nunc illis abstinentibus, adcrecat.

Sciendum est liberti vita decedente sine liberis testamento facto, patrono ejus deberi portionem legitimam; id est, ut olim obtinuit *l. Julia, & Papia*, semissem omnium bonorum, quæ liberti fuerunt mortis tempore: vel, ut hodie obtinet, trientem ex Constitutione Justiniani, quæ quidem portio si patrono relicta non sit, datur ei adversus institutos, & scriptos heredes testamento liberti bonorum possessio contra tabulas, non in assem, sed ejus tantum portionis evincendæ gratia. Hæc est debita portio reverentiæ patronali, ut ait *l. si patronus*, *inf. de don.* Portio, inquit, ex legibus debita reverentiæ patronali, & quæ sane ei debetur pure sine onere, sine dilatione, & conditione, sine mora ulla, l. *sive libertus*, §. 1. & 2. *sup. de jure patronat.* sine onere legati, aut fideicommissi, vel quo alio onere, aut incommodo, l. *seq. & l. cum patronus*, *de leg. 2. l. ita fidei*, §. *ult. de jure fisci.* Eodemque jure est portio legitima debita liberis ex parentum bonis, qui testati vita decedunt, quæ olim fuit quadrans ex *l. Glicia*, & quadrans ejus, quod ab intestato habituri erant. Hodie est triens, si sint quatuor liberi: vel semis, si sint plus, quam quatuor liberi, ex *Nov. Just.* nam & hæc, quæ liberis, aut vicissim à liberis parentibus debetur portio legitima, debetur sine ullo onere optimo jure, optima conditione, quantum potest l. 12. in qua, quod onus videtur esse fideicommissi mutui sive reciproci, si quis recte animadvertat, non est onus proprie in l. 12. l. 30. 32. & 36. *C. de inoff. testam.* Utraque portio, quæ, vel debetur patronis, vel parentibus, vel liberis, est veluti æs alienum. Et ita appellatur in *Novella Justiniani 18. χεῖρος*, id est, debitum bonorum subsidium, *la legitime*, l. *si totas*, *C. de inoff. donat.* Ut autem si creditori, id, quod debes, leges, vel si uxori dotem leges, quæ te defuncto omnimodo quasi res sua ad eam redire debet, nullum ei legato onus imponere potes, l. 7. §. *ult. de leg. 3.* Ita nec si portionem legitimam patrono, aut filio relinquas. Huc pertinet, quod initio hujus legis proponitur: Libertus patronum ex debita portione heredem fecit, & pure rogavit, ut ex ea portione sua *L. Titio* fundum daret. Denique debite portioni imposuit onus fideicommissi. Verum mox exonerandi, & allevandi patroni gratia, eidem quanti fundus ille dignus fuit, tantundem ei à coherede sub conditione legavit, ne patroni portio oneretur. Eleganter ait, fideicommissum, quod erat purum, ad conditionem legati redigendum esse, ut scilicet non ante Lucio Titio fideicommissario debeatur, quam exstiterit conditio legati patrono à coherede relicti, fideicommissi repensandi gratia. Hoc tentat primum Paulus: deinde aliud atque diversum more suo: imo nec in eam conditionem fideicommissum redigendum esse, quia & hoc genere oneratur portio patroni propter satisfactionem fideicommissi,

missi, quam L. Titio præstare pendente conditione patronus debet, ex edicto prætoris, ut legatorum nomine caveatur: quæ quidem satisfactio, id est, datio fidejussorum legati, aut fideicommissi nomine, non tantum est inventu difficilis, quod pauci inveniantur sani, & prudentes, & idonei, qui pro aliis spondere velint, l. 6. sup. si cui plus quam per leg. Falcid. l. omnes, §. præterea, C. de Episc. & cler. sed etiam satisfactam fidejussoribus obligat ex causa mandati. Igitur ut per omnia exoneretur patronus, & undique jus suum habeat immunitum, illibatum, integrum, purum, portionem suam immunem, concludit ad extremum Paulus, melius esse, ut L. Titio quasi conditionalis fideicommissi nomine satisfactus non patronus, à quo fideicommissum, aut legatum relictum est, ne subeat istud onus, sed coheres, à quo legatum patrono datum est, qui casus est valde singularis, ut videlicet de fideicommissio satisfactus, à quo fideicommissum relictum non est. Et recipitur hoc potius, quam ut oneretur patronus in portione sibi debita.

Ad §. Patronus heres institutus, &c. Nihil interest, quo jure patrono debita portio relinquatur, jure legati, vel fideicommissi, vel mortis causa donationis, an jure hereditario, ut in §. seq. nam & liberis testamento parentum quocunque jure, quocunque titulo debita portio ante Novell. Justin. 115. relinqui potuit, §. ult. Inst. de inoff. test. Et ad eundem modum potest patrono relinqui portio legitima quocunque titulo, ergo partim uno titulo, partim altero. Quidni? partim jure hereditario, partim legati. Exempli gratia. Patrono herede instituto ex minore parte, quam sit legitima, & servo ei legato supplendæ legitimæ portionis gratia: nam hoc modo recte satisfactus patrono, quia integram habet portionem legitimam: nec nos movet, quod eam habet non eodem, sed diverso jure, cum ob eam rem ejus nihil intersit, modo habeat integram. At ita posita specie, quæritur quid sit dicendum, si servus ei legatus vita decesserit, clausis tabulis testamenti, id est, antequam dies legati cederet: neque enim ex lege Papia dies legati cedit ante apertas tabulas, l. un. de cad. toll. & Ulp. lib. sing. reg. tit. de leg. in fin. Quid ergo si ille servus decesserit ante apertas tabulas, quæ res inane constituit legatum? Et ait, hoc etiam casu patrono satisfactum videri, neo posse eum quicquam queri, aut expostulare petita bonorum possessione contra tabulas, quia tempore mortis liberti, quod in hac causa spectari debet semper, patronus habuit plenam portionem suam, supervixit enim liberto servus legatus. Et satis est, si vel momento, cum moritur libertus, patronus habeat integram portionem suam. Sane enim aliud dicendum esset, si servo supervixisset libertus testator, quia tempore mortis patronus integram, & plenam portionem non habuit, quia legatum defecit vivo liberto. Et ita est explicandus hic §.

Ad §. ult. In §. ult. ostenditur, etiam nihil referre, quo jure portio debita patrono relinquatur, jure hereditatis, an jure legati. Ac præterea ostenditur satis esse patrono relinqui portionem debitam, id est, semissem, vel tricentem eorum bonorum, quæ liberti fuerunt cum moreretur. Nunc finge, jure legati patrono relictum servum, qui sufficit portioni debitæ ex bonis, quæ liberti fuerunt, mortis tempore pretium ejus servi efficere semissem bonorum, aut erientem. Vivo autem liberto servum captum, post mortem liberti ab hostibus rediisse postliminio in potestatem heredum liberti: Vel finge, fundo hereditario post mortem liberti flumen per alluvionem aliquid adjecisse: Vel finge, post mortem liberti legati, aut hereditatis liberto, & alii simul, id est, conjunctim relictæ, abstinentes collegatario, vel coherede, partem alteram heredibus liberti accrevisse? jus accrescendi post quæsitam defuncto partem suam, transmittitur ad heredes, quia pars parti accrescit, l. si ex plurib. de suis, & legit. heredib. l. ex scriptura, §. ult. de condit. & demonstr. His tribus modis, qui expositi sunt, jure postliminii, jure alluvionis, jure accrescendi, post mortem testatoris augetur hereditas, augetur

Tom. II. Post.

patrimonium. Et sane si patronus ex debita portione sit heres institutus, his quoque modis augetur portio patroni. Sed si jure legati relictæ ei sit debita portio, his modis non augetur legatum, quia quod hereditati accedit, vel accrescit post mortem testatoris, lucro heredum cedit, non legatariorum. Nec queri potest patronus, quod nunc minus habeat ex legato, quam si ex debita portione heres esset institutus, non legatum accepisset, quia in incrementi hujus portionem veniret, si esset institutus, in quam legato accepto venire non potest. Non est, inquit, quod de ea queratur patronus, cum satisfactum sit ei ex bonis, quæ mortis tempore fuerunt: jure legati ei relictæ fuit portio legitima: sed satisfieri ei debet ex bonis, quæ fuerunt mortis tempore, non ex iis, quæ postea accesserunt. Et recte l. servi, sup. ad leg. Falcid. servos post mortem testatoris reversos ab hostibus quantum ad legem Falcidiam attinet, locupletiores facere heredem, & prodesse scilicet legatariis, ut vel solida legata capiant sine deductione Falcidiæ, vel minus ex iis jure Falcidiæ detrahat heres, non etiam, ut plus capiant, quam datum eis sit ex bonis, quæ mortis tempore fuerunt: quantum ad l. Falcidiam attinet, inquit, ad differentiam legis Papiæ, quasi dicat, quantum ad l. Falcidiam, non quantum ad legem Papiam: nam fictio postliminii, quæ fingit eum, qui rediit ab hostibus, retro in potestate domini fuisse, admittitur in l. Falcidia, non in l. Papia. Cur ita? ne plus habeat patronus, quam ei legatum sit ex bonis, quæ liberti fuerunt mortis tempore, contra voluntatem testatoris, quum scilicet legatum illud sufficit debitæ portioni. Et hic quoque locus valde singularis est.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. VI. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LXX. de Jure dotium, quæ conjungenda est cum l. in ambiguis LXXXV. de Reg. jur.

In ambiguis, inquit, pro dotibus respondere melius est: quia ait melius est, videtur respicere ad formulam actionis rei uxoriæ, cujus sæpe M. Tull. mentionem facit. Formula hæc est: quod æquius melius sit dari, repromittive. Cujus regulæ ratione ea actio dicitur esse concepta in bonum, & æquum leas, sup. de cap. minus. & proculdubio ad eam quoque formulam respicit l. si cum Cornelius, in fin. solut. matr. illo loco: Æquius melius est, quæ tractant de actione rei uxoriæ. Instruit autem hæc regula juris non iudices, sed Jurisconsultos, quoniam ait, respondere. Respondere est proprium J.C. pronuntiare judicium. Et secundum hanc quoque regulam Papinianum respondisse refertur in l. 2. ut. seq. si convenerit, ut quoquo modo soluto matrimonio liberis intervenientibus dos apud virum remaneat, qui sermo ambiguus est. Nam duobus differentibus modis intelligi potest l. cum Stichus, inf. de solut. Vel enim intelligi potest ille sermo in hunc modum, ut quoquo alio modo, quam morte viri soluto matrimonio liberis intervenientibus dos apud virum remaneat, vel etiam morte viri soluto matrimonio apud heredes viri. Papinianus, inquam, in hac quæstione ambigua, & dubia respondit, non videri convenisse, ut morte viri soluto matrimonio dos maneret: nec si id nominatim convenisset, conventionem valere, quia est contra dotem, id est, quia mulierem indotatam facit, quæ supervixit viro. Proinde mortuo viro liberis mulierem esse potiorum in repetenda dote actione rei uxoriæ, quæ dicitur actio dotis recuperandæ, l. filie mee, inf. solut. matr. ut arbiter dotis recuperandæ, qui ei actioni addictus est, l. Titia, de solut. In ambigua quæstione scilicet, & dubia interpretatione Papinianus respondit pro dote, id est, pro muliere, quæ de dote sua recuperanda agit. Et ita potest non male hæc regula accommodari ad actionem dotis recuperandæ.

T t s

ran-

randæ, quæ finito matrimonio mulieri competit. At secundum hunc titulum de jure dotium, qui proprie est de actione petendæ dotis, quæ marito competit ex stipulatione, vel repromissione, seu dictione dotis, vel hodie ex nuda pollicitatione, non etiam est & hic titulus de actione dotis recuperandæ, cui proprie dicatus est titulus soluto matrimonio. Secundum hunc titulum, inquam, hæc regula accommodanda est ad petitionem dotis, quæ marito competit, quamvis ea sit stricti juris, illa autem, quæ mulieri competit bonæ fidei, nimirum sumpto exemplo ex *l. nuptura, hic*, nuptura filiosam. ita dotem promisit focero: *Quod filius tuus mihi debet, doti tibi erit*, quæ oratio ambigua est: nam & hunc sensum admittit: *Quod filius tuus mihi debet in solidum, quia mihi obligatus est in solidum, & hunc sensum, quod filii tui nomine mihi debes peculio tenus, non in solidum*. Et favor dotis priorem interpretationem inducit, quæ efficit, ut amplior dos focero debeat, ad quem hujus matrimonii onera spectant, *l. si filia, §. 1. fam. ercisc.* Et ita respondetur in *d. l. nuptura*, huic regulæ convenienter. Sumatur & exemplum ex *l. tali 48. hoc tit.* nuptura promisit in anno proximo dotis nomine decem dari. Ambigua oratio est, ibi, *in anno proximo*: nam incertum est ex quo die annus numerandus sit, ex die interpositæ stipulationis, an ex die nuptiarum, quæ varietas magnum momentum habet: nam si ex die nuptiarum, secutis nuptiis, proculdubio dos ex ea obligatione ille annus numerandus est, & si nuptiæ non fiant intra annum, dos etiam ex ea obligatione deberi videtur. Quod si quis dixerit, & eo casu dotem deberi, absurde dixerit, quia dos sine nuptiis esse non potest. Ergo completo anno, nondum secutis nuptiis, ex ea obligatione dos deberi non potest, quia deficit conditio, quæ stipulationi dotis tacite inest, si nuptiæ sequantur, quia non sunt secutæ nuptiæ intra annum, *l. 22. hoc tit.* Et ex iis quidem duabus interpretationibus ea sumitur, quæ pro dote, id est, pro marito facit, qui dotem petit. Ea scilicet sumitur interpretatio, quæ efficit, ut dos omnino debeat, numerato anno ex die nuptiarum, non quæ efficit, ut aliquo modo non debeat, numerato scilicet anno ex die stipulationis, & non factis nuptiis intra annum; maritus sustinet onera matrimonii, ideo quoties interpretatio dotis, quæ ab eo petitur, est dubia, secundum dotem, id est, secundum maritum respondendum est. Ut & de libertate dicitur in *l. 20. de reg. jur.* Sumi etiam aliud exemplum potest ex *l. 11. tit. seq.* Si promissa, vel dicta dote, focer ita cum genero paciscatur, ne se vivo dos petatur, neve constante matrimonio, hæc postrema verba, *neve constante matrimonio*, ambigua sunt, quia duas differentes sententias exprimunt: vel, ut constante matrimonio se vivo non petatur, *ἀπὸ τοῦ ζῶντος*, sive à communionem repetitis superioribus verbis, *se vivo*: vel, *ne omnino petatur à se, vel herede suo constante matrimonio, sed finito matrimonio demum*. Ac prior interpretatio favorabilior est, ergo amplectenda, ut scilicet marito statim atque focer diem suum objerit, dotis petitio competat: alioqui constante matrimonio mulier videbitur esse indota. Indotata enim esse videtur, cujus dos non servit oneribus matrimonii, id est, cujus fructus maritus non percipit, *l. 76. hoc tit.* Et hæc quidem exempla nos ad hanc regulam adponere oportet, ut arbitror, eamque accommodare, non tantum ad repetitionem, sed etiam ad petitionem dotis. Non possum probare exempla, quæ Accursius, Hugolinus, & alii interpretes tam Latini, quam Græci afferunt in hanc regulam, quia ei convenire nullo modo videntur. Ac primum, quod favore dotis constituitur in *l. ult. in fi. C. ad Vellej.* & in *l. 9. §. si res, h. t.* proprie non pertinet ad hanc regulam, quia is favor non versatur in ambiguis rebus, in ambiguis quæstionibus, aut verbis, sed in certis atque perspicuis, qui certe longe major est favor, quam qui versatur in ambiguis: nam major est ratio favere doti in re ambigua, quam in re perspicua, sive contra rationem perspicuam. Ex eo tamen favore, qui major est, non nego, ad hanc, qui minor est, nos posse argumentari hoc modo: Si in perspicuis rebus favetur dotibus contra jus certum, atque confessum, & in ambiguis multo magis, ut in *d. l. ultim.*

A constituitur, non juvari mulierem; quæ pro alia muliere dotem spondit, vel pollicita est. Quod est perspicue contra SC. Vellejanum, introductum favore dotium, longe maxime ubi nulla suberat ambiguitas. Et cum in *d. §. si res*, si quis res tradiderit pro muliere, ea lege, ut sequitis nuptiis dotis fierent, & transfirent in dominium mariti, & post mortem ejus nuptiæ sequantur, quamvis perspicuum sit, & evidens dominium earum rerum, quod heredi per additionem quæsitum est, ab eo herede invito, & sine facto ejus discedere non posse, tamen contra hanc rationem juris, quæ manifestissima est, favore dotis, ne mulier sit indotata, lex ait, *secutis nuptiis post mortem promissoris, dominium earum rerum ipso jure in maritum transferri, si heres abstet, vel nolit approbare, quod defunctus fecit*. Certissimum etiam est nihil ad hanc regulam pertinere *l. prox. §. gener, sup.* quam hic glossa adduxit. In quo §. ostenditur, dotem à focero simpliciter promissam pro filia non demonstratæ, vel quantitate, boni viri arbitrio promissam videri, id est, pro modo facultatum, & pro dignitate mariti. Quod nihil pertinet ad hanc regulam, quia hoc non est in ambiguis pro dotibus respondere. Ubi enim est ambiguitas? obscuritas potius est, quam ambiguitas. In obscuritate autem quæritur, quid actum, vel dictum: in ambiguitate, utrum actum, vel dictum sit. Et ita ambigua ab obscuris separantur, *l. veteribus, sup. de pact.* Nihil etiam ad hanc regulam pertinet *l. dotem, quæ, hoc tit.* quam & Glossa adfert, ex qua lege, dos quæ in priore matrimonio fuit, & renovata matrimonio post divortium, & ipsa dos tacite renovata intelligitur, nisi probetur aliud convenisse, nam in ea re nulla erat ambiguitas, nihil est evidenter. Male etiam exempli loco afferunt *l. ult. C. de dot. promiss.* ex qua pater, qui simpliciter dotem certam filię constituit, vel filię nomine promisit, non demonstratis bonis, ex quibus ea dos solveretur, vel etiam, qui ex suis, & filię bonis dixit, se eam dotem constituere, si sit solvendo, si sit locuples, totam eam de suis bonis constituisse intelligitur, ut constituitur in *d. l. ult.* An vero hoc est in ambiguis pro dotibus respondere, vel definire? minime: Quia hoc magis est pro filia, quam pro dote, nimirum ut non dotetur de patrimonio suo, veluti de bonis maternis, sed de bonis paternis, de patrimonio patris, quia ut eadem ipsa lex ait, paternum officium est dotare filiam. Non placet etiam exemplum, quod afferunt ex *l. si sponsa, hoc tit. & l. quæsitum, §. ult. & l. seq. de priv. cred. vel de bon. auct. jud. possid.* ubi privilegium exactionis, quod mulier habet in dote repetenda, quo præfertur omnibus creditoribus, datur etiam ei in quasi dote repetenda. Dos est, quæ justo matrimonio cohæret, *l. dotem, de castr. pecul.* quasi dos, quæ non justo, vel nullo matrimonio cohæreat, ut si minor 12. annis nupserit, & quasi uxor, quum in ea ætate non possit esse uxor, etsi ducta fuerit in domum quasi mariti, & mox divorterit: vel si sponsa dotem dederit, neque nupserit postea, & hæc & illa in repetenda quasi dote habebit privilegium exactionis. Hoc vero est privilegium dotis exigendæ porrigere ad quasi dotem, non in ambiguis pro dote respondere. Non placet etiam aliud quod Græci in hac l. proponunt: si ambigatur filięfamilias nubenti consenserit pater, ut debet, quo fiant justæ nuptiæ, an non consenserit, quia hoc genere de jure matrimonii principaliter quæritur, valeat, nec ne, de dote nihil. Et in illa quæstione tamen id placet accipi in dubio, quo matrimonium magis valeat, quam pereat, ut in *l. 13. de rebus dub. & in cap. videtur, ext. qui matrim. accus. non poss. & cap. licet quedam, in fine, ext. de testibus.* Item displicet aliud, quod iidem ponunt, si ambigatur dos sit æstimata, an non æstimata. Hi duo casus multum inter se distant: nam dotis inæstimatæ periculum, si forte pereat casu majore, pertinet ad mulierem, dotis æstimatæ ad virum, quia pro emptore habetur. In ambiguo ait, judicem debere statuere dotem esse æstimatam, ut periculum sit mariti, si forte res dotales perierint, non mulieris. Quod falsum esse existimo proculdubio, & nullo loco juris eadem sententia probari potest. Nec bono, & æquo convenit, deficientibus probationibus æstimatæ dotis, ex detrimento viri mulierem locupletari, *l. pen. in fin. sol. matr.* Judex potius,

tius, ne cui faciat injuriam, ut solebant olim, debet pronuntiare sibi non liquere, *l. Pomponius, de recept. qui arbit. recep.* Postremo dico, nihil etiam ad hanc regulam pertinere *l. Gajus, sol. matr.* licet sit ex eodem libro.

Ad L. XLV. soluto Matrim. *Cajus Sejus avus maternus Seje nepti, quæ erat in patris potestate certam pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, & instrumento dotali hujusmodi pactum, & stipulationem complexus est: si inter Lucium Titium maritum, & Sejam divorcium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seje uxori, vel Gajo Sejo avo materno redderetur restituereturque: quæro, cum Sejus avus maternus statim vita defunctus sit: & Seja postea sine culpa sua divorterit, vivo patre suo, in cujus potestate est: an, & cui actio ex hoc pacto ex stipulatione competat: & utrum heredi avi materni ex stipulatu, an nepti? respondi, in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam: quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur. Quod cum ita est: heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Seje posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si sibi, aut illi dari avus stipulatus est. Sed permittendum est nepti ex hac avita conventionione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem, favore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem personarum, ad hoc decurrendum est.*

Species hujus hæc est: Avus maternus neptis suæ nomine, quæ erat in potestate patris, marito ejus dotem certam dedit, & instrumento dotali pactus est subdita stipulatione, ut esset actio ex stipulatu, quæ non potest esse ex pacto solo. Stipulatus igitur est, ut divortio facto sine culpa nepti suæ, ea dos omnis nepti vel sibi restitueretur: nam divortio facto sine culpa mulieris, constat omnem dotem à marito esse restituendam sine ulla retentione, vel deductione, ut docuimus ad *l. prox. sup.* Culpa autem mulieris interveniente, certæ partis dotis retentionem marito competere vel propter liberos, vel propter mores, aut culpam mulieris, & nonnunquam retentionem totius dotis, maxime ob adulterium. Quod & in Comœdia Hecyræ Act. 3. Sc. 5. Pamphilus significat, & tentat, quasi culpa uxoris suæ divortium intervenisset, dum ait, *neque mea culpa hoc dissidium evenisse, id testor Deo: sed quando se se esse indignam deputat matri meæ, cui concedat, &c.* ubi ex interpretatione Donati sic legendum est, hoc, sic profert, inquit, ut eam ostendat causam esse dissidii: & hoc ipso tentat, ut totam dotem retinere possit. In hac autem stipulatione, quam avus maternus proponitur fecisse nepti, vel sibi, neptis non est adjecta solutionis gratia, sed obligationis, non minus, quam avus ipse. Si avus dixisset mibi, vel nepti, neptis adjecta esset solutionis gratia, & obligatio constitueret tantum in persona avi, *lexum, qui, §. qui sibi, de verb. oblig. §. plane solutio, Inst. de inut. stipul.* At vice versa, quia dixit nepti, vel mibi, proculdubio neptis adjecta est obligationis gratia, puta ut nepti, vel sibi acquireretur obligatio: nec enim videtur præpostere solutionem obligationi prætulisse: & certo certius est, adjectionem alterius, si fiat solutionis gratia, valere, si obligationis gratia, id est, si alter etiam obligationi applicetur, non valere, quia alteri inutiliter stipulamur: alteri acquirere non possumus obligationem, *l. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.* Quamobrem in hac specie avus maternus nepti inutiliter stipulatus videtur facto divortio culpa mariti dotem nepti, vel sibi reddi. Unde si statim avus maternus vita defunctus sit, & deinde neptis sine culpa sua divorterit vivo patre, in cujus potestate est, actio ex stipulatu heredi avi materni competit dotis recuperandæ gratia, quia in persona avi constituitur & consistit obligatio, nepti non competit, quia ut dixi, in personam neptis inutiliter concepta stipulatio fuit. Et sane facilius admitemus nepti dotem solvi posse, si hoc malit maritus, quasi adjecta solutionis gratia, ut *d. §. plane: licet revera, non solutionis, sed obligationis gratia adjecta sit, quia non dixit, mibi, vel nepti: sed nepti, vel mibi.* Facilius tamen id admittimus, hæc est mens Pauli, quam nepti dedimus actionem directam ex stipulatu, quæ solis com-

Tom. II. Post.

petit heredibus avi materni. Utilem tamen actionem ex stipulatu ait, motus æquitate, nepti permittendam esse, ne dote defraudetur. Et in hanc sententiam decurrendum esse favore nuptiarum, & maxime propter affectionem personarum: Duplici ratione nititur. Unam sumit, & ducit re ipsa favore nuptiarum, qui quidem est favor dotium, & contra dotium favor, nuptiarum favor. Quo enim dotes, nisi propter nuptias? *l. 2. de jur. dot.* Et idem plane est favore nuptiarum, cum eo, quod dixit ante, ne commodo dotis defraudetur. Unde quum Basilica habent *δια τῆς ἀλλοτρίου τῶν γάμων*, subjecta est hæc interpretatio, *ἑαυτοῦ τῶν ἀλλοτρίων, si per nos, faveatur enim dotibus.* Alteram rationem, quam potiore facit, quoniam ait (maxime) duoit à persona stipulatoris, qui avus maternus fuit, cujus enixæ affectioni hoc dandum videtur, si nepti stipulatus sit, ut ex ea stipulatione, saltem utilis actio nepti accomodetur, ut in *l. 7. C. de pact. conveni.* Quod latius memini me exponere ad *lib. 4. ad l. debitor. §. ult. ad Treb.* nepti, inquam, adjuncta persona patris, in cujus potestate est. Nec enim frustra posuit divortium intervenisse vivo patre, in cujus potestate erat. Et verissimum etiam est, non tantum profectitiæ, sed & adventitiæ dotis repetitionem communem esse filię & patri, in cujus potestate est, ut ea experiri alter sine altero non possit auctore Ulpiano *lib. Reg. tit. de dotib.* Licet in *l. 2. §. 1. sol. matrim.* hoc tribuatur tantum doti profectitiæ, sed hoc ideo, quia hujus dotis proprietas communis est patris & filię, adventitiæ autem dotis proprietas hodie propria est filię ex constit. Justin. sicut & cæterorum omnium adventitiorum bonorum. Repetitio autem dotis adventitiæ hodie communis est patris & filię, *l. ult. §. ubi autem, C. de bon. que lib.* Et hæc de sententia hujus legis quidem sufficient. Sed hoc tamen addi oportet, ut finis principio respondeat, ad sententiam hujus legis nihil pertinere hanc regulam juris: *In ambiguis pro dotibus respondere melius est*, quia nulla hic versatur ambiguitas, sed aperte contra apertam regulam juris, nempe hanc, *alteri stipulamur inutiliter: & hanc per liberam personam alteri actio non acquiritur*, favore dotis ex avita stipulatione nepti accomodatur utilis repetitio adjuncta persona patris, sive utilis actio rei uxoriæ: qui favor longe major est, quam si in ambiguis faveamus dotium causæ: nec solus hic etiam spectatur favor, sed & adfectio maxime personarum.

Ad L. LV. de Donat. int. vir. & uxor. *Uxor marito suam pecuniam donavit. Marius ex pecunia sibi donata, aut mobilem, aut soli, rem comparavit: solvendo non est & res exstant. Quæro, si mulier revocet donationem, an utiliter condictionis experietur, videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus: cum pecunia mulieris res comparata exstet. Respondi: locupletioverem esse ex donatione, negari non potest: non enim querimus, quid deducto ære alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Solo enim separatim hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet, & vindicare directo potest, & erit deterior causa viri: si ei pecunia quatenus res valet, non ultra id tamen quod donatum est, condicatur, quam si dotis iudicio conveniatur. Sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accomodare.*

Donatio inter virum & uxorem facta jure non consistit, & hoc est certissimum, & revocari statim, vel quandoque potest vindicata re, vel pecunia donata, si exstet, quia, ut ait hoc loco in dominio donatoris permanet. Denique hæc donatio alienatio non est, idcirco vindicari etiam ea res, vel pecunia potest à directo donatore, vel si consumpta sit res, vel pecunia donata, repetitur ea, quatenus locupletior factus est is, cui donata est, conditione scilicet sine causa, vel ex injusta causa, ut in *l. 5. §. ult. l. seq. hoc tit.* quæ & condictionis dicitur hoc loco, ut in jure sæpissime condictionis, id est, conditiones. Hoc cognito, sige: Uxor marito donavit certam pecuniam, ex qua maritus res quasdam in suum nomen sibi comparavit mobiles, vel immobiles, quæ adhuc exstant apud eum, sed premitur ære alieno, nec par solvendo est: queritur, an divortio facto, quia pecunia donata consumpta est, uxor eam repetere possit conditione sine causa, vel ex injusta causa,

T t t 2

qua-

quatenus ex ea maritus locupletior factus est, qui ex ea sane locupletior factus esse videtur, quippe cum res ex ea comparatae existant, licet non habeat unde satisfaciat omnibus creditoribus suis. Et verius esse ait, conditionem pecuniae uxori competere, quatenus res comparatae, quae existant in veritate valeant, non tamen ultra quantitatem donatam: ut si donaverit centum, & res ex ea pecunia comparatae valeant centum viginti, non potest condicere nisi centum. Et ex diverso, si res ea pecunia comparatae valeant tantum 80. ea sola 80. condicere potest, quia eatenus dumtaxat ex ea pecunia maritus locupletior factus est. Itaque non tantum finis spectatur veri pretii, sed etiam finis & modus pecuniae donatae. Atque ita, ut docet eleganter, deterior fit causa mariti, si ei condicatur pecunia donata, quam si cum eo agatur actione rei uxoriae, quia in conditionem veniunt integra centum, quae donavit, si res comparatae, quae existant, tantundem, aut plus valeant. In iudicium autem rei uxoriae, quod mitius est, integrum id omne, quod uxor viro donavit, non venit, sed eatenus dumtaxat, quatenus mariti facultates ferre possunt, *l. patronus, de re judic. l. maritum, sol. matrim.* Condicio plena actio est, quia & stricta, actio rei uxoriae non est plena: quia bonae fidei est concepta in id quod est aequius melius. In hanc vero rem hic locus singularis est, ut in iudicio dotis recuperandae habeatur etiam ratio ejus, quod uxor viro donavit, vel genere repetitionis, seu reputationis, quia & ex diverso in eo iudicio ejus habetur ratio, quod vir uxori donavit, ejusque nomine ex dote retentio fit, *l. fructus, §. ob donationes, l. rei judicatae, §. 1. sol. mat. l. 6. de dote preleg. l. ob res, de pat. dotal.* Et generaliter in hoc iudicium rei uxoriae non dos tantum venit, sed & quodcumque aequius melius est, virum uxori, vel invicem uxorem viro praestare, *d. l. 6. M. Tull. in Top. in arbitrio rei uxoriae, in quo, inquit, est, quid aequius melius, quid virum uxori, quod uxorem viro praestare oporteat* *l. tradidit, causarum facta comparatione.* Videtur autem maritus, qui ex pecunia donata comparatas res possidet, locupletior factus, ad finem veri pretii earum rerum, & ad finem, ut dixi, pecuniae donatae: Nam non quaerimus, quid deducto aere alieno maritus liberum habeat, quia & forte eo deducto, nihil ei liberum superest, quia non est solvendo. Liberum dicitur, quod aeri alieno non est obnoxium, id est, omni nexu solutum, ut Demosthenes loquitur. Non ergo quaerimus, quid deducto aere alieno marito liberum superest in bonis, sed quid ex re mulieris possideat titulo donationis. Et hoc solum distat is, cui res ipsa donata est, aut corpus aliquod donatum est, ab eo, de quo hoc loco agitur, cui pecunia donata est, non res, quod ab illo, cui res donata est, mulier rem directo vindicare potest, quae existat, quia in dominio ejus permansit: ab hoc autem, de quo hic agitur, cui pecunia donata est, non rem ex pecunia donata comparatam directo mulier vindicare potest, sed pecuniam tantum condicere, quia res ex pecunia mulieris comparata, non est mulieris, res ex pecunia mea ab alio comparata, non est mea, *l. 6. C. de rei vindic. l. 1. C. si quis alteri, vel sibi.* Verum & in hunc, de quo hic agitur, cui pecunia donata est, ex qua rem comparavit, quae existat, tandem concludit, ejus rei, quam ex pecunia donata comparavit vir, utilem vindicationem mulieri esse accomodandam, ut & pari humanitate placeat, eam accomodari militi, & minori 25. annis in res ex pecunia eorum ab alio comparatas, *l. 2. quan. ex sac. tutor. vel cur. l. ex facto, de pecul. l. 8. C. de rei vindic.* Et hinc maxime exemplum apponi potest ad id, quod Justinianus ait in *l. un. §. taceat, C. de rei ux. act.* ei, qui conjugii illicite donavit, esse consultum per actionem in rem directam, vel per utilem: per directam, si res donata sit, & existet: per utilem, si pecunia donata sit, ex qua res sit comparata, quae existet. Et hic verus est sensus horum verborum, quae satis obscura erant: hoc solo enim separatur is, cui scilicet donata pecunia est ab eo, cui res donata est, non pecunia, quod ibi, id est, cum res ipsa marito donata est, res mulieris permanet, & vindicari directo potest. Illic autem, id est, quum pecunia donata est, rem ex ea comparatam vindicare directo non potest, sed accomodata tantum utili

A in rem actione: & proprie loquitur: proprie enim utiles actiones accomodari dicuntur, ut *l. 20. de iur. & rat. dist. l. 7. C. de pat. convent.* quia ex casu propriae ad improprium inflectuntur.

Ad L. XVIII. Rer. amot. *Sed & domino condicio competet. Sed alterutri agere permittendum est.*

Ad L. XXVIII. cod. *Si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverat, subripuerit: isque conventus sit: habebit furti actionem, quamvis vir habere non possit.*

Sciendum est, mulierem, quae divortii consilio, dum parat discessionem, colligitque vasa sua, aliquid viro subripuit, quod secum auferret, in honorem prioris matrimonii, neque teneri actione furti poenali, licet furtum fecerit, nisi & post divortium idem contrectet, *l. 3. in princ. h. t. neque teneri condicione furtiva.* Quia etsi condicio furtiva turpis, aut famosa non sit, sicut est actio furti poenalis, actio furti famosa est, condicio furtiva non est famosa: nulla condicio est famosa, licet ex causa famosa descendat, *l. cessat, de oblig. & act.* quia atrocitatem verborum non habet. Ergo licet condicio furtiva non sit famosa, tamen pulsatur quodammodo pudorem, & verecundiam, quia furti mentionem habet, *l. 5. de obs. par. vel patr. praest.* Et ideo non datur viro in eam, quae uxor est, vel fuit, in memoriam, & reverentiam prioris matrimonii. Denique ex hac causa mulier, neque furti tenetur, neque condicione furtiva, sed tenetur condicione rerum amotarum, in qua non furto subripuisse, licet revera furtum fecerit, sed honestiore, aut mitiore vocabulo amovisse dicitur. Actio rerum amotarum condicio est, *l. 2. hoc tit.* quae quidem perinde, atque condicione rerum furtivarum, dominus rem suam condicit, id est, intendit rem suam sibi dari oportere, contra rationem manifestam, & regulam juris, quae dicitur, *neminem rem suam condicere posse, l. ult. in fine, usufruct. quem. cave. §. sic itaque discretis, Instit. de act.* Sed odio furis receptum est, ut rem sibi ab alio, vel etiam ab uxore subreptam divortii tempore, maritus post divortium, aut vindicet, aut condicat, ita ut sit in ejus arbitrio, quae velit actione uti, vindicatione, aut condicione, *l. 24. hoc tit.* licet absurde condicere videatur, quia intendit sibi dari oportere, quod suum est, & quod suum est, dari ei non potest. Dare enim est dominium transferre, sive accipientem facere dominum. At receptum est tamen, ut is, cui furtum factum est, rem furtivam vindicet, aut condicat. Condicat, inquam, ab alio ex causa furtiva. i. furti mentione facta. Ab uxore autem nulla facta mentione furti, gravior est condicio, quam vindicatio. Quare? Vindicatione fur tenetur, ut quilibet possessor, non ut fur, *l. 13. C. de furt.* Condicione proprie tenetur, ut fur. Comparata enim specialiter condicio est in odium furis, ut ait *d. §. sic itaque discretis.* In odium furis, ergo poenae causa, sicut exceptio SC. Macedoniani, modo comparata dicitur in odium creditorum, *l. qui exceptionem, de cond. indeb.* modo in poenam creditoris, *l. sed etsi paterfam. §. ult. ad Senatusc. Maced.* Quod igitur in odium comparatum est, & in poenam igitur: & retro, quod in poenam, & in odium igitur. Quidquid odiosum est, idem & quodammodo poenarium est. In odium ergo, & poenam furis comparata est condicio furtiva, licet rem persequatur, non poenam, quia scilicet quodammodo sugillat pudorem ejus, quo cum agitur: & ex delicto nasci videtur, quanquam revera non nascatur ex delicto, quia causa ejus ex furto descendit, *l. 10. §. quoties, de compens. l. 21. §. pen. hoc tit.* Praeterea ex vindicationis causa non sequitur condemnatio, si post litem contestatam, vel post moram res perierit eo modo, quo & apud actorem peritura erat. Hoc certissimum, *l. item si verberatum, §. ult. de rei vind.* Cujus sententiae valens assertor fuit semper Martinus. Ex conditionis autem causa fur tenetur omnimodo, sive res aequae fuerit peritura apud actorem, sive non, quod servatur etiam in actione, quod metus causa, & in interdicto unde vi, & in interdicto quod vi, aut clam. Nam in eis iudiciis, quibus agitur in furem, vel in eum, qui vim fecit, aut metum intulit, ea distinctio-

ne non utimur, *l. si cum exceptione, §. quatenus, quod met. A* *caus. l. inter omnes, de sur. & l. prox. §. pen. sup. hoc tit.* Et hæc in re potissimum versatur, & consistit odium furum, quo effectum esse dicitur in *d. §. sic itaque discretis*, contra regulam juris, ut furi res furtiva condicatur, ut tam vindicatione, quam condictione ob res furtivas, vel ob res amotas in furem domino experiri liceat. Hoc pauci animadvertunt, in qua re versetur illud odium, nimirum versatur in hoc, quia gravior est condictio, quam vindicatio. Datur autem condictio rerum amotarum marito in uxorem, non tantum si res amotæ fuerint in bonis, sed & si ex bonis, ut si marito pignori datæ fuerint, *l. prox. sup.* Sed & hoc casu, quum mulier amovit res viro pignoras divortii tempore, domino earum rerum dabitur condictio furtiva, ut Paulus ait in hac *l. 18.* Marito igitur dabitur condictio rerum amotarum: domino rerum, quoniam est extraneus mulieri, condictio furtiva dabitur alterutri, non utrique. Neque enim si uni rem mulier præstiterit, & restituerit, quam furto abstulit, eam etiam, aut ejus æstimationem præstare cogitur alteri, *l. qui servum, de interrog. in jur. fac. l. 25. de admn. tut.* Et quod ait Paulus in rebus viro pignoratæ, idem proculdubio obtinet in rebus viro commodatis: nam & hæc ex bonis viri sunt, *l. 2. §. in hac actione, vi bon. rapt.* Itaque, si rem viro commodatam uxor divortii causa abstulerit, condictio ejus rei domino, vel marito competit, id est, alterutri: neque enim utrique condictio permittenda. At quæso videamus, an etiam si rem viro pignoratam, vel commodatam uxor divortii causa furripuerit, alterutri competat actio furti in duplum? Certè non marito, quia nimis atrox ea actio est, & ab atrociori actione abstinere debet maritus adversus eam, quæ uxor fuit. Soli igitur domino rei actio furti competit in mulierem. Et ita puto Paulum scripsisse. Sicut ex diverso palam scribit in *l. 28. hoc tit.* si uxor rem viri, quam vir alii commodaverat, subripuerit, viro quidem eam non teneri actione furti, sed teneri tamen ei, cui maritus eam commodaverat, quia ejus quoque interest, rem non subripi, cum marito teneatur actione commodati culpæ nomine: *sur-* tum, quod quisque patitur, culpæ imputatur, non casui majoris. Ergo & superiore casu, re viro commodata, ab uxore surrepta divortii causa, divortii animo, æstimat, ut præsumo, Paulus, viro quidem non dari actionem furti, ne si cum eo dominus rei agat actione commodati culpæ nomine, sed dari tamen domino rei, si malit cum muliere agere furti, quam cum viro commodati: quod tamen Justinianus in *l. ult. §. ult. C. de furt.* ita demum admittit, si maritus solvendo non sit, ut tum dominus rei misso marito possit agere furti in mulierem. Nam si maritus solvendo sit, à quo dominus rei suum servare possit actione commodati, debet cum marito agere commodati, non cum muliere furti, ne forte curante, aut suadente, & impellente marito male affecto erga uxorem, cum muliere dominus rei agat, ne ope, & consilio mariti mulier sustineat pœnalem actionem. Hæc distinctio Justiniani est propria, non Pauli. Et consulta opera Tribonianus prætermisit, quæ de hac specie Paulus scripserat, ne dissideret à Constitutione Justiniani de hac, inquam, specie, id est, quum mulier subripuit rem viro commodatam. Quæ autem Paulus scripserat de altera specie, quum mulier furripuit rem viri, quam vir alii commodaverat, ea reliquit in hac *l. 28.* quæ aperte, & absque sine ulla distinctione commodatario, si à marito conveniatur commodati judicio, in mulierem dat furti actionem, quia ad hanc speciem nihil pertinet, *d. l. ult. §. ult.* Huic parti ea lex ultima non derogat. Et ideo, quæ de superiore Paulus scripserat, Tribonianus noluit proferre.

Ad L. XXX. de Testam. tut. Duo sunt Titii: pater, & filius, datus est tutor Titius: nec apparet de quo sensu testator; quero quid sit juris? Respondit: Is datus est, quem dare se testator sensit. Si id non apparet: non jus deficit, sed probatio. Igitur neuter est tutor.

IN hac l. ostenditur non valere tutoris dationem, si non apparet quis tutor datus sit: paria esse, ut vulgo dici-

tur, non dare, vel non esse, & non apparere, *l. in lege, de contrab. empt.* Duo sunt Titii, pater, & filius, testatori æqua charitate conjuncti. Datus est impuberi tutor Titius, non apparet de quo senserit testator. Quid fiet? non jus deficit, inquit, sed probatio. Igitur neuter est tutor. Probatio non tam in jure, quam in facto consistit, ut de probatione traditæ possessionis Paulus scribit *§. Sentent. tit. de donat.* Et jus quidem est certum, & finitum. At facta sunt incerta: facta legibus sunt difficiliora. In specie proposita non jus, sed probatio deest, ut dicunt, non ratio, verum argumentum deest. Ratio apparet, argumentum deest. Ita vero non valet heredis institutio, si non appareat quis sit heres institutus, *l. in tempus, §. 1. de hered. instit. Paulus 3. Sent. Quoties, inquit, non apparet quis sit heres institutus, institutio non valet.* Quod evenit, utitur eodem exemplo, si testator plures amicos unius nominis habeat. Non valet item libertas, vel directa, vel fideicommissaria, si non appareat cui data, vel cui relicta sit: ut si duo erant Stichi in eadem familia, & Sticho libertatem reliquerit testator, nec apparet de quo senserit, neuter erit liber, *l. cum ex pluribus, de man. test. l. si quis de pluribus, de reb. dub.* Non valet item legatum, si non appareat cui sit datum, nec ademptio legati, nisi appareat cui sit ademptum, *l. 3. §. si quis duobus, de adm. tut.* In qua rectè Florentini. si non appareat cui ademptum sit, utrique legatum deberi, id est, neutri ademptum videri: Sicut & si non appareat cui sit datum, neutri datum videtur. Eadem enim est ratio dationis, & ademptionis. Verum cum ea lege *3. §. si quis duobus* omnino pugnare videtur *l. si fuerit, de reb. dub.* quæ, si non appareat cui ademptum sit legatum, ait utrique ademptum videri, id est, neutri legatum deberi. Ademptionem in utroque valere, dationem in utriusque persona infringi. Quæ lex pessime explicatur. Sed nihil est apertius, non mirum est, si diversa, imo contraria sint responsa, si uno loco dicatur, utrique ademptum videri, altero neutri ademptum videri, cum & diversæ sint etiam species. Nam in *l. 3. §. si quis duobus* duobus Titiiis separatim legatum est, quod non frustra, aut otiose ita proponit, plane innuens non idem esse, si conjunctim. Ergo in *d. §. si quis duobus*, duobus Titiiis separatim, separata scriptura: deinde Titio ademit ita: quod Titio legavi, non do, non lego, si nec appareat cui Titio: neutri ademptum videri legatum. Homonymia vitiat ademptionem. In *l. si fuerit*, duobus Titiiis conjunctim legatum est hoc modo: *Titiiis amicis meis centum do, lego.* Deinde ademit Titio, nec apparet cui: utrique ademptum videri, quia quos conjunxit in dando, eisdem etiam videtur conjunxisse in adimendo. Quæ conjectura cessat separatim dato legato duobus Titiiis. Ac præterea, quod dicimus, legatum Titio relictum, si duo sint Titii amici testatoris, neutri deberi, si non appareat de quo Titio senserit: huic etiam sententiæ, quæ est verissima, nihil obstat *l. 8. si inter, de legat. 2.* quam objiciunt vulgo, quia non dicit ea lex utrique, vel alterutri legatum deberi, non dicit heredem utrique, vel alterutri compelli solvere legatum. Sed si ultro heres solvere paratus sit alterutri, quia sane alterutri testator dari voluit, non utrique si modo inter eos conveniat, cui potius solvi debeat: si, inquam, heres dicat, se esse paratum uni solvere, & vicissim quisque eorum dicat, se esse paratum heredem defendere adversus alterum, eique heredi cavere de indemnitate, tunc in arbitrio est heredis cui solvere malit, ut ab eo scilicet defendatur, & ei eo nomine caveatur. Et nihil est præterea. Nam quod objicit Accursius, *l. item Mela, §. si plures, ad l. Aquil.* ubi si plures aliquem occiderint, non dicitur neminem eorum teneri actione legis Aquiliæ, sed omnes teneri. Hoc ad rem propositam nihil pertinet, quia constat omnes occidisse, omnes homicidii reos esse.

Ad L. XXXI. de Excus. tut. Si is, qui tres tutelas administrabat; duobus pupillis diversis decretis datus est, qui potuit excusari, & prius quam causas excusationis allegaret, unus ex pupillis, quorum jam tutelam administrabat, decessit: ubi desit ei competere excusatio, statim tenuit cum prius decretum, quasi in loco tertie tutelæ quar-

quarta subroganda. Nam ipso jure tutor est, & antequam excusetur. Potuit ergo tutela ejus, qui nunc quarto loco invenitur, excusari, sed cum non sit excusatus, necessario subeundum est onus illius quoque tutela. Nec me movet, quod dicat aliquis hoc ne exigi, an administraretur tutela: hoc enim eo pertinet, ne sit finita administratio. Ceterum si sustineat periculum cessationis, puto ei imputandam eam quoque tutelam.

Ad §. Idem evenire potest si duobus testamentis, cum haberet tres tutelae, tutor datus est. Vbi non apertarum tabularum tempus inspicere debet, si quaratur, quae prior delata sit tutela: sed adita hereditatis, vel conditionis existentis.

Ad §. Illa quoque erit differentia tutelarum, de quibus diximus, si tertia, & quarta sit delata, licet in quartam prius deventum sit. Quod hujusmodi est, quarta, ex quo iustus est administrare: illius, ex quo datus est, periculum sustinet.

Ad §. Eum, qui pupillum bonis paternis abstinerat, detinendum in quarta tutela existimari, quasi deposita illa.

Ad §. Ceterum putarem, recte facturum praetorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa, & negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. Neque igitur fratres consortes plurimum loco habendi sunt, neque non fratres, si idem patrimonium habent, & ratio administrationis pariter reddenda sit. Et ex diverso fratres diviso patrimonio duae tutelae sunt, non enim (ut dixi) numerus pupillorum, sed difficultas rationum consideranda est.

Scire debemus, eum, qui sustinet onera trium tutelarum, se à quarta excusare posse, non excusari quidem à quarta ipso jure, sed excusare se posse, allegando satis se oneratum esse trium tutelarum administratione. Quod utique allegare, atque ita se excusare debet intra constituta tempora, id est, intra quinquaginta dies continuos, ex quo primum cognovit, se tutorem datum esse, ut plenius ostenditur in l. 13. hoc tit. post ea tempora ad excusationem non admittitur. Nunc finge. Ei, qui tres tutelae administrabat, decretam fuisse quartam, & quintam duobus diversis decretis praetoris, vel praesidis, & priusquam se ab iis excusaret intra constituta tempora, unam ex tribus primis tutelae, morte pupilli finitam fuisse. Sane hoc casu quarta tutela succedit in locum tertiae, quae finita est morte pupilli, & quinta in locum quartae, nec jam se excusare potest à quarta, quae facta est tertia, licet tertiae, quae fuit olim, nondum rationes reddiderit, l. 8. §. ult. hoc tit. l. 1. C. qui num. tutel. sed excusare se potest à quinta tantum, quae nunc est quarta. Et hoc est, quod ait, ubi desit ei competere excusatio, statim tenuit eum prius decretum, &c. Sensus igitur hic est: Excusatio à quarta tutela desit ei competere morte pupilli finita tertia tutela, & statim eum apprehendit, & tenuit prius decretum, id est, duarum postremarum tutelarum, quae ei decretae sunt. Prior, quae initio fuit quarta, nunc est tertia, qui subrogatur in locum tertiae, statim atque tertia deposita, & finita est, licet nondum sit restituta redditus rationibus, quia ipso jure etiam tres tutelae habenti quarta deferretur; ante excusationem ipso jure quarta deferretur, nec ei auferretur, nisi probata excusatione à iudice, Denique ipso jure tutor est quartae, imò & quintae tutelae si se ab ea non excusaverit intra praescripta tempora. Ad quartam tutelam ipso jure vocatur vice tertiae: in quinta detinetur, quia se ab ea non excusavit intra constituta tempora. Potuit se excusare à quinta, quae nunc est quarta, sed cum non se excusaverit, etiam in quinta detinetur, id est, etiam quintae onus ei subeundum est: potuit (inquam) se excusare à quinta. Dices & objicies: imò nullo modo potuit se excusare à quinta, hac ratione, quia quae nunc est tertia, nondum ab eo administrabatur, & tres tutelae non excusant, nisi administrarentur, sicut tria, Inst. eod. tit. nisi administrarentur, id est (ut dicendum videtur) nisi in ipso actu sint, in ipso gestu. Quia, ut eleganter ait lex 9. C. de sacros. eccl. nemo sub specie muneris, quod minus exsequitur, alterius muneris oneribus relevari debet. Quae sententia potest esse usui in plerisque casibus. Verum huic objectioni respondet Paulus illo loco, nec me movet, quod dicat aliquis, hoc ne exigi, an administraretur tutela. Quae verba per interrogationem enuntianda sunt; ac si diceret: nunquid

non exigitur, ut administraretur tres tutelae, quarum beneficio quis se à quarta excusari desiderat? Et respondet id prorsus non exigi: sed hoc tantum, ut non sit finita administratio tertiae. Hoc vero casu tertiae .i. quartae, quae successit in locum tertiae administrationem, administratio- nisve ejus rationem cepisse, non esse finitam. Cepisse intelligitur administratio, cujus periculum ad tutorem, qui cessat, qui eam non exercet, redundat, etiam si nihil attigerit; administrare intelligitur, & qui cessat, quia cessationis periculum ad eum pertinet. Sane ita est: statim periculum cessationis pertinet ad tutorem, ex quo scivit se tutorem esse, l. 1. de admin. tutor. Denique huiusmodi periculum pro administratione est: non facere, hac in causa facere est, l. si quis tutor, sup. de ritu nupt. Glossa hujus loci sensum allegata non est. Haec vero ut proposuimus, ita haecenus Paulus scripsit de eo, qui cum tres tutelae haberet, duobus decretis tutor datus est. Ideo subjicit illo loco, idem evenire, idem servari, si duobus diversis testamentis diversorum hominum tutor datus sit, idem scilicet juris in dativis tutelae, & in testamentariis. Nam si priusquam se excusaret à quarta, qui tres tutelae habebat, una ex his tribus finita sit, quae prior ex testamento deferretur, succedit in locum tertiae deficientis, & ab ea tantum, quae post deferretur ex alio testamento excusare se poterit. Prior autem intelligitur deferri ex testamento, non ut prius cujusque testamenti tabulae apertae fuerint, quia ut legatorum lege Papia dies cedit ex apertis tabulis testamenti (ut diu obtinuit ante constitutionem Justiniani de caducis toll.) etiam ante aditam hereditatem, non ita & tutelarum dies cedit ab apertis tabulis, sed ab adita hereditate demum, vel si sub conditione tutelae datae sint, cum conditio extiterit. Nam & quum tutelae à tutoribus institutis non transferantur ad heredes, l. tutelae, sup. de tutel. l. furti, §. pen. de bis, qui not. infam. Frustra quis diceret eas deferri, earumve diem cedere ante aditam hereditatem. Qua ratione, & libertatis, & ususfructus, usus, habitationis legata, quia in heredes non transeunt, non cedunt ante aditam hereditatem, l. 3. quando dies leg. ced. Et ita explicandum est, quod ait, in tutelae apertarum tabularum tempus inspicere, in legatis scilicet inspicere lege Papia. Quod idem Paulus significat in l. 44. §. 1. de bon. libert. sed non etiam in tutelae. In tutelae non inspicitur tempus apertarum tabularum, sed tempus aditae hereditatis, vel conditionis existentis, sub qua tutores instituti sunt. Hoc exposito de tutelae testamentariis, Paulus redit ad tutelae dativas, puta ad eas, quae diversis decretis ei deferuntur, qui tres tutelae habet. Finge, is, qui tres tutelae habet, uno decreto vocatur ad quartam, deinde altero decreto ad quintam, & antequam excusatione utatur, finitur tertia tutela pupilli morte, mox ipse detinetur in quinta, id est, intra constituta tempora non allegata excusatione, jubetur quintam administrare, l. 15. C. eod. tit. l. pen. sup. de tut. & cur. dat. deinde detinetur in quarta. Quæritur, utra succedat in locum tertiae, quae finita est pupilli morte? Et constat quidem priorem succedere in locum tertiae. Sed ambigitur, quae sit prior, quinta, an quarta. Quinta enim prior est detentione, posterior decreto: & retro, quarta prior est decreto, posterior detentione. At verius est, eam esse priorem, & jam tertiam igitur, quae decreto prior est, quoniam (ut initio dixi) statim eum tenuit prius decretum. Ergo & periculum cessationis ad eum pertinuit statim, ex quo ei innovuit, se tutorem datum esse, quia jam se excusare ab ea tutela non poterat, quae ex quarta facta est tertia, l. quidam, §. ult. de adm. tut. Posteriores autem, quae nunc est quarta, eam esse, in qua prius detentus est, cujus periculum sustinet à die, quo detentus est, id est, quo iustus est administrare, l. qui iustus, & l. qui negotiationem, §. 1. de adm. tut. non à die, quo datus est, quoque decreta ei quinta tutela est, quoniam eo die se excusare potuit, qui jam habebat tres tutelae, quarta subrogata in locum tertiae decreto priore. Et haec est differentia inter quartam, & quintam tutelam. Nam quartae periculum pertinet ad tutorem à die, quo scivit se tutorem datum; quintae periculum

culum ad eum pertinet; non ex eo die, quia tunc se excu-
sare potuit, sed ex die, quo detentus est in quinta propter
negligentiam suam, quia non se excusavit ab ea intra con-
stitutam tempora. Et hæc est sententia hujus loci, qui sub-
obscurus erat. Illa quoque erit differentia. Cætera, quæ
sunt in hac l. sunt apertissima. In *§. cum, qui*, ostenditur,
eum, qui habet tres pupillos, sive tres tutelam diversas
trium pupillorum, si unum pupillum abstinuit bonis pa-
ternis, ejus tutelam deposuisse videri, aut sane eam non
computari in numerum trium tutelarum, ut se excuset à
quarta, imo detineri posse in quarta. Quia etsi propte-
rea quod abstinuit unum pupillum, finita tutela non sit,
l. 18. inf. de tut. & rat. dist. pro finita tamen, & deposita
habetur, quia minus negotiosa est, pupillo exuto bonis
paternis, forte quia pater non erat solvendo. Levissima
enim tutela non cedit in numerum trium tutelarum, *l. 15. §. scire autem, h. t.* tutela *μερῆς* .i. tutela mediocris patri-
monii, vel mediocris pupilli, pauperis pupilli, non tutoris,
ut Augustinus pessime interpretatur, tutela, quam gerit
mediocris, seu pauper tutor. Tutela, inquam, mediocris
pupilli, vel mediocris patrimonii pupillaris, non imputa-
tur in numerum trium tutelarum, quam Theophilus in *§. item tria, Inst. b. tit.* vocat *ἐπιεικῆς* *ἀπὸ τῶν*, id est, tenuissimam,
levissimam, non ut interpretes Latinus, opulentam. Nam
ἐπιεικῆς dicitur, quod vile est, non quod pretiosum. Ergo
si qui tres tutelam habebat trium pupillorum, unum ex
tribus pupillis abstinerit paternis bonis, exonerasse se
ejus tutela dicitur, & ideo eam tutelam, quam ad modicu-
m rededit, non computat in numerum trium tutelarum.
Cæterum non finitur tutela abstentione ejusmodi, sed pu-
bertate: eoque tempore etiam examinatur, an optimo
consilio tutor pupillum abstinerit bonis paternis, an per-
peram, & inconsulto, *d. l. 18. l. 4. C. arb. tut. l. pen. §. ult. de ritu nupt.* Contra subjicit Paulus, quandoque unam tan-
tum tutelam cedere pro tribus, & præbere excusationem
ab altera quasi quarta, arbitratu prætoris, tutelarum scilicet,
cui id æquum bonum esse videbitur, ut puta, si una illa tu-
tela, quam gerit, valde sit diffusa, & negotiosa, & molesta,
si difficilis, & onerosa tractatio rationum ejus: tres plerum-
que tutelæ non tantum onerant tutorem, quantum hæc
facit. Nihil est apertius. Postremo dicit, tres tutelam æsti-
mari non ex numero pupillorum, sed ex patrimoniorum
diversitate, atque etiam quantitate, ut dixi: nam modicum
patrimonium pupilli, modica tutela non numeratur in
tribus tutelæ, & non tam tres tutelæ excusationem præ-
bent, quam tria onera tutelarum: ex numero, inquam, pu-
pillorum non æstimantur tres tutelæ, sed ex patrimonio-
rum diversitate, qualitate, & quantitate. Nam (ut hoc
exemplis manifestum fiat) si duo, vel tres sint fratres con-
sortes, ut ait, id est, qui pro indiviso commune patrimo-
nium habeant, una tutela est, quia & unum patrimonium
est (fratres consortes dicit, ut *Pindarus in Olymp. ὁ μὲν κλάρον
ἀδελφῶν, od. 2. ἀντίστρ. κ. α.*) Sin autem sint tres fratres disor-
tes, id est, qui divisa, & separata patrimonium habeant, tres
sunt tutelæ: si duo sint fratres, duæ sunt tutelæ: quia & duo
patrimonia separata habent. Idemque dici præculdubio
potest de aliis quibuscunque extraneis pupillis, non fratri-
bus, qui commune patrimonium habent, vel non. Nam si
commune patrimonium habent, horum una est tutela,
non plures. Contra, si divisa patrimonium possideant, quot
patrimonia, tot tutelæ sunt. In fratribus dubitari poterat, an
& disortes, qui separata patrimonium habent pro uno ha-
berentur, quia fratrum nomine unitas quædam, æqualitas
quædam, & quasi communitas significatur, ut est scriptum
in Panegyrico Flaviensium; sed placet etiam disortes fra-
tres pro uno non haberi, sed pro pluribus, pluresque eos
tutelam efficere, & unam eos duntaxat, qui consortes sunt.

Ad Leg. LXXXV. de Regul. jur. In ambiguis pro dotibus
respondere melius est.

Ad §. Non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, du-
rent, licet ille casus exstiterit, à quo incipi capere non poterunt.

Ad §. Quotiens æquitate desiderii naturalis ratio, aut dubi-
tatio juris moratur: justis decretis res temperanda est.

Uæ sunt sententiæ Pauli, quæ apponuntur in hac
l. Prior hæc est: *Non est novum, ut quæ semel utiliter
constituta sunt, &c.* His verbis, *non est novum*, non regula
significatur, sed exceptio regulæ, ut *l. non est novum, de
acquir. rer. dom. Non est novum, ut qui dominium non ha-
bet, alii dominium præbeat, dominiue causam præbet*, non
est regula, sed exceptio regulæ propositæ in *l. 54. hoc tit.*
Nemo potest plus juris in alium transferre, quam ipse ha-
bet. Et hic similiter iisdem verbis proponitur exceptio ad
regulam, quæ dicitur, & plerumque locum obtinet, *vitiari
ea, quæ semel recte constituta sunt ab initio, si in eum casum
recidant, à quo incipere non poterant.* Quæ quidem regula
exstat multis in locis, *l. 2. §. ex his, l. existimo, l. si sub una, §. 1.
l. inter stipulantem, §. sacram, l. pen. §. 1. de verbor. oblig. l.
pro parte, de servit. l. 20. ad l. Falcid. l. 3. de his, quæ pro non
script. hab. §. item contra, Institut. de inut. stipul. §. pen.
Inst. de assign. libert.* Et brevius, quæ dicitur ea, quæ ab ini-
tuo valent, superveniente vitio aliquo ex post facto infir-
mari. Quæ plane opposita est regulæ Catonianæ, quæ ex
diverso dicitur: *ea, quæ ab initio non valent, ex post facto non
confirmari*, vitio scilicet sublato, quod officiebat à principio ne
valerent. Illam autem regulam: *Ea quæ ab initio valent, ex
post facto infirmari*, idem Paulus in *d. l. pen. §. 1.* recte dicit
(quod & his verbis, *non est novum*, dicere voluit) non in
omnibus esse veram, duobus exemplis propositis, quibus
ea vitiatur, & perdit officium suum, ut loquitur *l. 2. hoc t.*
Prior casus hic est: Unus ex sociis prædii communis, prædii
communi servitutem stipulatur inutiliter, quia nec socio
deberi potest, cum non possit socio per socium acquiri
obligatio: per liberam enim personam alteri etiam socio
non acquiritur obligatio. Non potest igitur ex ea stipula-
tione deberi socio, non potest etiam ei deberi, qui stipula-
tus est, quin & socio debeatur, quia servitutis causa indivi-
dua est. Ex quo efficitur, ut neutri debeatur, utque inutilis
ea stipulatio sit. Et tamen si is, qui utiliter stipulatus est ser-
vitutem ad fundum, qui suus est in solidum, duos heredes
reliquerit, licet duo jam sint socii in eo fundo, ea tamen
res, quæ ab initio contracta est, non vitiatur stipulationem
recte contractam: sed singulis heredibus in solidum com-
petit actio ex stipulatu. Hic est prior casus, qui propo-
nuntur in *d. l. pen. §. 1.* Posterior autem hic est: Unus ex
sociis pro parte domini non potest servitutem acquirere:
attamen si quis post adquisitam fundo suo servitutem in
solidum, partem fundi vendat, ab ipso pro parte domini,
& ab emptore pro altera parte servitus retinetur, & con-
servatur. Non fit igitur irrita servitutis adquisitio, quæ
semel jure constitit, & stipulatio tamen corrumpitur,
si stipulatus esset servitutem sibi dari in solidum, videlicet
si postea vendat partem fundi, *d. l. pro parte, d. l. si sub
una, §. 1.* quia multum distat adquisitio servitutis à stipula-
tione. Stipulatio servitutis recte contracta vitiatur aliena-
tione partis: constitutio, id est, adquisitio servitutis non
vitiatur alienatione partis. Denique ab initio servitus
constitui non potest pro parte domini, at constituta recte
ab initio, postea etiam pro parte domini retineri potest,
d. l. pen. in fine. His adde tertium casum ex *l. plane, §. unde
dicitur, de leg. 1.* à Titio herede instituto fundus legatus
est primo, & secundo: legatum ab initio valet. At si postea
primus Titio heres fiat, ille casus existit, à quo legatum
initium capere non poterat, quia idem cœpit esse heres, &
legatarius, creditor, & debitor, quod fieri ab initio non
poterat; & tamen pro sua parte retinet legatum, ne sub-
terveniens subtilis ratio juris moretur voluntatem de-
functi, qui omnino voluit fundi partem ad primum per-
venire. Adde & quartum casum ex *l. 5. ad leg. Falcid.* Utile
est legatum, si debitor, quod in diem, vel sub conditione
debet, creditori pure legaverit, quoniam habet in se com-
modum repræsentationis, *l. 7. in fi. de leg. 3.* At si postea
vivo debitore dies venerit, vel conditio fuerit impleta,
atque ita pure debere cœperit, quod olim in diem debuit,
res ad eam causam pervenit, à qua incipere non poterat,
quia quod pure debuit creditori, legare non poterat. Et
tamen ex sententia Papiniani in *d. leg. 5.* valet legatum,
quod semel valuit, ne quod semel testator recte decrevit

ex

ex casu, temere fiat irritum. Paulus tamen in hac specie à Papiniano dissentiens existimabat, non valere legatum. Et in hac quoque specie superiorem regulam esse servandam, *l. debitor, in princ. de leg. 2.* Sed Papiniani sententia obtinuit *§. ex contrario, Instit. de legat.* Sequitur alius casus, quo & superior regula cessat ex ejusdem Papiniani sententia in *l. donationes, in princ. de donat.* Si quid concubinæ donaverim, donatio valet. Uxori enim donare non possum: concubinæ donare possum. Donatio concubinæ facta valet ab initio, nec si postea eam duxerim uxorem domum, ad irritum recidit donatio, quæ ante jure valuit, licet in eum casum deducta sit, à quo incipere non potuisset, quia inter virum, & uxorem prohibita donatio est. Sed tamen, ut eleganter ait *l. si id quod, §. si quas, de donat. int. vir. & uxor.* hæc prohibitio non tam amare, aut avare districtè tractanda est, ut ad eam donationem, quæ facta est inter maritos infirmam stricte juris regulæ adhibeantur, quales sunt omnes regulæ juris, sunt rigores juris summi. Quum tractatur etiam de nuptiis contrahendis, hujus regulæ nulla ratio habetur in favorem nuptiarum, inter eam, quæ uxor mea fuit, & filium meum adoptivum, incestæ nuptiæ sunt, quia ei est novercæ loco: & tamen si eum, cui uxor mea post divortium nupsit, adoptavero, nuptiæ, quæ ab initio justæ fuerunt, non constituuntur irritæ, *l. si qua, in princ. de ritu nupt.* Similiter furor matrimonium contrahi non sinit, & tamen rectè ab initio contractum, furor superveniens non rescindit, *l. oratione, in fine, eod. tit.* Item inter puellam, quæ sub curatore est, & filium curatoris justæ nuptiæ non sunt, & tamen si puellæ justæ uxori tuæ, postea pater tuus curator datus sit, rite contractæ nuptiæ ab initio, ex post facto non vitiantur, *l. 3. C. de interd. matrim.* quia non temere hæc conjunctio sacra dissolvitur. Sequitur in hac lege, non jam exceptio regulæ, sed regula juris, *quoties æquitatem, &c.* Ratio naturalis, & æquitas naturalis idem est in *Instit. tit. de rerum divis. promiscue* dicitur modo æquitas, modo ratio naturalis. Juris autem dubitatio est, ex jure civili, vel ex regulis juris civilis, sumpta dubitatio, quæ justa dubitatio dicitur in *l. Granius, de fidejuss.* Confligit autem sæpe æquitas desiderii, justitia desiderii nostri, id est, jus, quod per libellum, vel alio modo petimus à principe, vel à magistratu. Confligit, inquam, sæpe æquitas precum nostrarum cum ratione juris civilis, cum æquitate civili, æquitas confligit cum æquitate vel civili, vel naturali, ut *l. si servus communis, §. quod vero, de furt.* ubi initio ait, æquum est, in extremo, sed æquius est. Inde actione rei uxoriæ queritur, quid sit æquius, quid melius. M. Tullius in Partit. *æquitas, inquit, non simpliciter spectatur, sed ex comparatione nonnunquam, in quibus causis quid æquius æquissimumve sit, queritur.* Nunc finge: Postulat actor procuratorem datum ad litem defendendam compelli judicium accipere, & litem contestari. Postulationis, & desiderii ejus æquitas nititur edicto prætoris de procuratoribus. At procurator recusat litem contestari, quod postea quam datus est exortæ sint capitales inimicitie inter se, & dominum, vel quod valetudine, aut necessaria peregrinatione districtus esse cœperit: quæ allegatio etiam sua æquitate nititur, confligit æquitas cum æquitate. Et rursus à contrario admittit ea allegatione procuratoris, forte actor dicit, jus suum lædi, vel imminui, quod actio, quam habet, sit tempore peritura. Quamobrem instat, ut procurator saltem compellatur litem contestari, ut *l. sed etiam, et l. in vit. §. pen. de procur.* Quid fiet? Res omnis (ut ait *l. sed hæc neque, eod. tit.*) causa cognita, id est, decreto interposito à prætore temperanda est. Exceptio doli rem temperare dicitur, & redigere sc. ad id, quod æquius est, ut *l. qui quadringenta, ad legem Falc.* Tantundem efficient decreta judicum. Sunt enim judices quasi medii, & sequestres, quasi *δραστηριαι*, ut Aristot. ait, qui dividunt rem, atque adeo temperant. Sumi etiam potest exemplum ex *l. 31. de excusat. tut.* Si una tutela, quam quis administrat, tam diffusa, & negotiosa sit, ut merito pro pluribus computari possit, & desideret is, qui vocatur ad secundam se excusari, quod prima eum oneret nimis, æquum desiderat: sed desiderium ejus moratur juris dubitatio: quia jure civili, non nisi tres tutelæ excusationem

præbent. At ait *d. l. 31. recte faciet prætor tutelaris, si hæc rem justo decreto temperaverit permittit excusationem, & una tutela imputata pro tribus.* Ex diverso jure trium tutelæ recte faciet prætor, si non semper admittat excusationem à quarta, ut puta, si una ex tribus tutelæ sit finis proxima, videlicet si uni pupillo. ad pubertatem superstit tantum semel tempus. Hic æquum est, ne defugiat quartam tutelam, vel etiam si una ex tribus tutelæ sit levissima, veluti abstinente pupillo bonis paternis, ut in *dist. l. 31.* Nam tutela levissima, tutela mediocris pupilli, aut mediocris patrimonii pupillaris, tutela *ἐπιεικής*, ut Theophilus in *§. item 3.* id est, *vilissima tutela*, non ut Curtius *opulentissima*, non cedit in numerum trium tutelæ. Postremo sumatur etiam aliud exemplum ex *l. 6. de leg. præst.* filius præteritus, qui petit bonorum possessionem contra tabulas, exceptis personis, puta liberis, aut parentibus debet præstare legata testamento relicta. Et ita est proditum edicto prætoris. Quid ergo, si dodrans patri sit legatus? An ei præstabitur dodrans? Atque ita an plus feret ex bonis pater, quam filius, nimirum dodrantem pater, filius quadrantem tantum? Hoc est iniquum. Ideoque ea lex ait, justo decreto ita temperari debere, patre tantum admissio in virilem portionem, ut tantundem, non etiam plus ferat, quam filius.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. VII. QUESTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLIII. de Adminitr. & peric. tutor. Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur.

Ad §. Qui cum esset fratris sui filie curator, quadringenta dotis nomine marito ejus se daturum promissit: quæro, an succurrendum sit ei, cum postea æve alieno emergente supra vires patrimonii ejus dos promissa sit: quoniam in instrumento ita scriptum sit, ita patruus & curator stipulanti spondit. *Movet quæstionem, quod non ut de suo dotem daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere, promissit. Præterea & illud hic potest tractari: ut, si sciens curator non sufficere promiserit, vel donasse videatur, vel, quoniam dolo fecit, non illi succurratur. Respondi: Curator cum officium suum egressus, sponte se obligaverit: non puto ei à prætore subveniri debere, non magis, quam si creditori puellæ pecuniam se daturum spondidisset: Sed is, de quo tractamus, si non donandi animo, sed negotii gerendi causa, dotem promissit: habet mulierem obligatam, & poterit dici, etiam manente matrimonio eam teneri: quia habet dotem. Sicut in collatione bonorum dicitur, vel certe post divortium: sive exacta sit dos, sive maneat nomen: quia potest efficere, ut ei accepto feratur: Quod si mulier suum curatorem adimplere id, quod supra vires patrimonii ejus in dotem dare promissit, non queat: curatorem quidem in hoc, quod superfluum est, per exceptionem relevari: mulier vero cautionem in maritum exponere debet. Quod si quandoque locupletior constante matrimonio facta fuerit, dotis reliquum marito servat.*

REVIS est sententia, quæ initio hujus l. proponitur, cum post mortem pupilli, &c. & ostendit, nomen pupillarium periculum, quæ post finitam tutelam morte pupilli deteriora, & minus idonea facta sunt, deperdita sunt, non pertinere ad tutorem, sicut nec si deteriora facta sint, post finitam tutelam pubertate pupilli, *l. 39. in princ. b. t.* Ratio est evidens, quia finito officio tutelæ, tutor actionem inferre, & ea nomina exigere non potuit, & consequenter ea in re cessatio ei, vel negligentia imputari nulla potest: manente officio tutelæ, si deteriora facta sint, redactis debitoribus ad inopiam, culpæ, seu negligentie suæ periculo subjecitur, quod ea maturius non excegerit, *l. 2. C. arb. tut.* Nomina vocat, nomina debitorum, seu obligationes. Et loquitur de nominibus

con-

contractis à patre pupilli; vel contractis a tutore ipso nomine pupilli, quia finita tutela eorum exactionem non habet. Non loquitur, non sentit de nominibus contractis à tutore ipso suo nomine ex pecunia pupilli, quia eorum periculum etiam post finitam tutelam, ad tutorem redundat, cum eorum exactionem habeat etiam post finitam tutelam, quandoquidem suo nomine nomina fecit, vel stipulatus est. Et quod dicitur in l. 16. hoc tit. nihil referre, suo an pupilli nomine tutor ex pecunia pupilli nomina fecerit, quia utroque casu, ut ait, electio est adolescentis, ut vel omnia nomina agnoscat indistincte, non separatis iis, quæ integra sunt, ab iis, quæ deperdita sunt, aut omnia reprobet: id inquam, nihil pertinet ad speciem propositam initio hujus legis, quæ est de nominibus deperditis post finitam tutelam. Illa autem lex 16. est de nominibus deperditis manente tutela. Sequitur alia quæstio in §. 1. Quidam cum esset patruus & curator filiae fratris sui, marito stipulanti dotis nomine promisit 400. Et instrumento dotali conscripta stipulatio est his verbis: *Ille patruus & curator stipulanti spondit*, quæ verba demonstrant, eum promisisse dotem suo nomine. Post aliquantum temporis emergente ære alieno, quod ante latuerat, defuncti fratris, cui filia heres existerat, apparuit eum dotem promisisse supra vires patrimonii ipsius mulieris. Quæritur, an & quatenus curator à prætoribus subveniendum sit, data forte exceptione doli, vel in factum, si à marito conveniatur in solidum actione ex stipulatu? Nam si noluit dotem de suo dare, sed de bonis filiae fratris sui, quæ solvendis 400. sufficere credebatur, & ita si errore lapsus 400. promiserit, videtur ei subveniendum esse. Contra, si non erravit, sed sciens puellæ bona non sufficere, neque largiri tantam pecuniæ quantitatem dotis nomine 400. promiserit, aut de suo donasse videtur sciens prudensque: aut si non habuit animum donandi, quia decepti maritum dolo malo, non est ei subveniendum convento actione ex stipulatu. Deceptis enim subveniendum est, non decipientibus, ut de mulieribus dicitur in l. 2. ad Vell. & de minoribus in l. 1. C. Gregor. si major fuerit probatus. Quid ergo dicemus? Et respondit Paulus, non esse curatoribus subveniendum adversus maritum, cui promisit 400. in dotem: quia officium suum egressus, inquit, sponte se obligavit suo nomine, officium suum egressus est, quia debuit tantum auctorem pupillæ fieri ad dotem legitimam constituendam, vel promittendam pro modo facultatum ejus, ut l. quæro, de jur. dot. non etiam debuit ipse suo nomine ut fecit, dotem promittere. Et sicut, si creditori puellæ pecuniam se daturum suo nomine promiserit, obligatur omnimodo, nec prætoris auxilio obligationis onere relevari potest, ita nec si ultro marito puellæ dotem se daturum sponderit, quia & creditor & maritus suum negotium gessit bona fide, & frustrandus aut decipiendus non est, l. 9. §. ult. de cond. cau. dat. l. pure, §. si cum, de doli except. Itaque adversus maritum si agat ex promissione dotis, non potest curator se tueri opposita exceptione doli: vel in factum, quia maritus nihil dolo facit, qui dotem recte promissam petit. Et hæc ita se habent, si vendendi animo promiserit, si negotii gerendi causa, quoniam utroque casu marito in eum est efficax actio ex stipulatu, cujus onus curator frustra recusat. Sed hoc posteriore casu (quod notandum) cum scilicet muliebris negotii gerendi animum habuit, dote suo nomine promissa, quia mulierem sibi obligare voluit, non ei donare, ut in l. si quis cum, sup. comm. divid. In mulierem puellam habet actionem negotiorum gestorum, si non dum marito dotem solverit, id est, ut ait, si nomen adhuc maneat, id est, cautio dotis, ut scilicet acceptilatione liberetur, quia hoc potest efficere mulier, ut maritus eum accepto liberet. Itaque dote nondum marito soluta, mulier curatoribus tenetur actione negotiorum gestorum, uti det operam, ut curatorem maritus liberet per acceptilationem: si jam dotem marito curator solverit, mulier puella curatoribus tenetur actione negotiorum gestorum, ut ei reddat dotem, quam ei dedit, pecuniam dotalem, quam marito numeravit: quæ actio (ut docet) intendi adversus puellam potest, non tantum divortio facto, sed etiam manente ma-

Tom. II. Post.

A trimonio, quia adhuc habet dotem; id est, quia dotem habere intelligitur, quam maritus habet: est enim res uxoria, l. quamvis, de jur. dot. Qua ratione, etiam constante matrimonio, dotem, quam maritus habet, ipsa fratribus conferre debet, si agatur de successione patris inter eos, vid. tanto minus accipiendo ex bonis patris, l. dotis, C. de collat. Breviter, si puellæ negotii gerendi causa curator in dotem quadringenta promiserit & solverit, ea repetet a puella actione negotiorum gestorum: vel si nondum 400. marito solverit, eadem actione utetur adversus puellam, ut accepto liberetur curante puella. Superest adhuc hæc quæstio, quid sit dicendum, si forte inanis sit actio negotiorum gestorum, quam eo nomine curator habet adversus puellam, id est, si puella non sit solvendo, si puella non possit curatoribus reddere, quod ipse negotii gerendi causa supra vires patrimonii, quod puella habet, marito in dotem dare promisit, si forte conventus à marito, ei in solidumolvere cogatur. Quid hic faciat curator, qui quod solverit, frustra repetat à muliere propter inopiam ejus, si curatorem, inquit, adimplere id, quod supra vires patrimonii ejus in dotem dare promisit, non queat (adimplere curatorem estolvere curatorem, ut adimplere creditorem, id est,olvere, dimittere creditorem, l. ult. §. sin vero non omnes, C. de testam. manum. Si res, inquit, hereditariæ sufficiunt ad implendos creditores: Basilica: πληρωσας οὐ, adimplens te, id est, tibi soluta pecunia: Æschylus, τὰ ἀποφῆα πληρωσῆ, &c. id est, moriens nutritia adimplevit terræ, id est, persolvit. Et hoc vero casu dicitur, quom puella adimplere curatorem non potest id quod promisit, ultra vires patrimonii ejus: curatoribus, si in solidum conveniatur à marito ex stipulatu, ne in damno versetur, in id quod superfluum est. i. in id quod superat vires patrimonii mulieris, quod à muliere recipere nequit, æquum est à prætoribus subveniri, data exceptione in factum & concepta fere in hunc modum: *si non plus promisi negotia puella bona fide gerens, quam facultates ejus serant, quamque ipsa mihi reddere queat*. Sed & ne maritus in damno versetur, qui sustinet onera matrimonii, eo casu debet cavere marito mulier, se reliquum dotis marito soluturam, quoniam in fine legis scribendum est, *solvat, non, servat*: se, inquam, residuum dotis, quod nunc superat vires suas, marito soluturam, si quandoque constante matrimonio locupletior facta fuerit, & ita qualicumque cautione marito satisfiat, ne omnino dote, vel dotis spe defraudetur, quæ est sententia hujus legis elegantissima. Possit quis tentare, hoc posteriore casu non esse curatoribus necessariam exceptionem, sed ipso jure promissionem nullam esse, ex l. sine generalis, de jure dot. quæ ait, promissionem dotis factam ultra vires patrimonii muliebris ipso jure nullam esse. At ejus legis species longe diversa est à specie proposita: neque enim loquitur de dote, quam curator sua sponte, & suo nomine marito puellæ promisit supra facultates puellæ, ut hic proponitur, quæ promissio omnimodo valet: sed loquitur ea lex de dote, quam puella ipsa curatore auctore, & sciente prudente, dolo malo promisit supra facultates suas. Debet enim ea lex conjungi cum l. quæro, quæ præcedit, in qua quæritur, quantæ pecuniæ dotem promittenti puellæ curator auctoritatem, vel consensum accommodare debeat. Et ait, modum dotis esse constituendum *ex facultatibus & dignitate natalium mulieris, atque mariti, quousque ratio patitur*, id est, (ut inferius dicam) quousque modus dotium lege finitus patitur. Quod etiam ostenditur in l. cum post, §. gener, & §. seq. eod. tit. Plin. 6. epistol. *Nuptura honestissimo viro, cui ratio civilium officiorum necessitatem quandam nitioris imponit, debet secundum conditionem & dignitatem mariti veste & comitatu augeri*. Idem de dote dicendum est, quæ constituenda est non tantum pro modo facultatum mulieris, & pro dignitate natalium mulieris, sed etiam pro dignitate mariti. Et hoc cum dixisset in l. quæro, subjicit in l. sine generalis, si amplius promissum sit, non si amplius curator promiserit, sed si amplius promissum sit, quam facultates mulieris valcant, à muliere scilicet interveniente auctoritate curatoribus generaliter, vel specialiter dati ad dotem constituendam, ipso jure nullam esse promissionem

V u

dotis,

dotis, quia (inquit) lege rata non habetur auctoritas dolo malo facta: & dolo malo, vel lata culpa, quæ dolo proxima est, sane non caret curator, quia auctoritatem accommodat puellæ promittenti dotem supra vires patrimonii sui: & lege (inquit) quod ante ipso jure, id est, lege Papia. Hæc enim est lex, quæ dotibus modum imposuit, *l. 2. C. Theodos. de inoffic. dotib.* Ex ea lege neque dos potest excedere vires patrimonii, neque etiam, si suppetat patrimonium decies centena millia tertiorum, quæ est ratio, ad quam usque dicitur dotem esse constituendam in *l. quæro*, illo loco, *quousque ratio patitur*. Nam non omne patrimonium licet in dotem dare, si excedat decies centena millia tertiorum nummorum. Quod significat *l. 6. de usur.* quum ponit decies centena millia in dotem data. Unde Martialis: *Centena decies, quæ tibi dedi doti. Et Juvenalis:*

----- *Et ritu decies centena dabuntur*

Antiquo. -----

Græci ad *d. l. quæro*, & *l. 4.* notant legitimam dotem esse quadringentarum librarum auri. Quod sane hodie verum est ex *Novell. 22.* Et nihil est præterea in hac lege.

Ad *L. XXXII. de Excusat. tutor. Nefennius Apollinaris Julio Paulo. Mater filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum æque pupillum scripsit heredem, & Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adscripsit. Titius confirmatus excusavit se à tutela. Quæro, an legatum amittat? Et quid si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque à prætore tutor excuset se, an æque repellendus sit à legato, & an aliquid intersit, si à patre, vel emancipato pupillo tutor datus sit, vel puberi curator? Respondi. Qui non jure datus (sit) vel tutor, vel curator à patre, confirmatus à prætore, excusationis beneficio uti maluit: repellendus est à legato. Idque, & *Scævola* nostro placuit. Nam & prætor, qui eum confirmat tutorem, de sancti sequitur judicium. Idem in matris testamento dicendum est. Similis est matri quivis extraneus, qui pupillum heredem instituit, eique, & in tutore dando prospicere voluit, quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit, eum, qui recusat id, quod testator relinquit, ab eo quod petit, quod idem dedit, repelli debere. Non semper tamen existimo eum, qui onus tutelæ recusavit, repellendum à legato, sed ita demum si legatum ei ideo adscriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum injunxit: non quod alioquin daturus esset, etiam sine tutela. Id apparere potuit, si posueris testamento legatum adscriptum, codicillis vero postea factis tutorem datum. In hoc enim legato potest dici, non ideo ei relictum, quia & tutorem esse voluerit testator.*

Ad *L. XXXIV. cod. Ex bis apparet, non esse bis similem eum, quem Prætor tutorem dedit, cum posset uti immunitate: hic enim nihil contra judicium fecit testatoris: nam quem ille non dedit tutorem, eum voluisse tutelam administrare filii dicere non possumus.*

Hæc quidem initio nobis constituenda sunt principia juris: Curatorem testamento dari non posse, *l. 1. in fi. de confirm. tut.* ne à patre quidem, vel alio parente, qui adolescentem habet in potestate, quod hac lege ostenditur: & generaliter à nemine cujuscunque sit sexus, vel juris, aut conditionis, curatorem testamento dari posse, tutorem autem à parente, qui impuberem habet in potestate testamento dari posse: & impuberi, quem habet in potestate tam heredi instituto, quam exheredato, non impuberi emancipato, nec filio naturali, si nihil ei relinquat, *l. naturalis, de confirm. tut.* Sed datum tamen à patre filio emancipato confirmari posse à prætore, vel præside sine inquisitione. Cur non possit curator testamento dari? Ratio hæc est, quia tutoris, vel curatoris datio ei tantum competit, cui lege specialiter data est, & quatenus data est, *l. tuto, §. tutoris, de tutel.* Et lex *12. tab.* quæ patri permisit tutoris dationem, non permisit etiam curatoris dationem, quia ita lex scripta est, *paterfam. uti super pecuniæ tutelæve suæ legasset, ita jus efflo.* Lex de tutela loquitur, non de curatione: non plus sibi adrogare potest, qui liberos habet in potestate, quam ei lex nominatim dederit. Et ita vice mutata ventri dicitur curator

dari, *l. ventri, de tut. & cur. dat.* quia, inquit, edictum prætoris loquitur de curatore dando, non de tutore. Et pari ratione, quia lex *12. tab. ait, paterfam.* non permittitur matrifam. filiis suis impuberib. test. tutorem dare, quia lex ait, *paterfam.* Item, quia ait, *tutela sua*, quod ita prudentes semper acceperunt de tutela liberorum suorum, quos in sua familia, & potestate habet, non permittitur patrifam. extraneo, id est, qui non est parens virilis sexus, & per virilem sexum descendens, de tutela non sua, id est, de tutela extraneo pupillorum quidquam testamento decernere. Ex his igitur concludamus, nullum esse curatorem testamentarium: & curatorum duo tantum esse genera: alii sunt legitimi, sicut curatores furiosorum, & prodigorum, alii dativi, vel honorarii, nulli testamentarii. Et quamvis testamento patris, vel matris, vel extranei non jure datus curator confirmari possit à prætore, vel præside, vel proconsule, post confirmationem tamen dativus est, non testamentarius: confirmatus tutor dativus est, quia qui confirmat, dat tutorem atque constituit, *l. 39. curatores, de admin. tut. l. jure, §. ult. & l. seq. de testam. tut. l. pen. §. sed cum veteres, C. de necess. heredib. instit.* At tutorum tria sunt genera, alii testamentarii, alii legitimi, alii dativi. Et testamentarii ii tantum, qui testamento parentis dantur liberis impuberibus, qui in ejus potestate sunt: qui autem tutores dantur testamento matris, vel extranei, non jure dantur tutores. Sed tamen, & ii decreto prætoris, vel præsidis ex inquisitione, si ita magistratui videtur, confirmari possunt, si modo dati sint heredibus institutis, non si dati sint præteritis: quia, qui ab iis dantur tutores, non aliter confirmantur, quam si in rem magis dentur, quam in personam, puta heredibus institutis. Nam quem heredem non instituit mater, vel extraneus, ei frustra tutorem instituit, vel adscribit, nec enim confirmari potest, & hæc omnia ostenduntur in *l. 4. sup. de test. tut. l. 4. C. eod. tit.* Ubi (ut jam pridem comprobavi) sublata negatione legendum est, *quando autem eos heredes instituerit*, hoc sensu, ut mater liberis institutis si tutores dederit, ii confirmari possint, non etiam si liberis heredibus non institutis: idem ostenditur *d. l. 1. 2. & 4. & toto tit. de confir. tut. l. 1. C. eod. tit.* His cognitis, finge: mater filium suum pupillum, vel extraneus extraneum pupillum, puta alumnum suum, aut libertum heredem instituit: Titio legatum dedit, eundemque Titium pupillo heredi instituto tutorem adscripsit. Denique Titio adscripsit legatum, & tutelam heredis sui: tutelam adscribere dicit, *l. peto, §. mater, de leg. 2. & inf. in hac ipsa l. satis nove.* Id quod testator relinquit, id est, tutelam, quam injungit Titio legatario. Postea Titius decreto prætoris tutor confirmatus est habita inquisitione, ut oportet, & post confirmationem se excusavit à tutela, jure suo, forte jure trium, aut quatuor liberorum. Hinc oriuntur quæstiones quatuor. Primum, an ideo Titius amittat legatum, quod se excuset à tutela? Deinde, an si idem Titius legatarius non eodem testamento tutor adscriptus sit, sed datus à prætore pupillo heredi instituto, & se excusaverit à tutela dativa, de qua nihil erat comprehensum testamento, an idem legatum amittat? Male glossa, *confirmatus, & datus*, interpretatur, *confirmandus, & dandus*: neque enim hoc fingit sententia Pauli. Et exploratissimum est, post confirmationem, & dationem, demum proponi, & exsequi excusationem. Confirmationem, & dationem sequitur excusatio semper, quia tutela non tenet tutorem, antequam datus, vel confirmatus sit: allegari quidem potest excusatio ante confirmationem, vel dationem, quum petitur dari, vel confirmari, ut in *l. jurisperitus, §. ult. hoc tit.* sed exsequi, & disceptari excusatio sane non potest ante confirmationem, vel dationem, *l. Cajus, hoc tit.* Tertia quæstio hæc est, an idem Titius amittat legatum si ei relictum sit testamento patris, eodemque testamento à patre curator filio puberi datus sit, vel tutor filio impuberi emancipato, & confirmatus se excuset? Hæc tres quæstiones nobis definiendæ sunt priusquam 4. proponatur. Et in iis definiendis sequendus est nobis ordo Pauli. Primum enim Paulus respondet ad tertiam quæstionem, videlicet, Titium, qui detractat onus tutelæ, vel curæ, quam ei injunxit pater in testamento, quasi

indignum repelli à legato, quod eodem testamento pater pupilli, vel puberis ei reliquit, quia id intelligitur reliquisse fidei remunerandæ gratia, sive oneris tutelæ repensandi gratia, ut l. 28. §. 1. & 36. hoc tit. l. qui tutelam, sup. de testam. tit. l. 5. §. amittere, de his, quæ ut indig. auf. (ut eleganter Paulus ait) in eo tutore, vel curatore confirmando, prætor, vel præses sequitur iudicium patris, contra quod facit qui recusat onus tutelæ. Hæc enim fuit voluntas patris, ut aut sustineret onus tutelæ, aut repelleretur ab onere legati. Hanc voluntatem prætor, qui datum confirmat, subsequitur. Denique hac ratione significat, non aliam esse voluntatem prætoris, quam patris. Itaque ait ex mente prætoris, aut recedere eum debere à legato, aut subire onus tutelæ. Mox subjicit Paulus eodem modo, ad primam quæstionem esse respondendum, puta testamento matris, vel extranei pupillo heredi instituto, datum tutorem, & confirmatum repelli à legato, si excusationis beneficio, quod ei competit, uti malit, non sua sponte obire tutelam. Utroque ergo casu, qui recusat tutelam sibi à testatore mandatam, à legato, quod idem testator ei dedit, repellitur, nisi (ut subjicit Paulus, hanc enim addit exceptionem) legatum ei dederit, non ut tutelam susciperet fidei remunerandæ gratia, sed & sine onere tutelæ, puta si daturus erat legatum etiam sine tutela, ut puta si testamento ei primum adscripserit legatum, deinde tutelam codicillis testamento confirmatis: alioqui jure non confirmatur tutor, qui ab iis datus est, codicillis non confirmatis, l. 1. de confirm. tut. Hoc vero casu, quum testamento legatum dedit, deinde codicillis tutelam injunxit, tentat Paulus in sine b. l. cum videri tutelam separasse à legato, & posse capi legatum etiam ab eo, qui se excusat à tutela, quia non eadem scriptura legatum, & tutelam dedit, sed diversis, & tutelam post legatum dedit: si eodem testamento, vel iisdem codicillis utrumque dedisset, hac conjectura non uteremur, sed quum diversis scripturis dederit, hac conjectura utitur, ut scilicet voluerit eum pervenire ad legatum testamento relicto, etiam si non administraret tutelam injunctam codicillis. Et hoc quidem tentavit, ut dixi, Paulus in hoc lib. 7. qui tamen postea variasse videtur lib. 23. ex quo est lex, quæ sequitur, quæ non admittit superiorem conjecturam, si posteriori loco in codicillis sit adscripta tutela, priore loco legatum in testamento. Et verius esse docet hujus ordinis, sive diversæ scripturæ rationem nihil mutare, nihil efficere, & breviter non aliter legati commodum separari ab onere tutelæ, quam si evidentem testator expresserit, velle se dare legatum, etiam si tutelam non susceperit. Hoc non expresso semper videtur onus tutelæ junxisse emolumento legati. Conjecturæ illæ (inquit) sunt nimium scrupulosæ, nec sunt admittendæ. Opus est expressa voluntate deuncti. Ad quæstionem secundam respondet in l. 34. eum scilicet, cui testamento legatum adscriptum est, non tutela, non repelli à legato, si postea tutor datus à prætore pupillo, heredi instituto testamento matris, vel extranei, excusationis beneficio utatur, optima ratione, quia nihil facit contra iudicium testatoris, qui simpliciter ei legavit, nec de tutela heredis sui quidquam cavet, & quem non dedit tutorem (inquit) eum voluisse tutelam gerere heredis sui dicere non possumus. Expressa etiam datione, & voluntate testatoris hic opus est. Sequitur 4. & ultima quæstio in l. 35. an si mater, vel extraneus pupillo heredi instituto, non tantum Titium, cui legatum dedit, tutorem dederit, sed & alios idoneos tutores, & Titius se non excusaverit quidem, sed administrare noluerit, contentus, quod cæteri contutores sui, qui idonei erant, administrarent. Vulgo male, *contentens*. Recte Florentiæ, *contentus*, & Basilicæ: ἀρκυμένος τῶν ἄλλων συνεπιτρότων εὐνοῦς: *Contentus*, inquit, quod cæteri idonei essent. Hic videtur non esse repellendum à legato, quia et si nihil administraverit, periculum sustinet cessationis, quod plerumque pro administratione est, l. 21. & 31. sup. hoc tit. Et ideo etiam si nihil attigerit, nihil administraverit, finita tutela potest conveniri tutelæ iudicio, si res pupilli à cæteris, qui administrarunt servari non possit, l. 1. & 2. C. si tutor non gesserit, l. 6. arbit.

Tom. II. Post.

tut. l. & si cisses, C. de administ. tut. At rectius Paulus definit, & hoc casu Titium, licet non excusaverit se, sed permiserit collegis totam administrationem, à legato repellendum esse, quia quodammodo se excusat, qui nihil administrat, & quæcunque contumacia ejus, sive προπηλαξ puniendi est. Punitur ademptione legati, quod pupilli, vel heredis lucro cedit, ut d. §. amittere, l. pen. C. de leg. non etiam cadit in fiscum, quamvis ut indigno eripiat: non enim omnia, quæ indignis eripiuntur, cadunt in fiscum. Contumacia hoc loco est non parere voluntati testatoris, non administrare tutelam ex sententia testatoris, quæ & indevotio dicitur sæpe, contumacia enim dicitur à contemnendo, ut παρανομολογῆν, *lex contumacia*, §. 1. de re jud. Contumax, inquit, est, qui contemnit venire tribus edictis evocatus, vel uno pro tribus. Velius Longus de orthographia: *In contumace*, inquit, *melius est servari*. Venit enim à contemnendo. Et inde in glossis veterum, κατὰ φρονητῆς, *contemptor*, *spernulus*, *contumax*. Et in extremo legis 35. ait: *multo magis indignum eum esse legato, qui nec se excusavit quodammodo, sed suscepit administrationem secundum voluntatem testatoris, verum mox ut suspectum remotus est*. Nam hic etiam est repellendus à legato, qui non est inventus tutor idoneus, sed non etiam is, qui non confirmatus est, si per eum non fiet, quo minus tutelam gerat, sed per prætorem, qui initio eum non probat, nec confirmat. Sane tunc non repellitur à legato, qui à tutela vitio suo non repellitur, sed providentia prætoris, aut præsidis. Hoc ostenditur in l. cum filius, §. non jure, de leg. 2.

Ad L. XXX. de T est. milit. Nam in bona castrensis non esse dandam contra tabulas filii militis bonorum possessionem. Divus Pius Antoninus rescripsit.

Ad L. V. de Leg. II.

Hic legi conjungendæ sunt, & una explicandæ l. 37. eod. tit. & l. 5. de leg. 2. Certum est, patrono, cui testamento liberti relicta non est debita portio, vel etiam patri, qui in emancipatione filii manumissor extitit, id est, qui in vendendo, sive venundando filio, ut olim fiebat, contraxit fiduciam, id est, qui ea lege eum vendidit, ut sibi revenderetur, hoc est remaniparetur, atque ita à se manumitteretur. Patri, inquam, qui in emancipatione, id est, venditione filii manumissor extitit contracta fiducia, quæ hodie ex constit. Justin. de jure patronatus semper contracta esse fingitur: huic, inquam, patri manumissori, qui patrono comparatur, licet manumissio ejus libertum non fecerit, l. 2. si à par. quis manum. fit: manumissio domini libertum facit, non manumissio patris: manumissio patris non præjudicat ingenuitati: si etiam huic patri testamento filii non sit relicta debita portio, utrique, id est, patrono, & patri manumissori competit bonorum possessio contra tabulas, non in assem: sed in debitam portionem tantum, id est, semissem ex l. Papiæ in trientem ex constitutione Iustiniani. Et hoc ostenditur in l. prox. §. ult. sup. l. filio, §. 1. de inoffic. test. Et utique ita procedit in bonis paganis liberti, vel filii, non in bonis castrensibus, quia libertus, vel filius manumissus, vivo manumissore in bonis paganis liberam testamenti factionem non habet, in castrensibus habet liberam testamenti factionem, adeo ut et si nihil ex eis bonis patrono, vel patri reliquerit, non possit patrono, vel patri contra ea bona dari bonorum possessio contra tabulas. Et ita Divum Pium rescripsisse, cum Paulus scripsit in hac l. 30. tum etiam Ulp. l. 1. §. est & aliud, si à par. quis man. Et simili modo patri manumissori, vel non manumissori præterito, cuive non relicta est debita portio, quasi patrono, datur etiam non jam ut patrono, aut quasi patrono, sed ut patri jus patrium. Duplex enim ei jus competit, & jus patrium, & jus quasi patronatus, si in emancipatione manumissor extiterit. Cæterum, sive manumissor extiterit, sive non, semper ei ut patri datur in bona pagana querela inofficiosi testamenti, quæ jus antiquum dicitur, l. 1. §. ult. si à par. quis manum. fit, l. 14. de inoffic. test. Et hæc actio seu querela inoffic. testamenti datur in assem: vel si jam abstulerit semissem, aut trientem, ut manu-

V u u 2

missor

missor per bon. possessio. contra tabulas, querela inoffic. A testamenti ei datur in alterum semissem, vel in bessellem residuum. In bona autem castrensia non datur, quia ad testamenta militum querela inofficiosi non pertinet, *l. si instituta, §. de inoffic. sup. de inoffic. test. l. ult. C. eod. tit.*

Ad L. XXXVII. de Mil. test. Si duobus à milite liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem: pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse: quia miles & pro parte testari potest, & competit patrono ab intestato bonorum possessio: nisi si hæc voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero, ad alterum vellet totam redire hereditatem.

L Ex 37. suggerit aliam differentiam inter testamentum militum, & testamenta paganorum. Inter coheredes scriptos testamento pagani, etiam si disjuncti sint, versatur jus adcrefcendi, id est, portio omittentis, vel repudiantis hereditatem, portio vacans tacito jure adcrefcit alteri etiam invito, qui jam pro parte sua heres existit, non etiam ad legitimum heredem transit, quia paganus non potest pro parte testatus, pro parte intestatus vita decedere, *l. 7. de regul. jur.* Paganus non potest ab initio pro parte testamentarium, pro parte legitimum heredem habere. M. Tullius de invent. *Vnius*, inquit, *pecunia plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt: nec unquam factum est, ut ejusdem pecunie alius testamento, alius lege heres esset.* Quod de paganis tantum intelligitur. Et hanc constat esse verissimam rationem inter coheredes introducendi juris adcrefcendi ex testamentis paganorum. Hæc lex 37. è contrario nobis evidentissimum argumentum præstat, quum ait, ex testamentis militum inter coheredes non esse jus adcrefcendi, id est, portionem deficientem, & vacantem non adcrefcere coheredi, qui se pro herede gessit, sed ad legitimum militis heredem pervenire, quod etiam ostendit *l. si filius, §. castrensum, de bon. libert.* Idque ideo constitutum est, quia miles pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, *l. de hereditate, §. 2. D. de cast. pec.* Itaque si miles Titius heredem fecit ex semisse, Cajum ex altero semisse, Titio repudiante, portio ejus non adcrefcit Cajo, sed ad legitimum militis heredem transfertur jure intestati, veluti ad proximum agnatum; vel, ut ponit hoc loco, *ad patronum*, si miles libertinæ conditionis fuerit. Nam & libertini militiæ nomen dare possunt, *l. operis, de op. libert. l. 6. de cast. pec. l. ult. C. de lib. & eorum lib.* Conclusio igitur hæc est: jus adcrefcendi ad testamenta militum non pertinet. Cujus tamen duæ sunt exceptiones. Una, quæ proponitur hoc loco, si probetur, hanc fuisse voluntatem militis, ut inter heredes suos servaretur jus adcrefcendi, & ut in totum testatus remaneret, id est, ut omittente altero, tota hereditas ad alterum rediret. Redire dicitur non legitima tantum hereditas, sed etiam testamentaria jure adcrefcendi, ut in *l. cum pater, §. cum pater, de leg. 2.* Altera exceptio proponitur in *l. si certarum, §. quod si alterutra, hoc tit.* quæ lex, testamento militis uno herede instituto ex bonis castrensibus, altero ex paganis, ait suorum quemque bonorum separatim, & in solidum æs alienum agnoscere. Quod scilicet ex ea causa pendet, ex qua heres institutus est, quia quodammodo duo sunt patrimonia, duæ hereditates, pagana, & castrensis. Et si forte is, qui ex castrensibus heres institutus est, ideo omittat hereditatem, quod bona castrensia æri alieno contracto in castris non sufficiant, & si nec legitimus heres, eo repudiante, ea bona amplecti velit, quia solvendo non sunt, hoc casu alterum coheredem institutum ex paganis, aut debere agnoscere omnia bona, tam castrensia, quam pagana, aut omnia dimittere omnibus creditoribus vendenda. Si igitur nemo existat, neque ex testamento, neque ab intestato, qui bona castrensia amplecti velit, quæ solvendo non sunt, tum electio defertur heredi instituto ex bonis paganis, ut, vel omnia bona creditoribus dimittat, vel omnia suscipiat cum onere æris alieni. Neque enim hoc casu bona pagana amplecti potest, quin etiam eis accrescant continuo castrensia, cum nemo alius

existit, qui ea complectatur. Nam etsi in testamentis militum non servetur superior regula, ne partim testati, partim intestati decedant, servatur hæc tamen, quæ dicitur, non posse hereditatem uni delatam partim adiri, partim repudiari, *l. 1. de acquir. hered. l. un. §. in bis, de cad. toll.* His igitur duobus casibus, puta ex voluntate militis, & ex necessitate juris, jus adcrefcendi pertinet etiam ad testamenta militum: alioqui non pertinet nisi ad testamenta paganorum. Huic vero tractationi non inconcinne aptabitur *l. 5. de leg. 2. ex eodem libro*: Nam in regula illa, quæ vetat partim hereditatem adiri, partim repudiari, quam dicimus in testamentis etiam militum locum habere, ab hereditate ad legatum pervenit exemplum, à regula illa, id est, ab hereditate, de qua regula concepta est, ut non possit partim hereditas adiri, partim repudiari, exemplum pervenit etiam ad legatum. Paulus 3. *Sentent. tit. de legat. ejus rei, quæ legata est, exemplo heredis, partem agnoscere, partem repudiare legatarius non potest.* Quam sententiam idem repetit lib. 8. ad Plautium, videlicet in *l. 4. quæ præcedit, & ait, neminem ejusdem rei legata partem velle posse, partem nolle.* Ad quam legem quartam & quinta adaptatur: unum legatum scindi non potest, *l. 23. de condit. & demonstr.* id est, neque res legata scindi potest, neque actio legati, *l. cum filius, §. variis, de leg. 2.* Judicium defuncti, aut omnino amplecti, aut omnino respuere oportet, & legati, vel hereditatis delatum honorem non fastidire superbe, & inconstanter. Notum est verbum Senecæ, *Beneficium improbat, qui accipit fastidiosè, 2. de beneficiis.* At vero subjicitur ex eodem Paulo in hac *l. 5. si duo sint legata uni relicta, veluti fundus, & pecunia, posse legatarium unum repudiare, alterum amplecti: unum nolle, alterum velle, quia non discindit, non contaminat, non deintegrat ullum legatum, partem fundi, & partem pecuniæ velle non potest, quia hoc genere discindit utrumque legatum, l. 8. §. ult. sup. tit. prox. repudiando fundum, & amplectendo pecuniam nihil scindit.* Item si duo sunt legata: puta decem, & Stichus, & Stichi legato adjunctum sit onus præstantæ Sticho fideicommissariæ libertatis, recte docet Paulus hoc loco, non posse repudiato legato Stichi, cui injunctum est onus fideicommissi, legatarium pervenire ad pecuniæ legatum, quod est sine onere, sicut nec rejecta tutela, quæ etiam legari, & relinqui dicitur in *12. tab. & l. 32. de excus. tut.* non potest, inquam, legatarius rejecta tutela pervenire ad emolumentum legati, de quo ante tractatum est. Finge, mihi decem, & Stichus legatus est: Duo sunt legata. At rogatus sum Stichum manumittere: lege Falcidia interveniente, non deducet heres Falcidiam ex legato Stichi, ne impediatur fideicommissaria libertas: nam Falcidia detracta, communis fieret Stichus inter me, & heredem pro quadrante, & dodrante, *l. Plautius, ad l. Falcidiam.* Communi autem servo ante constitutionem Justiniani *de comm. serv. manum.* unus ex dominis libertatem dare non potuit. Igitur ne impediatur fideicommissaria libertas, heres ex legato pecuniæ utriusque legati quartam detrahet, ut definitur in hac *l. 5. & l. sed si non servus, §. si solus, ad leg. Falcid.* Ex legato pecuniæ heres deducet, & pecuniæ, & Stichi Falcidiam. Idque facile fiet, si ego utrumque legatum agnovero, immo & si Stichi legatum repudiavero, quia repudiatio non valet. male Bartolus valere ait, cum lex dicat, non idem esse dicendum, ut possit unum legatum repudiari, alterum agnoscere, si unum sit onerosum, alterum lucrosum: si non est idem dicendum, ergo onerosum repudiari non potest: si non potest repudiari, nec repudiatio valet. Quia igitur repudiatio Stichi non valet, ex legato pecuniæ duas quartas heres detrahet, & ego nihilominus Sticho præstabo libertatem quasi servo meo: vel si morer in ea præstanda, ipso jure liber fiet ex Senatufconsulto Rubriano, de quo in tit. *de fideicommiss. libert.* Eadem ratio est *l. si legatario, de fideicommiss. libert.* Qui mihi legavit fundum, legavit quoque mihi decem pro pretio servi mei, ut eum manumitterem: duo sunt legata: fundi legatum agnovi, pecuniæ repudiavi, quia in se habebat onus servi mei manumittendi, repudiatio non valet, & pro eo habetur, ac si & pecuniæ legatum agnovissem, quamvis interveniente Falcidia, ut ait, quæ mi-

minuit utrumque legatum ; atque ita Falcidia detracta, do-
drans pecuniæ non sufficiat pretio servi mei, & nihilomi-
nus debeo servo meo præstare libertatem .

Ad L.X.de Vent.in poss.mitt. *Postumus natus, quocunque tem-
pore, qui tamen testatoris morte conceptus jam erit, potest agno-
scere bonorum possessionem: Nam & ventrem prætor ex omni-
bus edicti partibus mittit in possessionem bonorum: non missu-
rus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.*

Certum est, ex nulla parte edicti successorii, bonorum
possessionem deferri ei, qui in utero est tempore mor-
tis ejus, de cujus successione agitur, quia nondum est in re-
bus humanis, & certum non est, an partitudo sit recte per-
ventura, & ideo interim etiam ei non confertur, *l. ult. de
collat. bon.* At mulier prægnans, ventris nomine, id est, ejus
nomine, quem in utero gestat, ut interim is sustineatur &
producat ad partum, interim mittitur in possessionem
bonorum ex omnibus partibus edicti, ut ait in *h.l. ult.* ve-
luti ex prima parte, qua prætor liberis præteritis pollicetur
bonorum possessionem contra tabulas, si venter testa-
mento patris præteritus sit, id est, neque heres institutus,
neque exheredatus, interim mulier mittitur in bonorum
possessionem vice bonorum possessionis contra tabulas .
Vel si venter institutus sit testam. patris, vel etiam extranei
(nihil refert) interim mulier mittitur in bonorum possess.
vice bonorum poss. sec. tab. *l. 1. §. si filius, hoc tit. l. postumus,
de inoff. test.* vel ab intestato vice bonor. possess. unde liberi,
id est, ex parte edicti, unde liberi vocantur: aut ex parte
unde legitimi: aut ex parte unde cognati vocantur, *l. 7. hoc
tit. l. cum quidam, §. quod dicitur, sup. de adq. hered.* videli-
cet si modo jam conceptus fuerit (ut ait hoc loco) tempore
mortis sui parentis, vel agnati, vel cognati, de cujus bonis
agitur . Et ita in *l. 5. §. nec mirum, inf. de Carb. edic.* ait,
omnium edictis, id est, omnibus partibus edicti ventrem
mitti posse in possess. Et in *l. 1. §. sed etsi matris, ad Sc.
Tertull.* ex omni parte edicti ventrem mitti in poss. Quum
ergo venter, aut mulier ventris nomine ex omnibus edicti
partibus interim quoad pariat, mittitur in possessionem,
consequens est, nato postumo dari debere eam bonorum
possess. cujus vice mulier interim missa est in possessionem .
Frustra enim mitteretur ventris nomine, si natus non pos-
set agnoscere bonorum possessionem . Et hæc est sententia
hujus legis . Aliud enim est missio in bonorum possessionem,
aliud bonorum possessio: ac minus proprie, imo
improprie missio etiam dicitur bonorum possess. *l. 1. §. 1.
hoc tit. & l. 1. §. 1. inf. si mulier in poss. calum. cau. esse dica-
tur.* Nihil est amplius in hac l.

Ad L.XII.de Bon. possess. secund. tab. *Ut scriptus heres agno-
scere possit bonorum possessionem, exigendum puto, ut & de-
monstratus sit propria demonstratione, & portio adscripta ei in-
veneri possit: licet sine parte institutus sit. Nam qui sine parte
heres institutus est, vacantem portionem, vel alium assem occu-
pat. Quod si ita heres scriptus sit, ut interdum excludatur a te-
stamento, eo quod non invenitur portio, ex qua institutus est:
nec bonorum possessionem petere potest: idem evenis, si quis ita
heredem instituat: Titius quanta ex parte priore testamen-
to eum heredem scriptum habeo, heres esto: vel, quanta ex
parte codicillis scriptum eum habeo, heres esto: si scriptus
non invenitur . Quod si ita scripsero: Titius si eum priore
testamento ex semisse scriptum heredem habeo: vel, si eum
codicillis ex semisse heredem scripsero, ex semisse heres
esto, tunc accipiet bonorum possessionem, quasi sub conditione
heres scriptus :*

Sequitur *l. ult. de bon. poss. sec. tab.* Bonorum possessio
sec. tab. datur heredi scripto. Verum, ut ei detur, quæ-
dam requiruntur & exiguntur, & hoc inter cætera, quod
proponitur in hac *l. ult.* ut certus heres testamento de-
monstratus sit, non quidem nomine proprio, sed propria
demonstratione, id est, proprio & indubitabili signo: pro-
pria nota demonstrationis, quæ vice nominis fungatur,
alioqui institutio non valet, *l. quoties, §. si quis nomen, & §.
seq. de hered. instit.* Item exigitur, ut certa sit portio, ex qua

A heres scriptus est, non quidem, ut sit expressa, sed ut facile
intelligi & inveniri possit. Idem plerumque est in testamen-
tis expressisse & intellexisse, *l. 88. de leg. 1. l. 6. de assign.
libert.* Nam & sine parte heredi scripto dari potest bono-
rum possessio secundum tabulas, si non sit incertum, quæ
pars ei sit adscripta, aut quam partem ei testator voluerit
adscriptam . Denique si pars intelligatur, ut si duobus scri-
ptis ex quadrantibus, aut ex semissibus, tertius sit scriptus
sine parte simpliciter hoc modo, *Titius heres esto*, quia
utroque casu intelligitur scriptus ex semisse, posteriore scilicet
expleto asse duobus heredibus scriptis ex semissibus, tertius,
qui scriptus est sine parte, intelligitur scriptus ex alio asse,
qui ratione revocata ad unum assem, semissem efficit, &
ideo semissis ei dabitur secundum tabulas bonorum pos-
sessio, licet sine parte sit scriptus, quia quæ pars ei sit reli-
cta satis intelligitur . At si ejus portio inveniri possit, sane
excluditur à bonorum possessione secundum tabulas, & à
testamento . Cujus rei hoc loco tale proponit exemplum:
Titius quanta ex parte priore testamento, vel codicillis
eum scriptum habeo, collato sermone in præsens tempus,
vel etiam, si mavis, collato sermone in præteritum tempus
hoc modo: Titius quanta ex parte priore testamento, vel
codicillis eum heredem scripsi, heres mihi esto: si non in-
veniatur scriptus priore testamento, vel codicillis, non po-
test petere bonorum possess. secundum tabul. quia quota
ex parte heres sit, non liquet. Diversum erit, si ita dixerit,
collato sermone in futurum tempus: Titius quanta ex par-
te codicillis eum heredem scripsero, heres mihi esto, quia
nulla codicillis adscripta parte, hic videtur sine parte he-
res institutus. Et ideo si solus fuerit scriptus in assem, boni
possess. ei datur, vel si adjectis coheredibus, in assis resi-
duum, in portionem vacantem, vel in alium assem, *l. 36.
de hered. instit.* Et ita lex *2. §. ult. eod. tit. de hered. instit.*
interesse ait, utrum quis ita scribat vel dicat, ex his parti-
bus, quas adscripsi, an ex his partibus, quas adscripsero .
Nam priore modo nullis scriptis partibus nulla institutio
est, posteriori modo institutio valet . Priore modo conditio
institutionis, in præsens, vel in præteritum tempus confer-
tur . Et ideo non suspendit institutionem, quia statim con-
ditio vera est, aut falsa . Si vera, statim tenet institutio: si
falsa, statim institutio non tenet, *l. cum in secundo, de inj. rup.
test.* Posteriori autem modo institutionis conditio confer-
tur in futurum tempus, & propriæ conditionis potestatem
habet, id est, institutionem suspendit . Ita quod ad partem
adscriptam attinet, ita scilicet, ut si postea partem adscri-
pserit certam, pro parte adscripta bonorum possessionem
accipiat, si non adscripserit pro parte vacante quasi sine
parte heres institutus. At ut subjicit in fine hujus leg. quum
testator partem certam exprimit, veluti, *ex semisse heres
esto*, nihil interest, utrum scribat hoc modo, *Titius si eum
priore testamento ex semisse scripsi, vel si eum priore testamen-
to ex semisse scriptum heredem habeo, ex semisse heres esto*, an
hoc modo: *Titius, si eum codicillis, quos postea fecero, ex
semisse heredem scripsero, ex semisse heres esto*: quum certam
partem exprimit, nihil interest conditionem contulerit in
præsens, vel præteritum, an in futurum, quia de parte con-
stat, ex qua vult eum sibi heredem esse . Et utroque casu,
quasi, inquit, sub conditione heres scriptus bonor. possess.
accipiet . Malim quasi sine conditione heres scriptus, quia
aperte vocatus est in semissem: Nam etsi heredi instituto
sub conditione, pendente conditione recte detur bono-
rum possessio sec. tab. *l. 5. & 6. hoc tit. l. inter omnes, qui
satisd. cog.* tamen defecta conditione bonorum possessio,
quam occupavit agnoscere, sine re constituitur, sine effe-
ctu, exceptis certis casibus, ut ostenditur *d. l. 5.* Et forte
etiam hoc casu, si pro sub conditione scripto habeatur,
tuendus est, defecta conditione, in semissem, etiam si ante,
vel postea scriptus non invenitur, quia supervacua
conditio pro non scripta habetur: *si scripsero, vel si scripsi,
vel si scriptum habeo, ex semisse heres esto*, nam institutio-
nem ex semisse superflue confero in id, quod facturus sum,
vel feci, vel factum habeo . Itaque potius habendus est
pro instituto sine conditione, ea enim conditio supervacua
est, *l. 1. §. si quis uxori, de dote præleg.* Quod rei satis de-
mon-

monstratæ adjicitur frustra, *l. quæsitum, §. ult. de fun. inst. & instrum. leg. l. si seruo, de adm. leg.* Et ita est explicandus finis hujus legis. Et hoc scripsisse Paulum hoc ipso libro argumentum præbet *l. 92. de verbor. signif. ex eod. lib.* Non dubito quin etiam hoc libro Paulus scripserit id quoque exigi in petenda bon. possess. secundum tabulas, ut supræ sint tabulæ, ex quibus petitur bonorum possessio. Nam supræ voluntas potior est.

Ad L.LXXXII. de Verb. sign. *Proximus est, quem nemo antecedit. Supremus est, quem nemo sequitur.*

IN h. l. proximum eum esse ait, quem nemo antecedit, id est, qui solus est, ita ut non sit nomen illud in comparando. Et similiter supremum eum esse, quem nemo sequitur, id est, qui solus est, qui unicus est. Nam cum in hoc edicto, quo prætor pollicetur, se daturum bonorum possess. B sec. supremas tab. testamenti (sic enim erat expressum in edicto prætoris) Cum, inquam, interpretatur supremas tabulas esse etiam solas, quas nullæ aliæ sequuntur, *l. 1. §. 1. de bon. poss. sec. tab. l. 163. hoc tit. de verbor. signif. eodem.* exemplo docuit, quod proponitur in hac *l. 92.* substitutionem, quæ fit ei, qui supremus morietur, factam videri etiam ei, qui solus est. Et in 12. tab. illo loco: *Proximus agnatus familiam habeto*, proximum agnatum dicit citra comparationem ullam etiam eum, qui solus est, ut *l. 162. hoc tit.*

Ad L.LXXXVI. de Divers. reg. jur. *Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non: sed plerunque melior.*

ULtimo loco ex hoc libro datur hæc regula juris in C *l. 86. de reg. jur. non solet ejus, qui litem contestatus est, deterior conditio fieri, imo plerunque melior, quam si litem contestatus non esset.* Hæc verba, *non solet, & plerunque* propriæ regulæ conveniunt. Nam regula in jure constituitur ex his, quæ plerumque, *ἐπι τὰ πλείστον*, fieri solent. Nec ulla est in jure regula perpetua, nulla conclusio necessaria, quia omnes regulæ constituuntur ex his, quæ plerumque eveniunt. *Plerumque*, inquit, *per litem contestationem non fit deterior, sed melior conditio actoris*; Non fit deterior: neque enim actori, si vice mutua à reo conveniatur, denegatur compensatio ejus, quod petit, *l. 8. de compens.* ne diligentior quisquis deterioris conditionis habeatur. Ergo quod petit semel, aut in quo petendo diligentior fuit, si post conveniatur à reo omiſsa petitione, id compensare rectè poterit lite etiam contestata: non perit etiam actori privilegium, quod habuit, nec perit usura: lite contestata etiam usuræ currunt, *l. lite, de usur. l. aliam, de novat.* non perit ei beneficium separationis, *l. ult. de separat.* non perit pignus, *l. un. C. etiam ob chirog. pec.* Non perit ei pœna, quam forte sibi cavit, si ad diem pecunia sibi non solveretur, *l. 90. de verb. oblig.* non perit ei accessio fidejussoris, vel mandatoris, *l. 23. & 28. C. de fidejuss.* Melior autem fit litem contestatione conditio ejus, & ut DD. dicunt, litigando jus crescit, quia litem contestatione perpetuatur actio, quæ tempore, aut morte erat peritura, forte quia erat actio temporalis, vel talis, quæ non poterat transmitti in heredem, *d. l. aliam, l. 1. & 3. sup. de feriis, l. nam postea, §. si is, qui, de jurejur. l. ult. de fidejuss. l. ordinata, de liber. caus.* quæ eleganter ait, actiones per litem contestationem in tutum redigi, *l. 1. §. sed interdum, & l. 2. §. 1. de stat. defun. &* Atque ita post litem contestationem heredibus prospicitur, & heredes tenentur ex omnibus causis etiam pœnalibus, ut lib. 13. fufius explicabitur ad l. seq. quæ pertinet ad eandem regulam. Item post litem contestationem fructus veniunt, & omnis causa etiam in judiciis strictis, *l. videamus, §. si actionem, de usur. l. 8. de re judic.* Neque huic regulæ quidquam obstat *lex heres, §. ult. de petit. hered.* quia fieret quidem conditio actoris deterior, si usuræ, quæ cœperunt currere, post litem contestationem desinerent currere, quod sane non fit, *d. l. lite, de usur.* Sed non, ut proponitur in *d. l. heres, §. ult.* si non incipient currere, non ideo fit deterior conditio, sed neque fit melior, neque deterior, arg. *l. bona fide, §. 1. ad Senat. Vellejan.*



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. VIII. QUÆSTIONUM PAULI;
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XXVIII. de Testam. milit. *Cum filiusfam. miles decessisset, filio impubere herede instituto, eique substituisset in avi potestate manenti, tutoresque dedisset, Divi fratres rescripserunt, substitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere: quia hereditati quidem suæ miles, qualem vellet substitutionem, facere potest: Veruntamen alienum jus minuire non potest.*

Ad L.XXIX. eod. *Si à milite scriptus heres sua sponte adierit hereditatem, & rogatus totam hereditatem restituerit, ex Trebelliano transeunt actiones.*

Ad §. Miles testamento suo manumittendo, nihil efficit in eo, cujus libertas lege *Ælia Sentia*, vel aliqua impeditur.

Ad §. Edictum prætoris, quo jusjurandum heredibus institutis, legatariisque remittitur, locum habet etiam in militum testamentis: sicut etiam in fideicommissis. Idemque si turpis esset conditio.

Ad §. Patri ejus, qui in emancipatione ipse manumissor existisset, contra tabulas testamenti dandam bonorum possessionem parvis debita placet: exceptis his rebus, quæ in castris adquisivisset, quarum liberam testamenti factionem habet.

HUJUS legis initium pertinet ad id, quod constitutum est, quodque vulgo jactatur, testamentum, quod miles fecit in castris, in fossato, jure militari, prætermisso ritu, ordine, solemnitate, quæ in testamento pagani requiritur, post missionem, id est, posteaquam desit esse in numeris, & paganæ conditioni redditus est, eodem jure valere intra annum duntaxat, id est, si vita decedat intra annum missionis suæ. Huic enim constitutioni locum esse docet, etiam in testamento jure militari facto, & herede instituto sub conditione, ipse quidem post missionem intra annum vitæ decesserit, sed conditio institutionis extiterit post annum, quia etsi non soleat retraheri conditio adscripta in testamento, *l. 1. §. servi, ad Sc. Syllan. l. 4. de an. leg. l. 2. §. id quoque, de collat. bon.* Placet tamen hoc casu eam retraheri favore militiæ, conjuncto tempore conditionis existentis cum tempore mortis, quæ contigit intra annum missionis, *§. sed hactenus, Instit. b. t.* Et ideo, inquit Paulus, si heredi filio substituerit, in casum scilicet mortis filii, id est, si filio testamentum fecerit, id quoque testamentum valet, quod pater ei fecit jure singulari, patre mortuo intra annum missionis, etsi post annum conditio substitutionis existat, puta filio post annum moriente, & locum faciente substituto. At quæso, cur ait heredi filio? An non idem est, si filio exheredato substituerit? si exheredato testamentum fecerit? Sane idem esse in exheredato docet *lex in fraudem, §. pen. h. t.* videlicet si filio impuberi, quem in potestate habet, in hunc casum substituerit, si impubes moriatur, quod testamentum pupillare valet, quia factum est à milite, & si sibi miles testamentum non fecerit, patre mortuo in militia, vel intra annum missionis, quamvis filius impubes moriatur post annum, & inducat substitutionem, *d. §. pen. & l. miles ita, §. si miles, & §. ult. hoc tit.* Si idem est in exheredato, cur ait, heredi filio? non est levis quæstio. Idem quidem est in exheredato, in eo, quod diximus, sed hoc interest, quod herede instituto substitutus capit tantum bona, quæ à patre ex testam. ad filium impuberem pervenerunt, legitimus autem heres filii capit bona, quæ filius postea adquisivit, *d. l. miles ita, §. pen. l. sed si plures, §. ad substitutos, de vulg. subst.* Ratio est, quia ut de suis bonis miles partim testari, partim non testari potest, partim habere testamentarium, partim legitimum heredem, *l. 6. & l. prox. sup. hoc tit.* ita & de bonis filii partim testari potest, partim non testari: atque adeo si eum heredem fecerit, eique substituerit in secundum casum, bonis suis

fuis substitutionem fecisse videtur, bonis suis tantum. Itaque bona, quæ postea obveniunt filio aliunde, redeunt ad legitimum ejus heredem, non ad substitutum. Substitutus autem filio impuberi exheredato, quem in potestate habuit, in hunc casum, si impubes moreretur; existente casu, & conditione substitutionis pupillaris, capit bona, quæ tunc filius habuit, veluti bona materna hodie, vel quæ postea habere cœpit, jure substitutionis, quæ recte fit exheredato filiofamilias impuberi, tum à pagano, tum à milite, *d. §. ad substitutos*. Quod si filio impuberi, quem non habuit in potestate, puta emancipato, vel manenti in potestate avi, in eundem casum substituerit, si moreretur intra pubertatem, multum interest, utrum heredi substituerit, an exheredi: Nam si heredi, substitutio valet, non quidem jure directo, quo jure non fit nisi filiofamilias, sed valet tantum jure fideicommissi, id est, in bonis patris duntaxat, quæ ex testamento patris consecutus est, *l. cum filiusfam. l. miles ita, §. pen. hoc tit.* Si exheredi facta sit substitutio, nullo jure valet, quia non possumus onerare fideicommissum eum, quem heredem non instituimus, nec si ampla legata ei relinquamus, fideicommissio scilicet hereditatis, sive substitutione precaria, *l. coheredi, §. quod si heredem, de vulg. substit.* Rursus ut omnes casus attingamus: si filio puberi substituerit æque in secundum casum hoc modo, si intra 25. ætatis annum vita decesserit, *Titius ei heres esto, vel compendio orationis non usque ad certam ætatem hoc modo, quandocumque vita decesserit, Titius ei heres esto, vel etiam si impuberi substituerit ultra pubertatem*: hoc casu etiam separandus est heres institutus ab exheredato: nam heredi instituto puberi, vel impuberi ultra pubertatem facta substitutio valet jure fideicommissi, id est, in iis tantum, quæ à patre ad eum jure hereditario pervenerunt, *l. centurio, de vulg. substit. l. precibus, C. de impub. & aliis subst.* Sicut si non filio, sed extraneo heredi substituisset in eundem casum, quod potest, ut valet jure fideicommissi in bonis tantum, quæ ex testamento consecutus est, *l. §. hoc tit. l. 6. in fi. C. eod.* Exheredato autem filio puberi, vel impuberi, ultra pubertatem facta substitutio nullo jure valet, *d. §. quod si heredem*. Idemque hac in re jus est militis, & pagani, nempe, ut uterque ab exheredato frustra relinquat fideicommissum hereditatis. Quare recte in *§. ult. Inst. de pup. subst.* extraneo, & filio puberi heredi instituto directo, substitui non potest in secundum casum: sed per fideicommissum potest. Recte, inquam, heredi instituto, quia exheredato filio puberi, nec fideicommissi verbis substitui potest. Et ita hic locus satis difficilis explicandus est.

Ad §. Miles. Quod constitutum esse diximus, ut testamentum à milite factum in castris jure militari, non autem jure communi civium Romanorum, eodem jure militari valeat post missionem, intra annum militiæ, id in primis sciendum est de missione tantum honesta intelligendum esse, vel de causaria, quæ & ipsa honesta est, *l. 8. de excus. tur. l. 8. C. de re mil. lib. 12. C.* Cæterum honesta proprie est, quæ emeritis, & impletis stipendiis indulgetur, id est, impleto justo tempore militiæ. Causaria missio est, quæ verbi gratia ob causam, id est, morbum, aliudve corporis, vel animi vitium indulgetur. Utraque exprimitur in SC. quod refertur in epist. Cœlii ad Cic. his verbis, *senatui placere auctoritatem præscribi, &c.* Si missio fuerit ignominiosa, quæ dimissum militem infamem facit, testamentum ejus statim jure militari valere definit, *l. testam. hoc tit. l. 5. C. eod. tit.* Qua de causa exigitur in hoc §. ut testator non ignominie causa mittatur, ut testamentum ejus valeat jure militari post missionem, vel post militiam intra annum, sive intra annum militiæ, ut loquuntur: nam promiscue dicitur intra annum missionis, & intra annum militiæ: id est, post missionem, vel post militiam intra annum, *l. in fraudem, §. 1. hoc tit.* & post annum militiæ, post annum missionis, *l. milites, §. ult. h. tit.* Species autem hujus §. hæc est: Miles testamentum fecit, in militia: deinde sacramento solutus est, & honeste dimissus: mox cinctus est in alia militia. Cincti, vel ut veteres loquebantur *cinctui* proprie milites dicuntur, quia quum referuntur in numeros, cingi jubentur

armis, & baltheis, *l. Titius, l. pen. h. tit.* Unde Virgil. *Cincti fulgentibus armis.* & alio loco, *Impulsi bos cingi telis.*

Et apud Paulum corrupte in *l. 3. si pars hered. pet. & tergeminos Senatores cinctos vidimus Horatios*: corrige, Cinctos, quia milites, non senatores usquam cincti dicuntur, nisi & milites sint: nec potuit Paulus vidisse tergeminos Horatios, sed vidit forte sua ætate tergeminos Senatores Cinctos, à quibus Cincia, locus Romæ auctore Festo, ubi monumentum Cinciorum fuit, & tolle illud quasi emplastrum, *Horatios: quia vidimus*, inquit, & non potuit Paulus vidisse tergeminos Horatios Senatores. Quæritur autem hoc loco, *an testamentum ejus, quod in castris fecit, in militia, valeat, si aliquandiu intervallata fuerit militia*, id est, si priore honeste dimissus sit, deinde cinctus in alia? Et distinguit. Aut jure militari id fecit, aut jure communi. Si jure communi, testamentum valet. Si militari, distinguit iterum: aut intra annum missionis denuo cinctus, & in numeros relatus est, aut post annum: si post annum, certe testamentum jure militari valere non potest: si intra annum missionis recinctus sit, quo tempore adhuc valebat testamentum jure militari, poteratque idem rursus eodem jure testamentum facere: si denique intra annum missionis assumptus sit in aliam militiam, & post annum missionis primæ, vita decesserit, licet alia sit militia à priore ea, in quam assumptus est, & in qua decessit post annum solutæ prioris militiæ. Ait tamen humanius esse dicere, quasi conjuncto militiæ munere, id est, quasi conjuncta utraque militia, testamentum jure militari valere, quod in priore militia fecit, etiamsi assumptus in posteriorem militiam id nullo signo ostenderit, se ratum esse velle. Nam si hoc ostenderit, nullus est labor, nulla dubitatio, quia videtur factum testamentum in militia posteriore, quod fecit in priore, quia scilicet id ratum fecit in posteriore: ut & quod paganus fecit, antequam militaret, si in militia ratum fecerit, videtur factum in militia, & jure militari valet, *l. 9. l. in fraudem, §. testam. l. 20. l. Titius, §. 1. hoc tit.*



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. IX. QUÆSTIONUM PAULI.
RECITATIONES SOLEMNES.

D Ad L. XXIV. de Lib. & post. *Postuma sub conditione heres instituta, si pendente conditione vivo patre nascatur, rumpit testamentum.*

SCIENDUM est, postumos liberos cujuscunque sexus silentio præteritos, id est, neque heredes institutos, neque exheredatos, quod valuit ab initio testamentum agnascendo rumpere: sive post mortem testatoris agnascantur, sive post testamentum vivo testatore. Hoc est certissimum. At quid dicemus, si instituti sunt sub qualibet conditione? Et siquidem existerit conditio priusquam nascerentur, nascendo non rumpunt testamentum, *l. cum post, hoc tit.* quia eo tempore, quo nascuntur, pura institutio est. At si pendente conditione nascantur, mortuo, vel etiam vivo patre, ut hoc loco proponitur, testamentum rumpunt: quia institutio, quæ pendet, pro eo est, ac si non esset, *l. filius à patre, hoc tit.* Quid si defecta conditione nascantur? Et hoc casu jure civili, quod obtinuit ante Justin. differentia quædam est inter postumum, & postumam: nam si postumus sub conditione heres institutus sit, & deficiat conditio, antequam uti oportuit nasceretur, agnascendo testam. rumpit, quia in defectum conditionis uti oportuit, ne testamentum rueret, nominatim exheredatus non est. Postuma autem, quæ agnascitur post defectam conditionem institutionis, non rumpit testamentum, quia inter cæteros videtur exheredata: ergo non præterita, & soli præteriti rumpunt. Quamobrem, ut opinor, cum hoc de postumo subditurus Paulus esset, hoc loco sermonem instituit de postuma,

ma, non de postumo, postumam scilicet natam pendente conditione, sub qua heres instituta erat, etiam vivo patre, testamentum rumpere. Subjecerat enim natam eam, tamquam jam defecta conditione non rumpere testamentum. Et hac in re distare à postumo: alioqui frustra dicit postuma, si idem est in postumo. Et sane in casu proposito idem est in postumo, & in postuma, ut natus, natave pendente conditione rumpat testamentum. Sed quia non erat idem in utroque, in casu subdito ab ipso Paulo, ideo dixit postuma, non postumus, nam si pendente conditione natus postumus testamentum rumpit: & multo magis natus conditione defecta: non si sit postuma; quia in defectum conditionis exheredata videtur inter ceteros. Postumus erat exheredatus nominatim, nempe hoc modo, *si quis mihi filius gignitur, exheres esto*. Postuma exheredabatur recte etiam inter ceteros, dummodo ei aliquid legaretur, §. *postum. Instit. de exhered. lib. & vlp. lib. sing. reg. tit. qui heredes institui possint*. Inter ceteros, id est non nominatim, sed à *oeror* hac generali clausula, quæ post institutionem heredum testamento inferi solebat, *ceteri exheredes sunt*, id est, ceteri liberi, parentes, agnati, cognati, exheredes sunt. Ideo autem prætermisit Tribonianus, quod Paulus subjecerat, postumam scilicet non rumpere testamentum, in quo heres instituta esset, sub conditione, *si nasceretur post defectam conditionem*: id, inquam, prætermisit, quia hodie ex constit. Justin. idem juris est in postuma, quod in postumo, id est, utrique nominatim exheredantur, l. ult. C. de lib. præ. Et ita hæc lex explicanda est.

Ad L.LXXXI. de Hered. instituend.

Sequitur L.81. de hered. inst. Clemens, inquit, Patronus testamento caverat, &c. Ubi patronus neque officii, neque honoris nomen est, sed proprium nomen, ut Patrona in inscriptione legis precibus, C. de impub. & aliis subst. Aliter Patronus, in l. ult. de jure fisci, vel ut sæpe in epist. Symmachi, Patruvius. Species autem est apertissima. Clemens Patronus moriens testamento postumos heredes instituit, ita scilicet ut si sibi filius natus fuisset, heres esset ex æsse: si filia similiter: si duo filii, heredes essent ex æquis partibus, si duæ filiae similiter: si filius & filia, filius heres esset ex besse, filia ex triente, neque quidquam amplius adjecit. Nati sunt duo filii, & una filia, in quem casum Clemens nihil cavet testamento. Quæritur, quemadmodum inter eos faciendæ sint partes hereditatis? Et prudenter docet, quam rationem voluit testator servari inter duos filios, & inter filium, & filiam, eandem esse servandam inter duos filios, & filiam, cum duo filii, & filia nati sunt, ut scilicet duo filii æquas partes habeant, & singuli altero tanto amplius, quam soror, ut inter fratres sit æqua proportio, inter fratrem quemque, & sororem dupla. Itaque as dividendus est, ut ait, in quinque partes, ut ex iis binas singuli filii habeant, filia unam, vel quantum potest ratione revocata ad solemnem distributionem assis, ut singuli filii habeant trientem, & semunciam, filia sextantem, & sicilicum, & tres sicilici, qui excurrunt, similiter inter eos dividantur servata proportione Geometrica, lita scriptum, §. 1. hoc tit. At quæso, quid dicimus si natus sit unus filius & duæ filiae? Et consequenter superioribus: hoc casu filio dandus est semis, singulis filiabus quadrans, ut duplo plus habeat filius, quam filiae singulae, aut (quod idem est) tantum quantum duæ filiae. Et ita Accursius recte. Sequitur alia quæstio in §. si ita scripserit, in qua agitur aliquid de captatoria institutione. Captatoriae institutiones SC. improbantur. Et captatoriae institutiones sunt institutiones factæ sub conditione collata ad testam. quod is faciet, non quod fecit, qui heres instituitur, l. captatorias, sup. hoc tit. hoc modo, *quanta ex parte me Titius heredem fecerit, & ex ea mihi heres esto*, l. 1. in fi. de his, quæ pro non script. hab. quomodo sane perquam evidenter a vide testator captat hereditatem Titii, quasi missa linea, & jactato hamo. Captatoria institutio est hamata, viscata institutio. Et similiter captatorium legatum, quod etiam est inutile, qualia sunt plerumque munera Monachorum, & stelloquum, sunt

munera in hamo. Idque vitium captationis testamento inest, si testator eo modo non Titium heredem instituat, sed alium forte Titio carissimum, puta filium, aut summum amicum. At qui heredem instituit hoc modo, *quanta ex parte me Titius heredem fecit, vel factum habet, ex ea mihi heres esto ipse, vel filius ipsius*, collato sermone non in futurum, ut in exemplo captatoriae institutionis, sed in præteritum, aut præsens tempus, *quanta ex parte fecit, vel factum habet*, sane non captat, nec captare potest hereditatem, quam jam habet sibi datam testam. Titii, non repositit gratiam parem, ut in captatoria institutione, sed refert, & hæc institutio valet, l. 2. l. ille autem, hoc tit. Et ita recte ait hoc loco, *captatoriam institutionem non esse, si quis ita scripserit, quanta ex parte me à Titio heredem institutum recitasset, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, quia institutio Sempronii confertur in præteritum tempus, sicut melius esse arbitror accipere illa verba: Institutio, inquam, Sempronii confertur in præteritum tempus, id est, in testamentum, quod jam ante Titius fecit, & in recitationem futuram ejus testam. Ut hic sit sensus, *quanta ex parte me à Titio jam heredem institutum post recitasset, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, ut sit duplex conditio institutionis: una, si me fecit Titius heredem: altera, si me recitavero heredem, vel si me recitasset heredem. Duplex est conditio, & utramque impleri oportet igitur. Itaque tamen si prior conditio jam sit impleta, atque ideo captatoria institutio non sit, tamen non aliter valebit institutio, quam si testator recitaverit testamentum Titii, & nuncupaverit publice, in foro, vel basilica, ut fieri solebat: denique non recitato testamento Titii, inanis est institutio: non quia est captatoria, neque enim hoc vitio laborat, & longe ab eo remota est, ut ait, suspicio captationis, sed quia defecit altera conditio non recitato testamento Titii. Aliud esset dicendum, si dixisset hoc modo: *Ex qua parte Sempronium heredem scripsero, ex ea heres esto*, quia valet institutio etiam nulla parte adscripta postea, quali facta sine parte, ut in l. 36. hoc tit. sed hoc casu ita jus est, in casu l. 36. hoc tit. quia idem est in conditione, & in institutione. In specie proposita alius est in conditione, alius in institutione. Et nihil est amplius in hac l.

Ad l. 24. de lib. & post, quam ante exposui, habeo quod addam aliquid. Postuma, inquit, sub conditione heres instituta, si pendente conditione vivo patre nascatur, testamentum rumpit. Cur ait vivo patre? nam si patre mortuo pendente conditione nascatur, interim videtur exheredata inter ceteros, & ideo non rumpit testamentum. Sane ita est. At postumus rumpet testamentum, si vivo patre, si vivo mortuo nasceretur. Non frustra igitur dixit de postuma vivo patre.

Ad L. XLIII. de Vulg. & pupil. substitut. Ex facto queritur: *Qui filium habebat mutum puberem, impetravit à principe, ut mutuo substituere ei liceret, & substituit Titium: mutus duxit uxorem post mortem patris: & nascitur ei filius: quæro, an rumpatur testamentum? Respondi: Beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Verum voluntatem principis inspicientibus, potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius ejus in eadem valetudine perseverat, & ut quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita princeps imitatus sit jus in eo, qui propter infirmitatem non potest testari: Nam etsi furioso filio substituisset, diceremus desinere valere testamentum, cum resipuisset: quia jam posset sibi testamentum facere: etenim iniquum incipit fieri beneficium principis si adhuc id valere dicamus, auferret enim testamenti factionem homini sanæ mentis. Igitur etiam adgnatione sui heredis dicendum est rumpi substitutionem: quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an jure habere cepit suum heredem: nec enim aut patrem, aut principem de hoc casu cogitasse, verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamenti factionem: utrum in personam unius, an complurium.*

Ad §. Item quæro: si ita facta proponatur substitutio: filius meus si intra decem annos decesserit, Titius heres esto: si intra

intra quatuordecim, Mævius: filiusque octo annorum decesserit, utrum Titius solus ex substitutione ei heres erit, an & Mævius: quia certum est, & intra decem, & intra quatuordecim annos filium decessisset respondi, omne quidem spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, sed finis huius pubertatis est: magis autem est in utroque eorum tempus suum separasim servari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur.

Ad §. Lucius Titius, cum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, & ei substituit filios: quaesitum est, an institutio uxoris nullius momenti sit, eo quod ab eo gradu filii non essent exheredati: respondi: cum gradum, à quo filii præteriti sunt, nullius esse momenti: & ideo, cum iudem substitui proponantur, ex testamento ejus heredes extitisse videri: scilicet quia non totum testamentum infirmant filii: sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit: sicut responsum est, si à primo sit filius præteritus, à secundo exheredatus: nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat: utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est.

Ad §. Julius Longinus pater, eos, quos sibi heredes instituerat, filio ita substituit, quisquis sibi heres esset. Unus ex heredibus institutis, qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capientem partem ex eo, quod acceperat daret, ad substitutionem, impuberis admissus, virum pro ea parte, pro qua scriptus fuit veniat: an vero pro ea, quam cepit, ita ut augetur ejus pars in substitutione? respondi. Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur, nec desinet heres esse, licet res, quæ ita relictae sunt, auferantur, unde & ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in quantum scriptus esset: satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges. Quinimo, etsi desineret heres esse, idem dicerem: quemadmodum intelligendum est in eo, qui cum scriptus esset heres, postquam adisset hereditatem, in servitutem redactus est, & postea libertate donatus: cui permissum est ad substitutionem venire, quæ ei in testamento fuerat relicta: licet enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, quantum amisit percepturum.

Nunc venio ad leg. ex factis 43. de vulg. & pupill. substit. Ante omnia meminisse debemus, moribus comparatum esse, ut parentes liberis impuberibus, quos in potestate habent heredibus institutis, vel exheredatis, non etiam præteritis, substituere possint in hunc casum: Si intra pubertatem vita decesserint, qui secundus casus dicitur, l. Lucius, hoc tit. l. precibus, C. eod. tit. Primus casus ille est, in quem concipitur substitutio vulgaris, puta, si heres non erit: substituere autem liberis impuberibus in secundum casum plane est testamentum eis facere, qui per ætatem sibi ipsi testamentum facere nequeant. Sed est temporale testamentum, quia finitur pubertate, ut in hac l. Paulus ait duobus locis, l. 14. sup. hoc tit. l. si frater, C. de fideicom. finitur pubertate, quia jam pubes potest sibi testamentum facere, & incivile atque iniquum est, ei auferre testamenti factionem, aut ei facere testamentum, qui ipse sibi facere potest. Moribus hanc esse parentibus datam potestatem Ulpianus ait in l. 2. hoc tit. & jure civili Paulus hoc loco, ut quæ dicitur moribus esse interdicta donatio inter maritos, l. 1. de donat. inter vir. & uxor, l. 27. de pass. dotal. jure etiam civili interdicta dicitur, l. 5. si quis certam, de jur. dot. l. 4. de donat. inter vir. & uxor. quia juris civilis summæ partes duæ sunt, leges & mores. Pars vero hæc est patris potestatis, ut possit pater facere testamentum, & heredem dare quem velit filio impuberi, quem habet in potestate, qui ipse sibi per ætatem testamentum facere non potest, usque ad pubertatem duntaxat: nam huic substitutioni finem affert pubertas, ut dixi. Qua de causa, & substitutio pupillaris dicitur, & testamentum pupillare, quod consistit tantum intra pupillarem ætatem, nec porrigitur ultra eam ætatem. Et sic pars alia patris potestatis est, ut possit pater tutorem dare filio impuberi, quem habet in potestate: quod & patri jure civili permissum est, id est, 12. tabulis, l. 1. de testam. tut. l. impuberi, de adm. tut. sed ut substitutio pupillaris, ita tutela finitur pubertate: puberi pater tutorem dare non potest, l. 6. de confirm. tut. Puberi

Tom. II, Pag.

quoque pater heredem dare non potest verbis directis facta substitutione in secundum casum. Quid tamen si filius pubes ejus conditionis sit, ut sibi testamentum facere non possit? fac esse furiosum, aut mentecapum, fac esse mutum, & elinguum: an poterit pater, qui eum habet in potestate, & in eo imitari, & exercere jus, quod mores ei dederunt in filio impubere: ut quemadmodum filio impuberi testamentum facere potest, qui sibi per ætatem nequit facere testamentum, eodem exemplo faciat etiam puberi furioso, vel mutuo, qui propter adversam valetudinem testari non potest, ita scilicet ut sicut factum impuberi finitur pubertate, sic factum puberi furioso finitur resipiscentia, & factum mutuo loquentia, id est, fandi facultate recepta? Respondeo jure civili idem non licuisse patri in filio pubere furioso, vel mutuo, nec licere etiam hodie in mutuo, nisi ex permisso, & beneficio principis, quo permittente etiam mutus ipse sibi testamentum facere potest, l. 7. sup. qui testam. fac. poss. non licuisse, inquam, furioso substituere in secundum casum, sine speciali beneficio, & venia principis: hodie furioso licere ex constit. Just. etiam non petita venia à principe, l. humanitatis, C. de impub. & al. subst. l. ult. §. si autem, C. de curat. furi. Sed hoc non licere, nisi parentibus, qui liberos furiosos in potestate habent: non ergo matri, aut avo materno: non item parentibus virilis sexus, id est, per virilem sexum descendentes furiosis emancipatis. Nam hæc substitutio imitatur quantum potest substitutionem pupillarem, & ad exemplum ejus comparata est. Proinde & informanda ad exemplum ejus: nisi si quid nominatim exceptum sit constitutione Justiniani, sicut exceptum illud est, ut parens furioso, vel mentecapto, non quemcunque volet substituere possit, sed liberos tantum ab eo descendentes, vel fratres, qui compotes mentis sunt: nam impuberi substituere potest quemcunque volet: Quod autem ajunt DD. etiam parentibus, qui liberos furiosos non habent in potestate cujuscunque sexus, substituere licere in secundum casum, id depromunt ex suo jecore: nam nihil tale invenies in constitutione Justin. quæ dat parentibus hanc potestatem, puta patri, avo, proavo. Quod ad exemplum pupillaris attinet, cujus nullam addit in ea re exceptionem Justinianus, nullum προσδιορισμὸν, sane ad exemplum pupillaris accipiam omnino de eis tantum parentibus, qui mente captos in potestate habent.

Quod item ajunt DD. furiosis exheredatis non licere parentibus substituere, etiam falsum est atque vitiosum: nam quod lex humanitatis exigit, ut legitima portio eis relinquantur, hoc non est, ut heredibus tantum institutis substituatur, quia legitima relinqui potest etiam alio titulo, quam institutionis, sed ut legitimam eis relinquatur, ne evertant testamentum, per querelam inofficiosi testamenti, aut per bonorum possessionem contra tabulas, quo genere corrueverit etiam secundæ tabulæ, l. Papinianus, §. sed neque, de inoff. test. His cognitis, sige. Pater impetravit à Principe, ut sibi liceret filio suo puberi mutuo, quem habebat in potestate, uni filio, vel pluribus filiis, nihil refert, eodem vitio affectis: ut iis, inquam, sibi liceret substituere in secundum casum, id est, facere testamentum; & substituit ei, vel eis Titium, deinde, ut ponit, post mortem patris uxorem duxit mutus, neque enim prohibetur mutus nuptias contrahere, l. mutus, de jure dot. cap. 23. de spons. & matrim. quia nuptiæ nudo consensu contrahuntur, non verbis, aut re. Post mortem ergo patris mutus uxorem duxit, & ex ea filium procreavit. Quæritur, an quia in testamento, quod ei fecit pater, is filius præteritus est, an agnatione ejus testamentum, sive substitutio, quam ei pater fecit, rumpatur? Quæso cur ponit Paulus, ei post mortem patris natum fuisse filium? An non & vivo patre potuit uxorem ducere, & filium procreare? Sic sane. Non est igitur otiosum, quod ponit, ut congrue quærat, an agnatione ejus rumpatur institutio: nam substitutio, vel testamentum non rumpitur nisi agnatione sui heredis præteriti, & suus heres mutuo non nasceretur, qui nasceretur vivo patre, in cujus potestate est. De eo autem quæri, & disceptari ait Paulus ex factis, l. 1. de vulg. & pupill. substit.

X x x

id est,

id est, ex facti contingencia, ut Theophilus loquitur *Instit. de fideic. hered.* Demonstro otiosam hanc quaestionem non esse, sed usum forte natae rei ita tulisse, ut de ea quaeretur. Et verum quaestio pendet ex interpretatione beneficii principalis, quo patri permillum est muto puberi filio substituere, an id beneficium latissime accipi debeat, sicut dicitur in *l. pen. de const. princ.* beneficia principum esse plenissime interpretanda: an igitur beneficium illud ita accipi debeat, ut pater substituatur ei in infinitum, adeo ut nec substitutio rumpatur agnatione sui heredis? Et respondet Paulus, beneficia principalia ipsos principes interpretari solere, non temere alios quoscunque, quod & Justinianus ait initio *Novell. 143. de rapt. mul.* & interpretationem principis vim legis obtinere in *Novel. 138.* Plinius ad Trajanum: *Rogo, ut beneficia tua interpretari ipse digneris.* Symmachus ad Theodosium: *nos venerari potius, quam interpretari oracula divina consuevimus.* Et ita quidem est, beneficia principalia ipsos principes interpretari solere, non temere alios quoscunque. Verum audeamus aliquid. Inspiciamus mentem animi principis, qui patri concessit, ut muto puberi filio substituere liceret. An voluit princeps eam substitutionem valere in infinitum? An & si filius loquendi facultatem reciperet (quod non est verisimile) videtur enim princeps imitatus exemplum, & jus substitutionis pupillaris, quae finitur pubertate. Et ideo facta muto substitutio, etiam finietur loquendi facultate recepta: sicut facta furioso, finietur mentis sanitate recepta, quia jam potest qui mentis, & linguae suae compos est, sibi testamentum facere: & iniquum est libero homini puberi, & sano, auferri testamenti factionem, quod eveniret, si testamentum muto factum valeret, etiam postquam is muus esse desiit: & in dubio ea interpretatio amplectenda est, quae nihil captionis, nihil iniquitatis habet. Substitutio igitur facta muto, finitur vitio illo sublato, cum jam ipse sibi alium heredem instituere potest. Ex quo efficit, finiri quoque eam debere agnatione sui heredis, quia nihil interest, alium sibi postea heredem instituerit, id est, instituire potuerit, an jure habere coeperit suum heredem: ex justis nuptiis, quia non est verisimile, patrem, aut principem de hoc casu cogitasse, ut filium, qui postea nasceretur, exheredaret.

Ad §. Primum, & secundum. Quae sequitur species, est plusquam facillima: Pater filio impuberi substituit Titium in secundum casum, si intra 10. annum decederet, & Mævium, si intra 14. Is octo annorum decessit. Quæritur, utrum solus Titius ei heres sit ex substitutione, an & Mævius? Causa dubitandi hæc est, quia verum est, eum decessisse intra 10. & 14. annos, qui octo annorum decessit. Et respondet tamen, solum Titium heredem fore, ut in utroque substituto Titio, & Mævio suum tempus separatim servetur, nisi aliud senserit testator. Nihil est evidentius. Etiam satis aperta est tertia species, quae sequitur in §. Lucius Titius, uxorem heredem instituit ex asse, & ei filios suos, quos habebat in potestate substituit in primum casum, quae est substitutio vulgaris, filios igitur à primo gradu institutionis præterit: quia neque eos eo gradu instituit, neque exheredavit: Itaque nullus est primus gradus, nulla institutio uxoris, & testamentum incipit à secundo gradu, id est, à substitutione vulgaris, quia eo gradu filii substituti inveniuntur, non præteriti. Et ideo ex eo gradu statim ipso jure heredes existunt & sine aditione, & sine bonorum possessione, *l. 1. §. qui sunt, si quis omis. caus. test.* Ex quo apparet præteritionem filiorum non infirmare totum testamentum, sed eum tantum gradum, à quo præteriti sunt: nam etsi à primo gradu filius sit præteritus, à secundo exheredatus, testamentum incipit à secundo gradu, perempto tantum primo gradu. Et hæc fuit sententia Sabinianorum, quae obtinuit. Proculiani existimabant præteritione filii totum testamentum infirmari, *l. 3. §. ult. de lib. & postum. l. 75. de hered. inst.* Quod etiam hic proponitur, & responsum est, inquit, à Sabinianis scilicet. Deinceps igitur, ne dicamus, testamentum valere: non valere in quo filius præteritus est, hoc plerumque falsum est: quia uno tantum casu est ve-

rum, si filius præteritus sit ab omnibus gradibus. Sed dicamus non valere eum gradum, eamve partem testamenti, in qua filius familias præteritus est, addita tantum hac exceptione, nisi primo gradu institutus sit, secundo præteritus. Tunc enim uterque gradus valet, quia à secundo exheredari non debuit, qui in primo institutus erat, *l. si postumus, §. quod vulgo, de lib. & postum.* Contra, si primo gradu sit exheredatus, secundo præteritus, primus tantum gradus valet, non secundus, quia exheredari etiam debuit à secundo. Unde ita concludit in hoc §. Lucius, nihil interesse, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est. Ubi illis verbis, *secundi heredis institutio*, periphrasis est substitutionis.

Ad §. Julius Longinus. Parentes liberis impuberibus in potestate manentibus, etiam exheredatis testamentum, si ve substitutionem pupillarem facere possunt, & existente casu substitutionis, puta liberis morientibus intra pubertatem, ad substitutum pertinent bona, quae liberi post mortem parentum adquisiverunt, vel quae tunc habuerunt propria. Exheredatis, inquam, non quia heredes, sed quia liberi sunt, eis parentes substituunt, *l. 1. §. pen. l. 10. §. ad substitutos, b. s.* Et his quidem liberis exheredatis, quamvis quemlibet substituere possint, nominatim tamen plerumque substituunt eosdem, quos sibi heredes instituerunt, ut puta hoc generali sermone: *Quisquis mihi heres erit, eidem filio meo impuberi heres esto.* Ex qua substitutione, si plures sint heredes instituti, filii mortui intra pubertatem, heredes efficiuntur pro rata partium, ex quibus heredes instituti sunt: id est, quantam quisque habet partem in institutione, tantam habet in substitutione, *l. 8. in fine, l. 10. in princ. hoc tit.* Unde quæritur hoc casu, si pars hereditaria unius ex heredibus institutis, iisdemque filio impuberi substitutis diminuta sit, utpote si in fraudem legum, Juliae scilicet, & Papiæ ille heres tacitam fidem testatori dederit, aliquid ex sua parte se daturum incapaci, veluti cælibi, aut orbo jure veteri, idque jure suo, ut potest, ei fiscus eripuerit, atque adeo non coeperit integram partem suam, ex qua heres scriptus fuerat, quoniam ex ea fiscus carpsit portionem aliquam, de sua restituenda incapaci fidem dederat tacitam, quod palam non posset incapaci utiliter relinquere fideicommissum. Quæritur, inquam, utrum pro ea parte, quam coepit, & retinet, an vero pro ea parte, pro qua heres scriptus fuit, veniat ad substitutionem pupillarem, ita ut augeatur, inquit, ejus pars in substitutione, id est, ut plus ferat ex substitutione pupillari, quam ferat re ipsa ex institutione? Et hoc loco verba Pauli ita videntur esse trajicienda. Utrum pro ea parte, quam coepit veniat, an vero pro ea, pro qua scriptus fuit, ita ut augeatur, &c. Ex Paulo hæc postrema sententia placet magis, ut scilicet ad substitutionem veniat pro parte sibi adscripta in institutione in solidum, etiam si postea ea pars diminuta sit: hac ratione, quia qui ex parte heres scriptus est, adita semel hereditate, ex ea heres manet, licet ei & ex ea parte res quasdam fiscus auferat ob causam taciti fideicommissi, id est, ob id, quod tacitam fidem accommodavit, ut eas res incapaci restitueret. Imo & eadem ratione, etsi totam partem suam ei fiscus auferat, veluti trientem, si ex triente sit scriptus, & tacitam fidem accommodaverit restituendi trientem incapaci: nam & hoc casu pro triente heres manet, etiam triente toto ei erepto, qui semel adivit ex triente, atque adeo pro triente ad substitutionem pupillarem admittitur, qui semel heres existit ipso jure, vel aditione publicatione hereditatis heres esse non desinit. Sed & pro qua parte heres existit, pro eadem heres manet, sed heres sine re, quia publicata sunt bona, publicata res est, & in fiscum transit. Eadem vero ratio est augmenti, & diminutionis (ut & hoc obiter dicam) nam si ejus heredis pars aucta sit jure ad crescendi, vel alluvionis jure, ut *l. 44. §. ult. de bon. libert.* non pro parte, quam nunc habet, quae longe major est, sed pro qua heres scriptus fuit, pupillo heres efficietur ex substitutione pupillari, ut servetur eadem ratio in augmento, quae servatur in diminutione, & deces-

decessione : Quod autem diximus eum , qui semel heres exstitit , publicatione hereditatis non desinere esse heredem , generaliter procedit & aliis plerisque casibus , ut qui semel heres exstitit ex substitutione vulgari , repudiante scilicet instituto , postea herede instituto , auxilio prætoris restituito in integrum obtinendæ hereditatis causa , quam inconsulto repudiavit , nihilominus heres manet , qui semel heres exstitit , sed heres sine re , quia heres primo gradu institutus ei rem aufert beneficio restitutionis in integrum , l. 7. §. sed quod Papin. de minor. Prætor nec heredem facere potest , nec exheredem : non potest etiam alius quisquam , veluti coheres coheredem , quem ipse heredem non fecit , facere exheredem , sibi vindicato asse toto , l. ei , qui solvendo , sup. i. prox. Lex sola , sive jus civile exheredem facere potest : etiam eum , qui semel heres exstitit , non prætor , non coheres , non fiscus , sed lex sola . B
Quod infra demonstrabimus quatuor exemplis . Item suus heres , qui parenti ipso jure heres exstitit , si auxilio prætoris jurisdictionis , ut sit , abstinuerit se bonis , nihilominus heres manet , eadem ratione , quia pater exheredem facere non potest , sed heres sine re : heres nomine , non re . Quod tamen non est sine effectu aliquo , quia & nudum nomen heredis conservat tabulas pupillares , & libertates , & cæteras testamenti , vel intestati causas : qui abstinuit se , heres est , sine re igitur , quia res desertur sequentis gradus cognato , l. cum quasi , §. sed est suus , de fideicomm. libertas . l. etsi ex modica , §. pen. de bonis libert. Item , qui semel aditam hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano restituit , forte non detracta Falcidia , quia maluit plenam fidem defuncto exhibere , quam uti beneficio legis Falcidiæ , vel quia à prætorè coactus adiit , qua ex causa amittit Falcidiam : Denique qui restituit totum assem , totam hereditatem fideicommissario , nihilominus heres permanet , sed & is heres est sine re , res transit ad fideicommissarium , §. restituta , Instit. de fideicomm. hereditas . Et ita in specie proposita , qui ex triente heres scriptus adjit hereditatem , heres manet ex triente , licet incolumis & integer triens apud eum non remaneat , à fisco erepta ei parte ex eo , quod cepit , vel erepto toto ob causam taciti fideicommissi . C
Quod si heres manet ex triente jure institutionis , consequens est , ut etiam jure substitutionis habeat trientem in pupilli bonis . Et ita concludit Paulus , addita etiam hac ratione , quia & satis punitus est in eo , quod in fraudem legum fecit , adempta aut rescissa parte ejus . Quamobrem idem etiam dicendum videtur , si desinat heres esse , ut deinde hic probat Paulus . In casu proposito non desinit heres esse ex institutione , & multo magis ex substitutione , & fert tantam partem , quanta ex parte jure institutionis heres fuit , & manet . Sed idem tamen est dicendum , si desinat heres esse , veluti si post aditionem rescisso testamento pro parte sua querela inofficiosi testamenti , quo genere , etsi desinat heres esse ex institutione lege Glicia , quæ querelam illam induxit , nihilominus postea ex substitutione pupillari heres esse potest , quæ est sententia leg. in substitutum , hoc iis . Idemque est , ut hoc loco ostendit , si desinat esse heres maxima capitis deminutione . Finge : heres scriptus post aditionem , in servitutem redactus est : hæc est maxima capitis deminutio : & omnis capitis deminutio manet ex jure civili , ac proinde quasi jure civili heres esse desit , qui extiterat semel , quia ut libero homini ei delata est hereditas , non ut servo , & quamdiu in servitute erit , quia non est heres patris , qui ita eum substituit impuberi filio , si sibi heres esset , vel quisquis mihi heres erit , &c. Ideo non poterit venire ad substitutionem : sed si manumittatur antequam conditio substitutionis existat , postea existente conditione substitutionis ei permittitur , ut ait , ad substitutionem venire , quæ ei in testamento fuerat relicta (substitutio relinqui dicitur , id est , hereditas pupillaris , ut institutio dari , id est , hereditas , l. 10. titul. sequens . & à Græcis l. 36. de statulib. ἡδρεῖδῃ ἢ ἐνταρῆς , adita est institutio) Ergo , qui trientem ex institutione ex testamento paterno amisit maxima capitis deminutione , non amittit eum tamen ex substitutione testamento pupillari , si moriente filio impubere donatus sit li-

Tom. II. Post.

bertate : licet , inquit , hereditatem ex institutione amisit , tamen ex substitutione istam portionem quantam amisit percepturum , non dicit quam amisit . Hanc enim amissionem non recuperat , sed quantam amisit . Denique desinit etiam heres esse jure civili , qui semel heres exstitit , testatore post mortem , & post adquisitam ab herede hereditatem damnato perduellionis l. Julia , §. per contrarium , de heredit. quæ ab in. est. def. vel etiam alio casu , si judicetur , qui adivit heres non esse , quia res judicata pro veritate habetur . Sed (quod notandum) his duobus posterioribus casibus , qui desit esse heres ex institutione , non potest etiam venire ex substitutione pupillari , quia evanuit testatore damnato perduellionis , vel judicato , quo pronuntiatum est eum heredem non esse , desitutum testamentum esse , atque desertum . Duobus autem prioribus casibus , qui desit esse heres ex institutione , potest venire ex substitutione pupillari , quia in duobus illis casibus substitutio pupillaris non evanuit , puta herede redacto in servitutem , vel testamento per querelam rescisso pro parte : dico rescisso per querelam pro parte , ut in d. l. in substit. & l. Papinian. §. sed nec impuberis , de inoffic. testam. pro parte rescisso testamento paterno manet pupillare . Sed si totum testamentum principale rescindatur per querelam inofficiosi testamenti , hoc etiam casu non potest venire ad substitutionem pupillarem , quæ evanuit in totum rescisso testamento principali , l. 2. hoc iis . Dixi eum , cui pars tota hereditatis ablata est , ex causa taciti fideicommissi posse venire ex substitutione pupillari . Huic sententiæ nihil obstat lex si totam , quam Accursius opponit , inf. de adquir. heredit. quia non loquitur de jure substitutionis , quod est personale , sed de jure adcrefcendi , quod est reale : adcrefcit enim rei , non personæ , ut alluvio . Et ait l. si totam , am partem , ut Florentini habent prisco more scriptum , pro si totam eam partem , am , pro eam , em , pro eum apud Festum : si totam eam partem , inquam , ex qua heres institutus est , tacite rogatus sit restituere incapaci , & ideo totam eam fiscus abstulerit . Evidentissimum est , inquit , si postea coheres ejus repudiet suam partem , ei nihil debere adcrefcere , quia rem non videtur habere , id est , quia heres est sine re , & rei adcrefcit , non personæ . Divus Ambrosius 9. Epist. ad Clementinum : heredes quosdam esse sine re , quosdam cum re : quod & Ulpianus lib. sing. regul. de bon. poss. eodem modo scribit , alios bonorum possessores esse cum re , alios sine re . Heredi sine re nihil adcrefcit jure adcrefcendi , attamen heredi sine re obvenire potest commodum ex substitutione pupillari , quia id personæ obvenit , non rei adjungitur .

Ad L. XXXIX. de Testam. milit. Si filius familias miles captus , apud hostes decesserit ; dicemus legem Corneliam , etiam ad ejus testamentum pertinere : sed queramus , si pater ejus in civitate decesserit , relicto nepote ex filio , an similiter testamentum patris rumpatur ? & dicendum est , non rumpi testamentum , quia ex eo tempore , quo captus est , videtur decessisse .

Summo jure , qui captus est ab hostibus , & apud hostes vita decessit , heredem ex testamento , vel ab intestato habere non potest , quia servus decessit : servi nulla est hereditas , nullus heres , l. 3. §. ult. de verbor. signif. Non sane ex testamento , quod fecit apud hostes , qui ipso jure nullum est , nec ullo casu convalescere potest , non etiam ex testamento , quod fecit ante captivitatem , quia captivitate irritum factum est . At quum decessit apud hostes , testamentum illud , quod fecerat ante captivitatem confirmatur ; & convalescit ex lege Cornelia ; perinde atque si in civitate decessisset eo ipso tempore , quo captus est ab hostibus . Fingit enim lex Cornelia eum , qui in captivitate decessit , momento ipso captivitatis decessisse , & nunquam in hostium potestatem pervenisse , & quasi conjungit tempus captivitatis cum tempore , sive momento mortis , l. 18. de capt. & postlim. rev. l. iusto , in fine , de usurpat. & usucap. l. Gallus , §. videndum , de liber.

X x x z

liber.

liber. & postum. l. 4. §. 1. de bon. libert. l. lex Cornelia, de vulg. subst. Hæc fictio legis Corneliæ hereditatem facit, quæ nulla erat: heredem facit, qui nullus erat summo jure. Legis propriam est heredem facere, vel exheredem, *l. filiusfam. ad leg. Falcid. l. in bello, §. si quis capiatur, de capt. & postl. rev.* Et hanc quidem legem Corneliam pertinere tam ad testamentum militum, quam ad testamenta paganorum certissimum est. An ergo pertinet etiam ad testamentum filiifamilias militis, qui post factum testamentum jure militari de castrensi peculio, captus apud hostes decessit? Et ad ejus quoque testamentum, fictionem legis Corneliæ pertinere pro certo constituit Paulus initio hujus legis, eoque posito, & constituto; Sed quæramus, inquit, si pater ejus prius in civitate decesserit relicto nepote ex filio, an similiter testamentum patris rumpatur. Quid hic facit illud, *similiter*, aut quid significat? Locus est difficilis. Interpretatio quoque Accursii subobscura, sed vera tamen, quam & Dynus, & Angelus, & Albericus sequuntur: ceteri hunc locum inexplicatum relinquunt. Vera, inquam, est interpretatio Glossæ, veræ glossæ omnes hujus legis si modo in glossa ult. (ut recte legi in manuscriptis) negative legas hoc modo: *& ita eo tempore, quo filium suum in potestate non habebat*: Sic vero interpretatio Accursii nobis explicanda, & ad facilitatem redigenda. Ex eo, quod Paulus proposuit initio hujus legis, legem Corneliam etiam ad testamentum filiifamilias militis, qui in hostium potestate decessit, pertinere, ex eo intulit Paulus, quod tamen prætermisum est, postumum, & agnatum, nempe filiosfamil. post captivitatem, post captivitatem igitur filiifamilias postumum ei agnatum vivo avo, in cujus avi scilicet testamento præteritus est, testamentum avi agnascendo rumpere, quia videtur avo protinus suus heres agnasci, quandoquidem filius, id est, pater ejus, non videtur eum præcessisse, aut prævenisse in successione avi, quia lege Cornelia fingitur vivo avo mortuus in ipso articulo captivitatis, licet naturaliter, seu revera avus prior decesserit, quam filius: sed fictio legis potior est veritate. Et hæc fictio legis Corneliæ retrahitur, sicut fictio postliminii in omnibus casibus. Inde quæsit Paulus, an & *similiter* postumus rumpere testamentum, quod pater ejus fecit ante captivitatem, morte militiæ, militari jure, in quo præteritus etiam est à patre per errorem, videlicet si prius (ut ante posuimus) moriatur avus in civitate, quam pater apud hostes? Et negat Paulus ab eo similiter testamento avi, rumpi testamentum patris. Ratio hæc est, quia lege Cornelia pater ejus fingitur, priusquam avus, vita decessisse, eo ipso momento, quo captus est: vivo avo igitur, quo tempore, quia postumus natus in avi, non in patris potestate futurus erat, ideo non videtur patri suo, suus heres agnatus: ergo non rumpit ejus testam. quia agnatione tantum sui heredis præteriti, testamentum rumpi constat, *l. ex falso, in princ. de vulg. subst.* Denique is postumus, qui præteritus est, & avi, & patris testamento, avi quidem testamentum rumpit, sed non etiam patris, quia avo, non patri suus heres agnascitur, vel agnatus videtur. Et ex hoc loco elegantissimo explicandum est aliter, quam hic faciat glossa, id quod est in *l. filiusfam. h. t. postumum* nunquam posse duorum simul testamenta rumpere, & avi, & patris. Et hoc loco pater ejus, id est, pater filii. militis, idemque avus postumi nepotis ex filio: & hoc ipso loco inf. patris rumpatur, patris, id est, filii. militis defuncti apud hostes, qui pater est postumi præteriti tam avi, quam patris testamento. Et nihil est præterea in hac lege.

Ad L. LXXXI. de Leg. 2. *Si quis testamento facto, à filiis suis, quos heredes instituisse, fideicommissa reliquisset: non ut à legitimis heredibus, sed ut à scriptis, & testamentum aliquo casu irritum factum sit: filii ab intestato venientes fideicommissa ex testamento præstare compelli non possunt.*

Species hæc est: pater à filiis testamento heredibus scriptis, fideicommissum reliquit Titio, non ut à legitimis heredibus, sed ut testamentariis, & testamento aliquo casu irritum factum filii patri ab intestato heredes extiterunt, an Titio fideicommissum debent? Et ait Paulus, quod est sa-

tis apertum, eos non obligari fideicommissis: neque ab intestato, quia non ut legitimi heredes rogati sunt: neque ex testamento, quod irritum factum est. Quo vero casu, quæ ratione ponemus testamentum ad irritum recidisse: an maxima, aut media capitis deminutione testatoris, ut Accursius ponit, id est, servitute, aut peregrinitate testatoris, vel etiam minima capitis deminutione, veluti adrogatione? Non potest hic casus congruenter, hocve exemplum apponi, quia capite minuti, nec ab intestato legitimos heredes habere possunt. Servus potestne habere legitimum heredem? peregrinus, qui desit esse civis Romanus habetne legitimum heredem? filiusfamilias habetne legitimum heredem? Nemo prorsus istorum, nisi forte pristinum statum receperint antequam morerentur. Pone igitur congruentius exemplum, patrem incidisse tabulas testamenti, aut cancellasse, aut linum abruptisse, ut intestatus decederet, ut *l. 1. §. pen. si tab. testam. nul. exstab. l. ult. de bis, quæ in test. del.* Et hac ratione irritum factum fideicommissum in eo relicto à filiis ab intestato venientibus non debetur in *l. ex ea scriptura, in princ. sup. qui test. fac. poss. l. quoniam, §. cum filie, de vulg. subst. l. 1. de jure codicill. l. fideicommissa, §. 1. seq. tit. l. ex testam. C. de fideicommissis.* Fideicommissum testamento relicto non debetur ab intestato, nisi liquido appareat, aut probetur, hanc fuisse voluntatem testatoris, ut & ab intestato fideicommissum præstaretur, ut omnino præstaretur. Hujus rei multa sunt exempla in jure, *l. cum pater, §. filius matr. h. t. l. eam, quam, C. de fideic. & aliis locis innumeris.* Hanc unam tantum exceptionem ad illam regulam adhibemus, ne excipias etiam casum, ut hic glossa facit *l. postumus, de ini. rup. irr. fac. test.* quæ lex si ruptum, vel injustum, vel irritum factum sit testamentum, in quo heredes scripti sunt, qui etiam ab intestato omnimodo heredes futuri sunt, hos docet, missa causa intestati, si velint, accipere posse cum re bonorum possessionem secundum tabulas, & idcirco rata esse legata, & fideicommissa testamento relicta: nimirum, quia heredes ex testamento venient, non ab intestato. Nos dicimus, venientes ab intestato non obligari fideicommissis testamento relicto. Ne excipias etiam, dum tractas de jure, quod ante Justin. Novell. semper obtinuit: ne excipias, inquam, casum Novell. 115. quasi ex causa præteritionis, vel exheredationis, sola heredis institutio infirmiter, fideicommissa, & cætera omnia rata habeantur. Quod tamen non de quolibet vitio præteritionis constituit Justinianus, sed de præteritione tantum, quæ pro exheredatione habetur, puta, quæ fit à matre, aut avo materno, & de testamento rescisso per querelam inofficiosi testamenti. Quo casu Justinianus longissime recedit à jure, quod antea semper obtinuit, dum præter institutionem heredis, cætera facit rata: cum antea, nec si testamento, quod inofficiosum judicatum est, cavisset testator, ut & ab intestato fideicommissum præstaretur: id deberi non placeret, testamento rescisso per querelam: quia credebatur quasi demens, qui liberos immerito exheredaverit, non habuisse testamenti factionem, aut codicillorum, id est, nec dandi quidem fideicommissi, vel ab intestato, vel ex testamento jus habuisse, *l. 36. tit. seq. l. Titia, l. qui repudiantis, §. ult. de inoffic. testam.* Ex Novella illa inofficiosum testamentum non per omnia habetur pro ultimo judicio dementiæ, quia remota institutione cætera valent.

Ad L. XLV. de Bonis libert. *Si patronus ex sexta, & servus ejus ex reliqua parte sit heres institutus: nec ex servi portione fideicommissum debetur: at si servus dumtaxat heres institutus est: puto nec hic ex debita portione præstandum.*

Facillimum est, quod restat in *l. 45. si patronus, de bonis libert.* ex portione debita patrono, quæ olim fuit semis bonorum liberti, hodie est triens, certissimum est fideicommissum non deberi, quia pura integra, & illibata ea portio ad patronum pervenire debet sine onere, & incommodo ullo, *l. prox. sup. quam exposuimus lib. 6. l. 28. de leg. 2.* Quid vero si patronus testamento liberti heres sit ex sextante, & servus ejus ex reliqua parte, id est, ex triente, vel

vel hodie ex alio sextante; an saltem servi portio fideicommissio onerari poterit? minime: quia supplet portionem debitam patrono. Imo etsi solus servus patroni sit heres institutus ex portione debita patrono, non potest fideicommissio onerari, quæ est sententia hujus legis. Unde intelligitur nihil interesse portio debita relinquatur patrono ipsi, an servo ejus, vel filiof. per quem sit eam adquisiturus, ut in *l. sine libertus*, §. 1. de jure patronat.

Ad L. XXVI. de Adim. legatis. Si servo cum libertate dato legato & alienato, adimatur libertas: quamvis alieno inutiliter adimatur: tamen legatum ad emptorem non perventurum, & merito: Constituit enim ademptio, quia possit redimi: sicut datio, cum in eum confertur, qui testamenti faciendi tempore fuit testatoris, deinde alienato codicillis libertas datur.

Ad §. Quid ergo, si eum, quem liberum esse quis jusserat, manumiseras vivus, deinde codicillis libertatem ei ademeris? videamus, an perdidit legatum vana ademptio libertatis: quod quidam putant: sed supervacua scriptura non nocet legato.

Difficilis & subtilis lex est: Regula est juris civilis, servo proprio inutiliter legatum dari sine libertate, *l. 4. de leg. l. ex fideicommissio*, *C. de fidejuss. l. 20. hoc tit. l. plane*, §. si conjunctim, de leg. 1. *l. 11. de leg. 2.* Cujus quidem regulæ ratio hæc est, quia ab eodem, & eidem legatum deberi non potest. Atqui adita hereditate, quo tempore dies ejus legati cedit, quod servo proprio relictum est sine libertate, si cederet utiliter, deberet id heres sibi ipsi quasi domino servi, cui datum est, atque ita concurreret in ejusdem personam debitum, & creditum: scilicet emolumentum legati, & obligatio juris: quod neque jus, neque natura patitur, *l. cum legato*, quand. dies leg. ced. Huic autem regulæ consequens est, ut si servo alieno legatum detur sine libertate, quia & frustra servo alieno daretur libertas, *l. si servus*, §. servi, de leg. 1. ut, inquam, eo servo à testatore comparato, legatum evanescat: quia in eam causam pervenit, à qua incipere non poterat, id est, quia hodie servo proprio relictum legatum invenitur sine libertate, *l. 3. in fine*, de his, quæ pro non script. habent. Item supradictæ regulæ consequens est, ut si testamento servo proprio dederit quis legatum cum libertate, ut oportet, codicillis ad testament. factis adempta libertate, evanescat legatum. Eadem ratione, quia in eam causam res recidit, à qua incipere non poterat, de qua ratione diximus satis in *l. 85. de reg. jur.* Et hæc ita, si utilis sit ademptio libertatis, ut in hac *l. Paulus ostendit*. Nam si inutilis sit ademptio, quia tunc libertatis datio consistit, & legati quoque datio. His cognitis, finge: Testator servo proprio legatum dedit cum libertate: deinde Titio eundem servum vendidit: post codicillis ei ademit libertatem: inutilis videtur esse ademptio, quia eadem videtur esse ratio ademptionis & dationis, *l. legata*, in fine, hoc tit. Servo alieno libertas datur inutiliter, ergo ei adimitur inutiliter. Quod si inutilis sit ademptio libertatis, videtur valere legatum, & deberi emptori, quia venditione servi non intelligitur esse ademptum, aut revocatum legatum, quod ei recte datum est, *l. 47. & l. 86. de condit. & demonstrat.* Ex quibus locis merito ab omnibus interpretibus refellitur, quod Glossa ait hoc loco, venditione servi sponte facta, non necessario revocatum videri legatum servo relictum. Ergo supradicta ratione tentari potest, inutilem esse ademptionem libertatis: & consequenter consistere legatum, quasi servo proprio relictum cum libertate, ac proinde ad emptorem pervenire, emptori deberi. Et tamen Paulus negat hoc loco, legatum deberi emptori, hac ratione, quia non est omnino verum, quod initio proposuit, servo vendito inutiliter adimi libertatem. Nam inutilis quidem ademptio est in præsentem, quamdiu servus alterius est, id est, in dominio emptoris, sed in futuro utilis esse potest, si quandoque is servus à testatore ipso redimatur. Quo casu non convalescit libertas, quæ nominatim adempta est, & eatenus ademptio effectum habet. Ergo nec convalescit legatum quasi servo proprio relictum sine libertate, quia recte adempta libertas, pro non

data est. Et hoc casu, quum scilicet testator redemit servum ante mortem, utilis ademptio est: sicut & hoc casu, ut ait, datio libertatis utilis esse potest, quæ scilicet servo vendito datur codicillis testamento confirmatis, qui tamen testamenti facti tempore proprius testatoris fuerit, quia redimi ab eo potest, priusquam moriatur, & ut consistat datio libertatis, satis est, si servus proprius testatoris fuerit, aut hereditatis, quæ testatoris locum obtinet duobus temporibus, tempore facti testam. & tempore mortis testatoris, vel aditæ hereditatis, *l. servus*, *l. verum*, de man. test. Paulus argumentatur à datione ad ademptionem, ut & in *l. seq. in princ.* Datio libertatis valet, quæ datur scilicet codicillis servo vendito. Ergo & ademptio, quæ fit eidem. Et si ademptio valet in hac specie, ergo legatum non valet, quasi datum sine libertate, ut *l. ult. in fine*, hoc tit. Nec igitur legatum, quod non valet, ad emptorem servi pervenire potest. Et ita concludit Paulus. Hoc vero loco Accursius notat, non esse idem in hereditate, quod in legato ex §. quod si alienatus, *Instit. de heredibus institut.* quod falsum esse contendo. Ac primum observandum est, aliam esse speciem ejus §. quod si alienatus, & aliam speciem hujus legis, & in utroque tamen demonstrandum mihi est, nullam posse constitui differentiam inter hereditatem & legatum. Non in specie hujus legis. Nam & si testator servum proprium heredem institutum cum libertate vendiderit, deinde ademerit ei libertatem, eadem ratione, quia non est omnino inutilis ademptio, quia redimi servus à testatore potest, & redemptione non convalescit libertas, quæ nominatim adempta est, atque ita ademptio effectum habet, ergo nec valet institutio, & ad emptorem hereditas pervenire non potest. Eadem ratione in specie *d. §. quod si alienatus*, nulla etiam est differentia inter hereditatem & legatum, relictam, relictumve servo proprio cum libertate: Nam quod in illo §. de hereditate traditur, idem obtinet in legato, puta si servo proprio testator legatum dederit cum libertate: deinde eum vendiderit, nec nominatim ei ademerit libertatem, alia est species, quia post mortem testatoris legatum pervenit ad emptorem quasi libertate revocata per alienationem, ut *l. 47. de cond. & demonstrat.* Quod si idem servus redemptus sit à testatore, cur sicut hereditas ei data cum libertate convalescit, *l. quotiens*, §. pen. de hered. instit. non convalescet etiam eodem casu legatum & libertas? Alia autem est species, nec ullomodo commiscenda cum superiori, de qua agitur in *l. cum servus*, hoc tit. quæ cum hac male confunditur à Glossa: nam species illius legis est de servo alii legato, nos tractamus de legato relicto servo cum libertate. Denique species legis *cum servus* hæc est: Servum proprium alii legavit quis, deinde eum vendidit, legatum servi alii ademisse videtur, nec convalescit legatum servo redempto à testatore, nisi ex nova voluntate, ut *l. seq. in princip.* Quod si eidem servo, quem alii legavit, legatum dederit, sane id sequitur emptorem, si non redimatur à testatore; si redimatur, neque emptori debetur vel acquiritur per servum, qui desuit ejus esse, neque servo, quia sine libertate relictum invenitur. Verum redeamus ad priorem speciem. Ea fuit de servo proprio à testatore vendito, cui dederat legatum cum libertate, & de libertate ei post venditionem adempta. Quæro an quod dixi de servo vendito, idem procedat in servo manumisso. Finge, servo proprio in testamento legavi cum libertate. Deinde eum manumisi inter vivos, puta censu, aut vindicta, post codicillis ei ademi libertatem. An & hoc casu dicemus ademptionem valere, sicut in priore? Et Paulus docet hoc casu. non idem esse admittendum, servo manumisso scilicet, quod admisum est in priore parte hujus *l. servo vendito*, In hac enim posteriore parte hujus *l. ademptionem libertatis factam codicillis*, post manumissionem factam inter vivos inutilem, futilem, vanam, & supervacuum esse. Frustra enim manumisso inter vivos, qui non ex testamento libertatem adeptus est, cui representata est libertas vivo testatore: frustra, inquam, ei libertas vivo testatore codicillis adimitur: manumisso ex testamento recte adimitur,

mitur, vel eodem testamento, vel codicillis, l. 10. §. 1. de manum. test. l. si servus legatus, de fideicom. libert. At manumisso inter vivos adimi non potest. Quia igitur ademptio libertatis hoc casu est, futuraque est inutilis in omni ævum, non in præfenti tantum, sed & in futuro, quæ in priore parte legis, sive priore casu fuit inutilis in præfenti, in futuro poterit esse utilis. Hoc igitur posteriore casu, quia ademptio prorsus inutilis est, consequens est, legatum valere, & manumisso debere post mortem testatoris, ut venditione (sicut ante dixi) ita manumissione non videtur ademptum legatum: & supervacua, inquit, ademptio, non nocet legato. Paulus 3. Sententiarum: *Superflua facta juri obesse non possunt*. Augustinus 4. de civit. Dei, cap. 27. *Solet*, inquit, à *Jurisperitis dici, superflua non nocere*. Et hac ratione sane dicitur falsam quoque causam legato non nocere, quia supervacuum est adjicere legato rationem, & causam legandi. Item falsam demonstrationem adjectam legato omni ex parte satis demonstrato legato non nocere, quia supervacua est. Denique supervacua, vel abundans scriptura non nocet. Non deerant, qui dicerent, hoc posteriore casu, quali quali facta ademptione libertatis post manumissionem legatum non valere, eam ademptionem perdere legatum. Forte (quod ut attingit Accursius) hoc casu non omnino sit futura inutilis ademptio, quia fieri potest, ut servus à testatore manumissus inter vivos recidat in ejus potestatem antequam moriatur, & vindicet sibi libertatem ex testamento, cui rei obstaret ademptio: atque ita non esset ademptio illo casu sine effectu, vel utilitate aliqua. Sed recte Accursius notat, ominosum, & incivile hoc esse, liberi hominis spectare, vel exspectare omnium longe teterrimum infortunium, servitutem: hanc spectationem, obnuntiationem esse mali ominis, malæque scevæ (ut verbo utar juris auguralis) neque igitur ad eam esse animum advertendum: & priore casu nihil inesse mali ominis in servi redemptione, cujus ratio habetur. Idcirco nec male hujus casus consideratio, sive cogitatio facit, ut non omnino sit inutilis ademptio libertatis in persona servi alieni, qui in potestatem nostram, in qua fuit, antequam à nobis alienaretur, redire potest. In persona autem liberi hominis cogitatio futuræ servitutis abominanda est: nam & qui ex libero fit servus, alius est, id est, novus homo est, non idem, qui fuit ante, l. seq. in fi. l. qui res, §. aream, de solus. Servus autem, qui mutat dominum, puta qui redimitur, idem est homo, non alius: ille mutat statum, & capite minuitur: hic non mutat statum, sed dominum tantum. Et eleganter idem Paulus in linter stipulantem, §. sacram, de verb. obligat. casum servitutis, adversamque fortunam hominis liberi spectari, neque civile, neque naturale esse, & in l. si in empzione, §. libertum, de cont. empt. nefas esse hunc in libero homine teterrimum casum exspectare.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. X. QUÆSTIONUM PAULI.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLIV. de vulg. substit. Ex pupillari testamento superioris principale, neque ex parte, neque in totum confirmari posse, Macianus scripsit.

HAC lege nulla est utilior in hoc tit. quæ ab interpretibus minus intelligatur, quæ ait, ex pupillari testamento, &c. Des mihi speciem hujus legis, vel ejus sensum mihi exponas. Accursius ponit exemplum in querela inofficiosi testamenti, si per eam rescissum sit principale testamentum, id est, paternum: quod huic loco convenire nullomodo potest: nam vel in totum rescissum est per querelam inoffic. testamenti, vel pro parte. Si in totum: frustra queritur an paternum testamentum confirmetur ex pupillari, quia nec pupillare valet, l. Papin. §. sed nec impuberis, de inoffic. testam. Sin autem pro parte rescissum sit, forte impuberis fratre pubere exheredato, agente querela inoffic. testamenti, pro parte contra fratrem impuberem heredem institutum,

etsi hoc casu valeat pupillare; quia satis est si paternum valcat aliqua ex parte, l. in substit. hoc tit. d. §. sed nec impuberis, & quamvis verum sit, non ideo tamen, quod valeat pupillare, valeat etiam pro parte, qua rescissum est paternum testamentum. Hoc exemplum non potest accommodari ad verba hujus legis, quæ ponit testamentum paternum fuisse superius, pupillare inferius, id est, prius factum fuisse testamentum paternum, deinde posterius alio tempore factum fuisse pupillare; potest pupillare separatim fieri alio tempore, l. si quis eum, §. 1. hoc tit. Hæc verba desiderant exemplum, in quo queratur, an ex pupillari confirmetur paternum, eo quod paternum sit superius, pupillare inferius, non quod paternum sit querela inofficiosi testamenti, vel quo alio jure rescissum, nec enim otiosum est, quod ait superius principale. Qua ratione non placet aliud exemplum, quo Bartolus, & Albericus utuntur de bonorum possessione contra tabulas, si per eam paternum testamentum rescissum sit, puta, quod in eo alter filius præteritus esset, quia etsi eo casu rescisso testamento paterno per bonorum possessionem contra tabulas maneat pupillare, nec rescindatur, l. ex duobus, §. ult. l. seq. hoc tit. inf. in hac tamen lege de eo non queritur generaliter, an quod pupillare valeat, etiam paternum valeat, de quo inepte quereretur, an scilicet valeat, quod jam certo ponitur non valere, id est, fuisse rescissum in totum per bonorum possessionem contra tabulas. Querendus ergo casus nobis est, in quo queritio hæc vertatur, quæ pendeat ex eo, quod testamentum paternum sit superius, pupillare inferius. Qui superiores casus affingunt temere, pene, circumscribunt verbum illud *superius*, quod est in hac lege, tum illius nullam rationem habent. Idemque facit Paulus Castrensis, quum ponit exemplum tale, testamentum paternum irritum factum est, non adita paterna hereditate ab extraneo herede instituto: post mortuo filio impubere, cui exheredato pater fecerat testamentum, substitutus vult adire hereditatem patris ex substitutione vulgari, quæ inest pupillari, l. jam hoc jure, hoc tit. atque ita vult confirmare testamentum paternum, quod destituit extraneus in eo heres scriptus, queritur an possit? & ex hac lege respondet non posse. Ita vero posita specie, Castrensis nullam habet rationem ejus, quod lex ait, superius fuisse testamentum paternum. Præterea lex speciem requirit, in qua valeat pupillare: atqui non adita hereditate patris, pupillare testamentum evanescit, l. 2. §. Quisquis, hoc tit. l. 10. §. si ex asse, eod. Pupillaris expressa substitutio evanescit, ergo & tacita vulgari. Ubi id, quod expressum est non valet, id etiam non valet, quod expresso tacite inest, l. 26. in 2. parte, de adm. leg. l. cum unus, §. 1. de bon. aut. jud. possid. l. 3. in fin. de servit. præd. rust. Præterea falsum est, quod ponit substitutioni pupillari factæ exheredato inesse tacitam vulgarem, quæ inesse tantum potest factæ heredi instituto, nam in exheredato inepta est substitutio vulgari: *Si heres non eris, ille heres esto*, si expressa, & tacita quoque. At quum substitutio pupillaris facta est heredi instituto, tum fateor substitutioni pupillari expressæ inesse tacitam vulgarem, casum secundum perducere ad casum primum. Et hoc quidem casu filio impubere herede instituto, abstinente se bonis paternis, quia heres manet nomine tenuis, ex testamento paterno, etsi abstinerit se, qui ipso jure semel invitus heres existit patri, valet testamentum pupillare, quia nudum nomen heredis conservat testamentum pupillare, nudum nomen heredis ex testamento, paterno videlicet, ut l. filius, l. Julianus, de acquir. hered. Ergo conservat & tacitam vulgarem, & ex ea mortuo impubere intra pubertatem, quia abstinerat se, substitutus venire potest, id est, quia in vulgari substitutione hæc verba, *si heres non eris*, quum ea facta est, aut facta intelligitur esse suo heredi, sic accipiuntur, *si heres non erit, id est, si se bonis non imiscueris, si se abstineris*, l. 7. §. sed quod Papinianus, de minor. Ergo substitutus venire potest ex substitutione vulgari, nec tamen confirmat ipse testamentum paternum, quia id jam satis confirmarat existentia heredis sui, quæ ipso jure inducitur etiam invito, & ignorante suo

suo herede; sed & hoc casu posito nulla habetur ratio A
ejus quod ea lex ait superius, nempe fuisse testamentum
paternum. Itaque & hic casus ad definitionem hujus le-
gis aptari non potest. Alii interpretes, Jason præcipue,
Alexander, Angelus, qui quidem interpretandis legibus
solent esse multi, in interpretanda sententia, & in ponen-
da specie hujus legis sunt muti. Nullo modo scilicet at-
tingunt sensum, & speciem hujus legis, sed ut solent cum
quid non intelligunt, agunt se in omnia, scribes hoc
loco de privilegiis ecclesiasticis. An privilegium minori
Ecclesiæ concessum, majori concedatur in rescriptis Pon-
tificiis: denique de jure canonico hoc loco scribunt, non
de jure civili, vel de pactis, & contractibus, non de testa-
mentis, de quibus tamen lex est scripta. Denique de sen-
tentia hujus legis, quodve ad illam pertineat, res non erit
adeo obscura. Sciendum est, si unius ejusdemque homi- B
nis duo sunt testamenta, quæ is sibi fecerit, superius, & in-
ferius, superius rumpi, & infirmari per inferius: nam ul-
timum judicium potentius est, l. 1. & 2. & 8. de ini. rup.
& irr. fac. testam. superius igitur rumpi, & infirmari per
inferius: vel etiam sæpe confirmari superius, vel inferius,
ut puta, si in inferiori testamento, quo superius ruptum
est, testator caverit, se superius testamentum valere velle
jure fideicommissi, & codicillorum: nam paganus non
potest duo testamenta relinquere, quæ sunt rata jure ci-
vili, & jure directo. Non potest ergo in inferiori testa-
mento directo confirmare superius, sed potest id ita confir-
mare, uti valeat jure fideicommissi, jure codicillorum,
l. quærebatur, de test. milit. l. si quis priore, ad Trebell. Et
hoc modo inferius testamentum confirmat superius, vel
in totum, id est, etiam heredis institutionem, si hoc ex-
presserit testator, vel ex parte tantum, ut si legata, & fidei-
commissa, & libertates, quæ, vel quas videlicet dedit prio-
re testamento tantum voluerit converti in causam codi-
cillorum, ut d. l. quærebatur. Et hoc, si unius ejusdem
hominis sit superius, & inferius testamentum. At si superius
testamentum patris fuerit, pupilli inferius, testamento
certe inferiore, quod alius est hominis, superius non rum-
pitur, d. l. si quis eum, §. 1. hoc tit. quæ aperte ait, ratum
manere prius testamentum, quod pater sibi fecit, etsi in-
termissio intervallo alio tempore posterius testamentum
fecerit filio impuberi. Denique utrumque testamentum
valere, suum, quod est superius: & pupilli, quod est infer-
ius. Ex pupillari igitur non infirmari paternum superius
testamentum. Quod si ex pupillari testamento inferiori
non infirmatur superius testamentum paternum, conse-
quens est, ut id etiam ex pupillari non confirmetur, quia
nec id, quod non infirmatur, confirmatione indiget. At
finge, patrem inferiori testamento pupilli cavisse, ut su-
perius suum testamentum valeret jure fideicommissi in
totum, vel pro parte, quod ita finges probabiliter ducta
conjectura ex eo, quod Paulus hujus sententiæ hoc loco
auctorem Mæcianum facit, qui de fideicommissis tan-
tum scripsit extra causas criminales, de quibus etiam scri-
psit. Quod ergo ex Mæciano hic tradit, qui, vel de crimi-
nibus scripsit, vel de fideicommissis, cum ad crimina ap-
tari non possit, aptari debet ad fideicommissa. Dico au-
tem hoc casu patrem, qui id cavit, superius suum testa-
mentum valere jure fideicommissi nihil omnino egisse,
quia mero jure satis consistebat, nec indigebat confirma-
tione: nec confirmari ex pupillari potest, quia nec infir-
mari. Confirmandi, & infirmandi eadem est ratio. Deni-
que non potest verti superius testamentum patris in cau-
sam fideicommissi, etiam si id caverit in pupillari: alio
testamento opus est, ut prioris, quod sibi fecit causa mute-
tur: non potest mutari prioris causa, quod jure directo
valet, nuda voluntate, ut si illud caveat in testamento pu-
pillari, quod dixit, debet mutari alio testamento solemn-
i. Denique nullo modo paternum testamentum vires acci-
pit à pupillari, sed pupillare à paterno, quia & pupillare
testamentum paterno testam. infirmari potest. Fac patrem
prius testamentum fecisse sibi, & filio impuberi: deinde
sibi tantum posteriori loco, hoc posteriore testam. rumpi-
tur testam. quod prius pater sibi fecit, atque etiam id

quod prius fecit filio, & ita est proditum nominatim in d.
l. si quis cum, §. 1. hoc tit. quia rupto testamento paterno,
rumpitur pupillare, quod est sequela testamenti paterni:
paternum autem principale testamentum est, §. liberis,
Inst. de pupill. subst. Et recte hoc loco principale dixit, ut
pupillare innuat esse sequelam: proprie enim principali
opponitur sequela. Denique testamento paterno postero-
re infirmatur superius pupillare, atque etiam id, quod fe-
cit sibi superius, quia non potuit superius facere pupillo,
quin & sibi faceret. Si posterius paternum testamentum
infirmat pupillare superius: ergo & confirmare id potest,
puta verbis fideicommissi, atque ita sicut codicilli poste-
riores, qui etiam sunt sequela testamenti, non possunt
confirmare testamentum, quia nec infirmare opus est alio
testamento solemn-
i, sed ipsi codicilli testamento confir-
mantur, vel infirmantur: denique non confirmant, sed
confirmantur, l. quod per manus, de jure codic. quæ id ait
esse traditum per manus, id est, per traditionem, per ma-
nus, in Epist. D. Petri. Ita vero testamentum pupillare po-
sterius non potest confirmare principale superius testa-
mentum, quia nec etiam potest infirmare seu rumpere,
sed ex paterno testamento ipsum potius pupillare testa-
mentum confirmatur, vel infirmatur.

Ad L. LXXXII. de Leg. II. Debitor decem legavit creditori, quæ
ei post annum sub pignore debebat: non (ut quidam putant)
medii temporis tantum commodum ex testamento debetur, sed
tota decem peti possunt. Nec tollitur petitio, si interim annus su-
pervenerit: nam sufficit, quod utiliter dies cessit, quod si vivo tes-
tatore annus superveniat: dicendum erit inutile effici legatum:
quamquam consisterit ab initio. Sic & in dote prælegata re-
sponsum est, totam eam ex testamento peti posse. Alioquin,
secundum illam sententiam, si inter usurium tantum est in le-
gato, quid dicemus, si fundus legatus sit ex die debitus? nam
nec pecunia peti potest, quæ non est legata: nec pars fundi
facile inveniretur, quæ possit pro commodum peti.

Ad §. Si Primo, & Secundo, & Tertio heredibus instituis, sic
legata dentur: Si mihi Primus heres non erit, Secundus Ti-
tio decem dato: si secundus mihi heres non erit, Primus
Sejo fundum Tusculanum dato: utrisque omittentibus he-
reditatem, Primo, & Secundo: quærebatur, substituti, quos eis
dederat, an & cui legata præstare debent? ab utroque sub-
stituto legata debentur.

Ad §. Servo alieno. posse rem domini legari Valens scribit:
Item id quod domino ejus pure debetur. Cum enim servo
alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc
tantum inspicitur, ne sit cum eo testamenti factio. Cæterum
ex persona servi constitit legatum. Et ideo rectissime Julianus
definit, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber
factus capere posset. Calumniosa est enim illa adnotatio, posse
legari servo, & quandiu serviat. Nam & hoc legatum ex per-
sona servi vires accipit. Alioquin & illud adnotavimus, esse
quosdam servos: qui licet libertatem consequi non possint, attamen
legatum, & hereditatem possunt acquirere domino. Ex
illo igitur præcepto, quod dicimus, servi inspicere personam in
testamentis, dictum est: servo hereditario legari posse. Ita non
mirum, si res domini, & quod ei debetur, servo ejus pure legari
possit: quamvis domino ejus non possent hæc utiliter legari.

Certum est, debitorem, id quod debet creditori suo
frustra legare, & inutiliter, quia nihil est in legato: id
est, quia nullum est emolumentum legati, l. Mævius, §. 1.
sup. hoc tit. l. si creditor, & l. legari, §. ult. de lib. leg. legatum
est donatio: at nullius emolumentum nulla est donatio: non
nego, quin in legato pecuniæ debitæ, quod debitori relin-
quit, possit inesse emolumentum aliquod: & ejus rei multa
exempla suppeditat l. si creditori, cum l. seq. sup. tit. prox.
Ac tum si sit aliquod emolumentum legati, valere lega-
tum, si plus sit in legato, quam in debito, utile esse lega-
tum: ut si debitor, quod debet sub conditione, vel ex die,
præsenti die legaverit, valet legatum propter commodum
repræsentationis, commodum, & compendium medi-
temporis, quod ex ea pecunia interim creditor facere potest,
quod uno verbo inter usurium dicitur hoc loco, & multis
aliis

aliis locis juris nostri, quod scilicet consequitur creditor A jure legati, qui ante diem, vel conditionem id jure crediti habiturus non erat, l. 7. §. ult. tit. sequ. l. idem est, de liber. leg. quæ pars est d. §. ult. l. 7. l. 2. in princip. de dote præleg. Quamobrem si legato pecuniæ debitæ insit commodum repræsentationis, à creditore, eodemque legatario fideicommissum relinqui potest pro modo interusurii, non pro quantitate pecuniæ debitæ, & lege Falcidia interveniente, ex eo quoque interusurium quarta detrahi potest, non ex pecunia debita, l. 1. §. si quis creditori, ad l. Falcid. Fac (quæ est species proposita hoc loco) debitorem pure decem legasse creditori, quæ ei debebat post annum sub pignore, vel sine pignore (nihil refert quantum ad rem propositam attinet) & mox debitorem, eundemque testatorem vita decessisse: legatum valet propter commodum repræsentationis, quod creditori offert pecunia data pro mutuo, pecunia data in antecessum, en advence, ut Seneca loquitur, & non tantum illud commodum, illave utilitas mediæ temporis ex testamento debetur, sed tota decem actione ex testamento peti possunt, quæ tota specie legati repræsentata sunt, sicut & sit dote sua uxori à marito testamento prælegata pure, quæ alioqui non fuisset reddita uxori, nisi annua, bima, trima die, id est, anno, biennio, triennio, tribus pensionibus, quod legatum valet eadem ratione, quæ & legatum pecuniæ debitæ ex die, vel sub conditione, quod pure debitor creditori relinquit, quia ut huic, ita & illi legato dotis inest commodum repræsentationis, & placet totam dotem ex testamento peti posse, ut ait hoc loco, & ita est responsum. Quamobrem male Accursius ait l. 2. in princip. de dote præleg. mulierem tantum esse legatariam in commodo repræsentationis, & in remissione impensarum necessariorum, vel utilium à marito factarum in dotem: quia imo, & in dote tota legataria est: totam enim dotem, quæ prælegata est, mulier petere potest actione ex testamento. Ergo, & creditor potest petere totam pecuniam debitam actione ex testamento, si ei prælegata sit, quod & Papinianus ipse probat, qui dedit ex testamento petitionem totius pecuniæ debitæ, l. 5. inf. ad leg. Falcid. improbata illorum sententia, qui existimabant, mediæ tantum temporis commodum sive interusurium peti posse, non tota decem, & improbata hac ratione, quia si tota pecunia debita, quæ legata est, non potest peti actione ex testamento, sed interusurium duntaxat, si legatum consistit tantum in commodo interusurii, fundo debito ex die, & legato pure, inutile erit legatum, quod tamen nemo dixerit, quia nullum hic interusurium esse potest, nullumve commodum fructuum, si paulo post dies, in quem fundus debetur, supervenerit. Nam pars fundi non potest accipi pro interusurio: interusurium enim separata res est à principali, quæ est in obligatione: id est aliud est res, aliud id quod interest, vel usura, vel fructus. Pars igitur fundi non potest accipi pro interusurio, vel alio commodo simili, quod fundo debito extrinsecus accedat. Melius igitur est dicere, totum fundum esse in legato, alioqui inutile esset legatum nullo existente commodo mediæ temporis. Quod si fundus totus est in legato, ergo & tota pecunia. Ita argumentatur Paulus addita hac ratione, quia nec interusurium, id est, quod medio tempore creditor ex pecunia lucrari potest, peti potest, cum non sit legatum nominatim, sed decem tantum. Nam nec, inquit, pecunia peti potest, quæ non est in legato, pecuniam accipiens pro interusurio, sive pro eo quod interest, ut l. stipulationes non dividuntur, de verb. oblig. illo loco, pecuniam dari oportere, id est, id quod interest, l. si quis ab alio, §. ult. de re judic. Ad hæc quaeritur, an supradictum legatum, de quo hic agitur, inutile efficiatur in specie proposita, an legatum pecuniæ debitæ, ejusque petitio collata ex testamento tollatur, si post mortem testatoris, antequam peteretur, annus supervenerit, in quem pecunia debebatur? Et respondet, non effici inutile, quia dies ejus legati cessit utiliter à morte testatoris, quo tempore nondum annus supervenerat. Et hoc quoque Papin. probavit. Verum, an idem dicemus si post factum testamentum vivo testatore annus supervenerit? Et hoc casu dissentiunt inter se Paulus, & Papinianus, ut est rela-

tum in §. ex contrario, Instit. de legat. Paulus hoc loco scribit, inutile effici legatum, si annus supervenerit vivo testatore, quia postea moriente testatore dies legati utiliter cedere non potest, quia tempore mortis testatoris pecunia pure debebatur: legatum igitur nullius lucri est, ac proinde inutile. Constitit quidem legatum ab initio testamenti tempore, cum nondum exisset annus, sed quia in eam causam recidit vivo testatore, à qua incipere non poterat, etiam nihil ex eo legato amplius creditor consequi potest, quam ex obligatione crediti esset consequuturus: ideo inutile videtur. Hæc est sententia Pauli. Contra Papinian. in d. l. §. in princip. scribit etiam si dies debiti venerit vivo testatore, eodemque debitore, valere legatum, quod semel ab initio testamenti constitit, nec hoc casu regulam illam esse servandam, quæ dicitur, inutilia fieri ea, quæ semel utiliter constituta sunt, si ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt, quam & aliis plerisque locis vitiari, & perdere suum officium docuimus lib. 6. ad leg. 85. §. 1. de regu. jur. Hoc etiam casu, eam censet Papinianus non esse sequendam, quia erubescit facere irritum ultimum judicium defuncti, quod semel ab initio constitit. Et Papiniani etiam sententia obtinuit, ut est proditum in d. §. ex contrario, ne quod semel testator recte decrevit, ex casu temere fiat irritum. Itaque pecunia debita hoc etiam casu peti poterit quasi legatum actione ex testamento, sed non subicitur Falcidiæ, quia revera nihil commodi continet pecuniæ debitæ legatum, cum dies pecuniæ venit vivo testatore, l. si creditori, in si. sup. tit. prox. Eademque ratione, quia nihil commodi in eo legato est, non poterit à creditore, eodemque legatario, si nihil præterea ei legatum sit, fideicommissum relinqui, l. 3. §. si rem, tit. seq. ergo hoc casu valet tantum legatum pecuniæ debitæ, ut ea pecunia peti possit, non male actione ex testamento: non etiam valet, ut Falcidiam patiat, aut ut fideicommissum oneretur. Et hic est finis hujus quaestionis. Quod sequitur in §. 1. est facillimum.

AD §. Si primo. Quidam Primum, Secundum, Tertium heredes instituit, Primo in primum casum substituit vulgari modo, si heres non esset, si repudiaret, vel omitteret hereditatem. Primo substituit Quartum, & in eundem casum, si Primus heres non esset, à Secundo Titio legavit decem. Secundo autem æque substituit Quintum vulgari modo in primum casum, & in eundem casum, à Primo Sejo legavit fundum Tusculanum, & nihil præterea cavit testator, nihil de Tertio, id est, Tertio non substituit, nihil etiam cavit in hunc casum: si & Primus, & Secundus heredes non essent, si neuter heres esset. At fac existisse casum substitutionis in persona utriusque. Primum omisisse, vel repudiassisse hereditatem. Omittit hereditatem, qui eam non adit intra constitutum tempus: repudiat, qui palam edicit se heredem esse nolle, fac igitur Primum omisisse, vel repudiassisse hereditatem, & Secundum similiter. Quaeritur, an substituti eorum legata à Primo, & Secundo relicta præstare debeant, & cui debeant præstare? Et respondet ab utroque substituto legata deberi, puta substitutum Secundo debere Titio decem, substitutum primo debere Sejo fundum Tusculanum, legata relicta ab institutis videri repetita à substitutis, ut l. licet Imperator, sup. tit. prox. l. si Titio, §. 1. hoc tit. l. 4. c. ad Trebell. In hac specie causa dubitandi ex eo pendebat, quod testator non expresserat palam, cui & à quo legato præstari vellet, si neuter heres esset, & quodammodo alterutrum tantum legatum videbatur voluisse præstari, vel à Secundo omittente Primo, vel à Primo omittente Secundo: sed quia utriusque legati conditio extitit utroque repudiante, vel omittente, verius est ab utroque substituto legatum deberi. Et ita concludit Paulus.

AD §. Servo alieno ult. Quod mihi legari non potest, servo meo recte legari potest, exempli gratia. Res mea mihi legatur inutiliter, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest. At servo meo res mea legatur utiliter, quia fieri potest, ut die legati cedente liber sit, & perveniat ab legato, id est, ad rem meam, vel ad æstimationem ejus herede compulsio, vel rem meam redimere eique præstare, vel justam æsti-

estimationem. Item debitor, quod mihi debet pure, id mihi inutiliter legat pure vel sub conditione, quia nihil est in legato. At servo meo id inutiliter non legatur, quia fieri potest, ut die legati cedente, id est, mortuo debitore liber sit, qui sane tum, si liber sit, tantum ei heres debitoris debet jure legati, quantum creditori jure crediti, & utriusque tantumdem ab herede debitoris solvendum erit. Atque ita fit, ut quod mihi legatur inutiliter, servo meo non legetur inutiliter. Verum huic sententiæ obviare videtur, quod vulgo dicitur: *Ex persona domini, servum habere jus capiendi ex alieno testamento*. Nam si ex eo testamento dominus capere potest, potest & servus ejus. Et si ex eo testamento dominus capere non potest, nec servus quoque ejus: testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est, *l. non minus, de heredib. instit.* quia omni jure servus pro nullo habetur: Jure civili, prætorio, ordinario & extraordinario, *l. 1. sup. de jur. delib. l. nulla, ad leg. Cornel. de fals.* servi persona nulla esse intelligitur, homo est naturale nomen, hoc servus habet: persona est civile nomen, hoc per se servus non habet, sed ut Theoph. ait *Instit. initio tit. de stipul. serv.* servus ex persona domini personatur. Ergo persona domini personatur servum, & qualis est persona domini, talis & servi esse dicitur: si dominus est incapax, & servus quoque. Quæ regula juris civilis dicitur in *l. 12. §. regula, sup. tit. prox.* Alioqui per servum suum quisque acquireret hereditatem, cujus incapax est, sed quod per se non potest, nec per alium, id est, servum suum acquirere potest. Nihil vero hæc regula superiori sententiæ obstat, neque sententiæ propositæ initio hujus §. Imo ea confirmatur altera regula juris civilis, quæ dicitur, *ex persona servi legatum ei relictum vires accipere, & in testamentis servi personam inspicere, cui legatum, aut fideicommissum, aut hereditas relinquitur*. Dico hanc esse regulam juris, nam & præceptum dicitur hoc loco, quod eam fecerint præceptores juris: præceptores enim juris vocantur jurisconsulti, *l. paterfamil. de privil. cred.* hoc loco dicitur esse definitio Juliani, id est, regula: videtur ergo quodammodo regula una juris configere cum altera. Eo tamen utramque conjungit Papinianus in *l. 5. de servit. leg.* & si utramque nos jungamus, statim intelligemus eas nihil inter se discrepare, & ex utraque efficiemus, in testamentis tam domini, quam servi personam inspicere, sed diverso fine, diversa ratione: domini personam inspicere, ut sit cum eo testamenti factio, id est, ut dominus sit capax, alioqui servus ejus non erit capax: servi autem persona inspicitur, ut quod servo legatur sit ejusmodi, ut & id ipse quandoque liber factus capere possit, alioqui quod liber factus capere non potest, id ei legatur inutiliter. Hæc duo exigimus, ut legatum servo alieno relictum consistat, hoc vel illud, si defuerit, inutile est legatum servo alieno relictum. Et illud in primis exigimus generaliter, ut cum domino sit testamenti factio, ut dominus ex testamento capiendi jus habeat: deinde specialiter, ut quæ res servo legatur, eam ipse liber factus capere possit, & sibi acquirere, non etiam ut & eandem rem dominus acquirere possit. Separo testamenti factionem à re, quæ legatur: testamenti factio est cum servo, ex persona domini: legatum certæ rei aut quantitatis servo relictum, ex persona servi valet, ut & contractus, quem servus habuit, licet ex persona domini consistere non possit, *l. 1. C. si servus ext. se emi mand.* quia satis est, si servus, qui nunc est, dum contrahit, vel dum ei legatur, quandoque liber factus, idem contrahere, aut jure legati capere possit. Et hoc est quod ait Paul. hoc loco recte Julian. definitivisse, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere potest: quæ Juliani regula non pugnat cum regula Catoniana, quæ dicitur, *legatum, quod ab initio non valet, ex post facto non convalescere*: servo enim alieno relictum legatum ab initio valet, etiam si non possit domino ejus acquiri, quia dies legati utiliter cedere potest, nempe servo manumisso ante mortem testatoris. Sic fit, ut servo recte legetur res domini, quæ domino legaretur inutiliter, & servo recte legetur, quod domino debetur pure, quod domino legaretur inutiliter. Et ait Paulus initio hujus §. quod domino ejus pure debe-

Tom. II. Post.

tur. Nam quod domino sub conditione debetur, id etiam ipsi domino pure legaretur utiliter, propter commodum repræsentationis. Et ob id ait, *quod domino ejus pure debetur, quamvis id non potuit legari domino, servo tamen ejus legari potest*. Unde & in fine hujus §. trajecta voce pure, suoque loco restituta ita legendum: *non mirum si res domini, & quod ei pure debetur, servo ejus legari possit, quamvis domino ejus non possent hæc utiliter legari*. Eademque ratione servo hereditario, qui servus est sine domino, nam servus hereditarius semper in jure dicitur, servus defuncti, interim dum pendet aditio hereditatis, dum jacet hereditas, qui servus sane est sine domino, *l. 55. §. 1. hoc tit. l. ejus servum, de heredib. instit.* Servo, inquam, hereditario legari potest, etiam si nullum in vivis dominum habeat, ex cujus persona legatum consistere possit, quia & in legatis, & in institutionibus servi solius persona inspicitur, non domini. Ergo quod dominum non habeat nihil mutat. Idque apparet etiam ex eo, quod vice versa, licet via domino ad fundum ejus legari possit, frustra tamen ea legatur servo, *l. 5. de ser. leg.* quia & libero frustra legaretur via ad fundum alienum. Certissima ergo est Juliani definitio. Eam tamen Marcellus calumniatur, qui sæpe in notis ad Julianum erravit nimio notandi studio. Marcelli enim notam, cujus vestigium exstat in *l. servo alieno, sup. tit. prox.* Paulus hoc loco intelligit, dum ait, *Calumniosa illa adnotatio est, scilicet Marcelli, quæ est ejusmodi, sive argumentatio contra regulam Juliani: si servo alieno id tantum legari potest, quod ipse liber factus capere possit, ut Julianus definitivè, non poterit igitur servo ita legari: Quamdiu servus erit Titii: quia nunquam est futurum, ut & eo libero factus dies legati cedat*. Quod tamen est falsum: nam & servo eo modo recte legatur, *quamdiu serviet Titio, l. servo alieno, l. filiusfam. de cond. & demonstr.* Quod si illud falsum est, falsa igitur est regula Juliani. Sic Marcellus argumentatur, & similiter ita poterit quis argumentari, si servo alieno id tantum legatur recte, quod liber factus capere possit. Non poterit ergo ei legari, qui nunquam ad libertatem pervenire potest, ut puta ei, qui testam. domini hanc conditionem accepit, ne unquam manumitteretur, sed perpetuam serviret servitutem, vel ei, qui ea conditione venit, ut perpetuam servitutem serviret, *l. 9. de manum.* Falsum autem est ei inutiliter legari, si cum domino ejus potest capere quod in primis exigitur, si sit testam. factio. Ergo hæc Juliani regula falsa est, id tantum servo alieno posse legari, quod liber factus capere possit, quia hic liber fieri nunquam potest: & tamen relictum ei legatum valet. Verum ex his vitiose colligitur, ex persona servi legatum non valere. Nam & priore casu, quem attulit Marcellus, liber factus legatum capere possit, nisi legato apposita fuisset conditio, *quamdiu serviet Titio*. Articulus *quamdiu* conditionem facit, *l. 4. de ser. leg.* Posteriore casu, si ad libertatem pervenire possit, si non cohæreret personæ ejus causa perpetuæ servitutis, certe perveniret ad legatum. Hæc ergo argumenta nihil lædunt Juliani definitionem. Est enim in eis captio duplex, captio figuræ dictionis, vel ut Joan. loquitur ex schola dialect. in *leg. 1. de reg. Cat.* est captio secundum quid & qualiter, quoniam à substantia legati fit transitus ad qualitatem legati vel legatarii: ab uno prædicamento fit transitus & occultus saltus ad alterum, hoc modo: *non potest servo legari quod liber factus capere non possit*. Ergo non potest servo legari, addita qualitate & conditione hujusmodi, *quamdiu serviet, vel servo, cui adbareat hæc conditio, ne unquam liber fiat*. Vitiosa ergo collectio est à substantia ad qualitatem. Altera captio est à simpliciter dicto ad non simpliciter dictum. Nam quod in propositione sumitur simpliciter, servo alieno eam tantum rem recte legari, quam liber factus capere potest, id in assumptione adjuncta conditione non simpliciter assumitur. Quæ mutatio fallaciam summam creat, sicut è contrario, quum à non simpliciter dicto quid ducimus ad dictum simpliciter. Denique calumniosa illa argumenta sunt. Recte calumniosa: Nam Arist. σοφισμα-
ρα appellare solet, συκοφαντισματα, id est, calumnias.

Ad L. XXVI. de Usu & usufr. leg. Sempronius Attalus ab

Y y y

bere

herede suo fundum in Italia Cajo post decennium, deducto A usufructu dari jussit: quæro, cum medio hoc decennii spatio heres visa functus sit: an post tempus decennii plenus fundus ad legatarium pertineat. Movet enim me quod dies legati hujus, sive fideicommissi cesserit, ac per hoc & ad heredem legatarii pertinere potuerit: & ideo quasi circa debitum jam legatum, mortuo herede, usufructus extinctus sit, nec ad heredem heredis pertinere possit. Respondi: Dies quidem fideicommissi, vel legati cedit statim, cum post tempus certum heres dare rogatur, sive jubetur, sed usufructus nondum est heredis, nisi cum dominium deducto usufructu præstitit: & ideo capitis deminutione, vel morte perire non potest, quod nondum habuit. Idem evenit si proprietas, deducto usufructu sub conditione legata sit, & pendente conditione, heres deceperit: tunc enim ab heredis herede incipit usufructus, qui ex persona ejus finitur: sed his casibus de sententia testatoris quærendum est, qui utique de eo usufructu detrahendo sensu, B qui conjunctus esset heredis persona, quo extincto, solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere, nec plus transmissi ad successorem suum, qui nondum habere cepit usufructum, quam si jam habere cepisset.

Ad §. Si fundus duobus, alii usufructus legatus sit: non trientes in usufructu, sed semisses constituuntur. Idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii, & alii proprietas legata est. Et inter eos tantum adcrefcendi jus est.

IN hac lege duæ sunt quæstiones. Prior pertinet ad hanc speciem: testator ab herede post decennium fundum, deducto & detracto usufructu, Cajo dari jussit verbis directis, aut verbis fideicommissi, id est, verbis precariis, nihil refert. Jubeo, quo verbo utitur Paul. hic, commune verbum est, quod modo imperandi significationem habet, l. 2. C. commun. de legat. Atque adeo directum est, id est, imperativum, nam quicumque imperat, verbis directis utitur: modo precandi tantum significationem habet, l. pen. §. quisquis, de legat. 2. l. Aurelius, §. ult. de lib. leg. sicut Græcis quoque καλῶς Eustathius scribit modo accipi δετικῶς, modo σιγαρικῶς. Quæritur autem hoc loco intra decennium herede mortuo, an post decennium plena fundi proprietas, non detracto usufructu, Cajo debeat ab herede heredis, qui etiam intelligitur esse heres testatoris, l. ult. C. de hered. instit. nec minus obligatur legatis à primo herede relictis, quam ipse heres primus, l. 64. de condit. & demonstrat. An ergo heres heredis debet præstare Cajo plenam proprietatem fundi, id est, plenum fundum, quasi morte primi heredis extincto usufructu, & reverso ad proprietatem, sicut amicam, & familiare semper est usufructui, ut quoquo modo finitus sit, recurrit ad proprietatem: Græci ajunt: φιλῆ γὰρ αἰ καὶ κατὰ τὴν ἀνατολὴν πρὸς τὸν δευτέρου. Solet enim semper usufructus ad proprietatem regredi: quæ res proprio nomine consolidatio dicitur, Theoph. σὺνθεσις, quia quæ nuda erat proprietas, vel ut idem Theophi. loqui solet, quæ nuda erat proprietaria, id est, proprietas eo pacto fit plena & solida, ut infra Paulus ait, solidam proprietatem. Et inde consolidationis nomen solidæ opponitur. Sola, id est, nuda, l. qui usufructum, §. 1. de usufr. Denique recurrente usufructu ad proprietatem, dominium fit plenum, fundus plenus, qui ante erat solus, id est, nudus: nam in jure fundi nomine plena proprietas significatur, §. ult. hujus l. 19. hoc tit. l. si tibi, de usufr. adcrefc. l. 26. 76. §. dominus, de legat. 2. l. eum, qui, §. si à te, de verb. obligat. An ergo mortuo primo herede usufructus recurrit ad proprietatem, atque ideo an pertinet ad Cajum, cui legata nuda proprietas est, non ad heredem heredis? Et tentari potest usufructum ad legatarium pertinere, id est, plenam proprietatem. Quia legatum ei relictum fuit in diem certum, puta post decennium. Ergo dies ejus cessit statim ex mortis testatoris tempore, ut puri legati: puri legati, & in diem certum relictis, dies statim cedit à morte testatoris, l. 5. quand. dies leg. ced. Etiam ante aditam hereditatem, l. heredis, hoc tit. & antequam legatarius cognoverit, sibi relictum legatum esse, l. ult. C. eod. tit. Cessionis autem duo sunt effectus, unus ut deberi incipiat legatum, licet ante diem peti non possit, Non om-

ne quod debetur, peti statim potest, l. 9. ut legat. nom. cav. l. quoties, de oper. lib. l. 8. §. ult. rem rat. hab. Alter hic est, ut ante diem mortuo legatario ad heredem ejus transmittatur legatum: qui duo effectus cessionis notantur in hac lege. Et ab hoc posteriori effectu Theophilus noster cessionem definivit, esse legati nondum percepti ad heredem transmissionem. Quod vero illa ratione tentari posse dixi in specie proposita, plenum fundum ad legatarium pertinere, id primum Paulus improbat, quia etsi verum sit ejus legati, vel fideicommissi diem cessisse statim ex mortis testatoris tempore, tamen verum non est, morte heredis primi amissum usumfructum fuisse, qui nunquam fuit heredis: neque videtur quisquam amittere id, quod nunquam ejus fuit, l. non videtur, de reg. jur. non fuit autem usufructus fundi heredis, quia ante diem adscriptum legato, heres fundi plenus dominus fuit, non usufructuarius: dominus in re sua usumfructum non habet, quia usufructus est servitus, & nemini res sua servit, l. 5. si usufr. per. Ergo morte heredis primi non fuit amissus usufructus, quia necdum adquisitus, aut constitutus erat in persona ejus, ideoque nec ad legatarium recurrit, qui nullus est usufructus, sed post decennium competente petitione legati incipit usufructus, & deducitur ab herede heredis, nuda autem proprietas legatario præstatur. Et addit Paulus, idem esse dicendum, si non in diem certum, ut in superiori specie, sed sub conditione fundus Cajo legatus sit deducto usufructu. Et sane idem dicendum est multo magis. Nam hujus legati conditionalis dies non cedit statim à morte testatoris, sed tum demum, quum conditio extiterit. Ergo & multo magis dicendum est, mortuo herede pendente conditione legati, & postea existente conditione usumfructum incipere ab herede heredis, & in ejus persona finire morte, vel capitis deminutione, non in persona primi heredis, qui nunquam usumfructum habuit. Et hæc quidem vera sunt, si subtilitatem nimiam juris spectas, non si latitudinem voluntatis testatoris: secundum quam defendi potest, verius esse, quod & initio tentavimus, ut & tandem ipse Paulus concludit, plenum scilicet fundum post decennium, vel post conditionem impletam legatario deberi. Quod confirmat Paulus his verbis, sed illis casibus, id est, sive in diem certum, sive in conditionem legatum: aut fideicommissum fundi relictum sit deducto usufructu, de sententia testatoris quærendum esse. Id est subtilitates illas juris, quas ante exposuimus, acumina illa, vel apices juris, & syllogismos esse omittendos, & potiore esse sententiam testatoris. Et ut ait l. ex facto, de hered. instit. totum facere voluntatem testatoris, nam quid senserit spectandum est. Et in specie proposita mens animi testatoris hæc semper fuisse præsumitur, sic Africanus declarat in d. l. qui usufruct. §. 1. ut deductus usufructus consisteret tantum in persona heredis primi, non in persona secundi, qui testatori incertus erat, & incognitus, l. sciendum, de verb. signif. Et ideo eo usufructu extincto, id est, ejus habendi spe erepta primo heredi mortuo intra decennium, ejus deductione secundus heres post decennium uti non potest, quia deductionem testator voluit permittere primo heredi tantum, non secundo, de quo nihil cogitavit. Ergo ex voluntate testatoris sequitur plenum fundum post decennium legatario esse præstandum, non ex jure, id est, juris subtilitate, sed ex voluntate testatoris. Atque ita fit, ut quemadmodum is, qui usumfructum habet in fundo alieno, eum non transmittit ad heredem suum, quia personæ ejus cohæret, & cum eo extinguitur, vel interit: ita etiam is, qui nondum usumfructum habere cepit, sed ejus tantum habendi, & deducendi spem habuit, & facultatem post decennium, si interim moriatur, eam spem, vel facultatem non transmittat ad heredem suum. Et hæc de priore quæstione.

AD §. Si fundus duobus. Sequitur alia quæstio: supra jam diximus, fundi appellatione plenam proprietatem, plenum dominium significari: ex eo sequitur, fundo conjunctim duobus legato, & tertio usufructu fundi legato, etiam duobus illis conjunctim usufructus portionem deberi, hoc est certissimum. Sed quæritur, quæ portio usufructus eis debeatur, quam immisceant proprietati, & quemadmodum inter

cos, & tertium usufructus dividi debeat, utrum in capita, A in partes viriles, id est, in trientes, an in semisses? Et ait, verius esse, ut semisses in usufructu constituentur, puta ut tertius semissem ferat, cui legatus usufructus est: duo autem, quibus fundus conjunctim legatus est, alterum semissem ferant, quia propter conjunctionem verborum quasi in unum corpus redacti videantur, pro uno habentur, qui sunt duo, *l. plane, in princ. de leg. 1. l. un. s. bis ita, C. de cad. toll.* quæ conjunctio etiam efficit, ut inter eos tantum sit jus adcrendi. Eademque ratio servatur ex contrario, si conjunctim duobus legatus sit usufructus & separatim tertio usufructus: nam & hi duo conjuncti semissem usufructus ferent, alterum semissem tertius. Præterea inter eos duos, qui re, & verbis conjuncti sunt, versabitur jus adcrendi, quia conjuncti unius personæ potestate funguntur. Et idem omnino dicit Africanus in *B l. si proprietatis, de usufr. adcrend.* quam miror Accursium non annotare in specie legis si tibi, *ead. tit.* recte ait Accursius fieri trientes, & inter omnes versari jus adcrendi, quia tribus conjunctim legatus usufructus erat. In specie autem hoc loco proposita fieri semisses, & inter eos tantum, qui in unum semissem conjunguntur, versari jus adcrendi, id est, uno ex iis deficiente, adcrendere tantum alteri portionem deficientis, qui re, & verbis conjunctus est, non etiam tertio, qui re tantum conjunctus est. Conjunctum re, & verbis præferri conjuncto re tantum, *l. re conjuncti, de legat. 3.* Cæterum deficiente utroque conjuncto, puta utroque repudiante legatum, tum semissem adcrendere conjuncto re tantum.

Ad L.VII. de Opt. leg. Imo etsi quosdam servos distraxit, quosdam retinuit, non est audiendus legatarius, si velit optare ex retentis ab herede, cum disposuerit familiam heres. C

Hæc lex pendet ex eo, quod de servorum optione, sive electione legata Pomponius tradit in *l. prox. sup.* Electio servorum, vel legatur adjecto certo numero servorum, puta, ut eligat quatuor, aut quinque, quos volet legatarius, aut non adjecto ullo certo numero. Item legatur, vel adjecto certo tempore: intra quod legatarius eligat, vel non adjecto: si non sit adjectus certus numerus, legatarius tres tantum eligere potest, *l. 1. sup. hoc tit.* Hujus definitionis ratio proficiscitur ex frugalitate veterum, qui contenti erant tribus servis, qui paucitate, non multitudine servorum delectabantur, ut in *l. si legatario, s. 2. de fideic. libert.* Proponitur testator tres tantum servos habuisse. Marcus Cato superior tribus servis comitatus Consul. Hispaniam rexit, auctore Valer. Max. & Apulejo in Apologia pro se ipso. Jul. Cæsar in Britannia expeditione duxit tres tantum servos auctore Athenæo in *cap. ult. lib. 6. Platoni* quoque tres servos tantum fuisse auctor est Seneca *lib. de consolat. ad Albinum.* Et inde sumenda est ratio ejus, quod dicitur in *l. 1. hoc tit.* ex rescripto divi Pii, eum, cui servorum electio legata est non adjecto numero, tres tantum eligere posse: legatum ergo non est inutile. Et tamen si nummi legentur, nullo adjecto numero, inutile legatum est, *l. ita stipulatus, de verb. oblig.* quia ad minimum redigi potest, & nulla concurrat hic frugalitatis ratio, quæ numerum finiat. Si autem adjectum non sit tempus certum, intra quod servos legatarius eligeret, Pomponius in *l. prox. sup.* docet, præterea tempus certum decernere debere causa cognita, intra quod legatarius eligat, & nisi E intra præfinitum tempus elegerit, legati petitionem ei denegatum iri. Et hoc ita decernit prætor, ne quo minus ab herede fiat venditio, pignoratitio, vel manumissio servorum impediatur, neve facta post tempus illud quodcumque eligente legatario interpelletur, & rescindatur infinita licentia eligendi quodcumque brevitate temporis, aut certo temporis spatio à prætore constringitur, & coercetur. Denique decretum prætoris facit, ne legatarius in infinitum eligere, & quem elegerit vindicare possit: ne mora fiat heredi cupienti servis hereditariis uti, & eos, vel vendere, vel donare libertate, vel pignori dare. Et ita si testamento non sit adjectum certum tempus, intra quod heres scriptus

Tom. II. Post.

adeat hereditatem, id prætor decernere, & definire solet, ne mora longior fiat creditoribus hereditariis, *l. si quis insinuatur, s. 1. & seq. de hered. inst.* Item si tibi electio servi, mihi reliqui servi legati sint, decernere prætor solet, nisi tu intra certum tempus optaveris, legati actionem tibi non dari, *l. seq. hoc tit.* Inde quaeritur, quid sit dicendum, si elapso die præfinito, & præfinito decreto prætoris ad eligendum, adhuc res sit integra, id est, si nullos servos heres vendiderit, vel pignoraverit, vel manumiserit, an adhuc liberum, & integrum sit legatario eligere? Et ita Pomponius videtur in *l. prox. sup.* quia hoc casu decreti prætoris ratio cessat, quæ in eo consistit, ne damnum subeat heres: puta, ne emptori teneatur de evictione, electo servo vendito, & vindicato, ne emptori teneatur actione ex empto, ne creditori actione pignoratitia, ne legatario actione ex testamento electo servo manumisso. Quod damnum sane nullum subiturus est, si res omnis sit in integro, si nihil contaminaverit, vel deintegraverit heres. Contaminata Cicero opponit integris, & ait, decreti non sermonem tantum, sed & sententiæ causam, rationem & finem inspicere oportere. At si res non sit integra, ut puta si heres post præfinitum tempus à prætore omnes servos hereditarios, vel aliquos ex iis distraxerit, pignoraverit, vel manumiserit, legatario prorsum excluso, tuenda, non interpellanda venditio est, vel pignoratitio, vel datio libertatis, nec casu aliquo servis postea reversis in dominium ac potestatem heredis, actio legatorum semel amissa restituenda est, *l. qui res, s. aream, de solut.* Notandum hoc loco, quod hic Pomponius ait, rem non esse integram, non tantum si omnes, sed et si aliquos ex servis heres manumiserit, aut vendiderit, aut pignoraverit. Quod ita apertius Paulus definit in *l. 7.* ut nec ex servis, quos retinuit heres post diem decreto præfinitum legatarius eligere possit, quia jam heres disposuit familiam suam: familia proprie dicitur de servis, de famulatio, alios alienando, pignorando, alios retinendo, quasi extincta electione legatario data. Ergo res non est integra.

Ad L.XI. de Alim. vel cibariis leg. Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est: respondi, eum & præcedentium annorum recte cepisse alimenta, & sequentium deberi ei.

EX hac lege intelligitur damnatum in metallum, qui aliorum legatorum incapax est, quia servus est pœnæ, non fisci, aut ullius certi hominis, sed pœnæ, & cruciatus, & ideo dominum non habet, ex cujus persona cum eo testamenti factio sit, legatum tamen alimentorum vestiarii, calcearii, habitationis capere posse, quod *l. 3. de his, que pro non scrip. hab.* ostendit illo loco, *extra causam alimentorum,* quod scilicet legatur damnato in metallum pro non scripto esse extra causam legatorum. Et ideo, ut in hac lege proponitur, sic enim explicanda est, non secundum summariam Bart. damnato in metallum alimentis legatis, dum metalli pœna fungitur, recte percipit alimenta. Quod significatur his verbis, *præcedentium annorum,* quibus scilicet metallo servivit, *recte cepisse alimenta:* sed et si restituitur indulgentia principis, ut præcedentium annorum, quibus pœna functus est, alimenta cepit recte, ita sequentium annorum restitutione in integrum alimenta ei jure debentur. Hoc enim humanitatis, & misericordiæ ratio extorsit: ne & summa pœna affecti, priventur quotidianis alimentis. Quæ etiam ratio efficit, ut servis nostris, quibus alias legamus inutiliter sine libertate, recte tamen alimenta relinquamus etiam sine libertate, utque ea heres extra ordinem, quia servus homo iudicio ordinario experiri non potest, ut, inquam, ea heres extra ordinem interventu prætoris, aut proconsulis servis præstare compellatur, *l. servos, inf. hoc tit.* Simmach. in epist. ad Theodosium, *Servis, inquit, testamentorum commoda iusta non negamus:* commoda, id est, alimenta. Eademque ratio efficit multo magis, ut deportatis, et si cum eis non sit testamenti factio, quia sunt peregrini, non cives, & liberi tamen sunt, et si, inquam, cum eis non sit testamenti factio, *l. 1. C. de hered. inst. l. 7. & 36. C. de hæretic.* iis tamen æque alimenta

Y y 2

legen-

legentur recte, l. 16. de interd. & releg. quæ una est ex iis, A
quasi illi titulo, qui mutilus erat, ex Basilicis restitimus.
Deportatis ergo recte legantur alimenta ex rescripto An-
tonini. Cui tamen ob stare videtur lex 3. hoc tit. quæ ait, ei,
qui in civitate esse desit, cujusmodi est deportatus, alimenta
legata non deberi, alimentorumque legatum non finiri
tantum morte legatarii, sed & deportatione in insulam.
Sed hoc ita procedit, si cum civis esset, legatum acceperit,
quia legato tacita conditio inest, quandiu in eadem causa
manserit, argumento l. cum quis, de solut. Cui tamen sen-
tentiæ rursus obloqui videtur l. pen. sup. de cap. min-
quum ait, legatum in annos, aut menses singulos relictum,
& habitationis legatum capitis deminutione interveniente
perseverare, morte finiri naturali, morte civili, id est, ca-
pitis deminutione non finiri: sæpe in annos, aut menses
singulos legatum relinquitur certæ quantitatis alimento- B
rum causa, l. quidam, de pact. dotal. Et habitatio pars ali-
mentorum est, l. 6. & ult. hoc tit. Sed ut respondeam, quod
dicitur in d. l. pen. pertinet tantum ad minimam capitis
deminutionem, veluti emancipationem, vel adrogationem:
ut & duæ superiores leges ad eam tantum minimam
capitis deminutionem spectare, & pertinere videntur. Id-
que ratio l. pen. demonstrat. Non pertinet ergo, & lex pen.
ad eam capitis deminutionem, de qua tractamus, puta ad
maximam, veluti damnationem in metallum, quæ plectit
civitate, & libertate: non pertinet etiam ad mediam, veluti
deportationem, quæ plectit civitate tantum, & damnatum
redigit ad peregrinitatem: non pertinet, inquam, ad ma-
ximam, vel mediam capitis deminutionem, nisi aliud sua-
deat sententia testatoris. Ratio autem ejus legis, cur capi-
tis deminutione minima interveniente perseveret legatum C
habitationis, vel legatum annuum, aut menstruum, hæc
est, quia talia legata magis in facto, quam in jure consi-
stunt, id est, in eis versatur factum, ut corporalis detentio,
vel incubatio domus comparatæ ad habitandum, vel ali-
mentorum perceptio, & absumptio potius, quam jus. Et
quæ facti sunt, jure civili infirmari non possunt, ut eman-
cipatione, arrogatione, l. 1. §. si vir, de adquir. poss. neque
vero quod de habitatione dicitur in d. l. pen. aptari ullo
modo potest ad capitis deminutionem maximam, vel me-
diam, quia qui hanc, vel illam passi sunt, non possunt in
ea civitate morari, unde ejecti sunt, ubi domus est, cujus
habitatio eis legata est. At fateor jam passo maximam, aut
mediam capitis deminutionem, necdum pœna absoluto,
recte alimenta legari ex suprascripto rescripto Antonini, d.
l. 16. Humanitatis ratio exigit, ne & damnatis capitali pœna D
quotidiana alimenta invidemus.

Ad L. XXV. de Lib. leg. Legavi Titio quod mihi debetur, vel
adjecta certa quantitate sive specie, vel non adjecta: aut ex
contrario, æque cum distinctione, veluti, Titio, quod ei de-
beo, vel ita, Titio centum, quæ ei debeo: quæro, an per
omnia requirendum putes, an debitum sit? & plenius rogo, quæ
ad hæc spectant, attingas: quotidiana enim sunt. Respondi: si is,
cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit: nihil interest,
heredem suum jussit, ut eum liberaret: an prohibeat eum exi-
gere: utroque enim modo liberandus est debitor, & utroque
casu competit ultro ad liberandum debitori actio. Quod si
etiam centum aureorum, vel fundi debiti mentionem fecit: si
quidem debitor fuisse probetur, liberandus est: quod si nihil de-
beat: poterit dici, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam pe- E
ti, quod comprehensum est, posse: sed poterit hoc dici: si ita le-
gavit: centum aureos, quos mihi debet: vel, Stichum,
quem debet, heres meus damnas esto non petere. Quod
si sic dixit: heres meus centum aureos, quos mihi
Titius debet, damnas esto ei dare: etiam illud tentari
poterit, ut petere possit, quasi falsa demonstratione adje-
cta, quod mihi nequaquam placet: cum dandi verbum
ad debiti referre se testator existimaverit. Contra autem,
si debitor creditori legat, nullam utilitatem video, si sine
quantitate legat. Sed & si id demonstrat, quod debere se
confitetur: nulla utilitas est, nisi in his speciebus, in quibus
emolumentum debiti ampliatur. Quod si centum aureos:
quos se debere dixit, legavit: si quidem debet, inutile est

legatum, quod si non fuit debitor, placuit utile esse legatum:
certa enim nummorum quantitas similis est Stichum legato cum
demonstratione falsa. Idque & divus Pius rescripsit, certa
pecunia dotis acceptæ nomine legata.

IN hac l. proponitur species hujusmodi. Creditor debi-
tori legavit, quod sibi ab eo debetur: vel adjecta certa
quantitate seu specie, quæ debetur hoc modo, Titio cen-
tum aureos, quos mihi debet: vel Titio Stichum, aut fundum,
quem mihi debet: vel non adjecta quantitate sive specie,
certa simpliciter, hoc modo: Titio, quod mihi debet, do,
lego: Vel contra, fuge debitorem, quod debet creditori
legasse, vel adjecta quantitate, sive specie certa, vel non
adjecta. Quæritur, an legatum valeat, etiam si nihil testa-
tori debeatur, nihilve testator debeat, & an omnino re-
quiratur, ut debitum sit, ut debiti causa sublit? Et consul-
tor rogat Paulum, ut plenius, quæ ad hæc spectant, attingat,
& exsequatur, quod quotidiana, inquit, sunt. Unde
nostri DD. notant iis maxime quæstionibus esse operam
impedendam, quæ quotidianæ sunt: qua de causa Cajus
libros rerum quotidianarum scripsit VII. sive aureorum,
ut & alibi semper, & scribit hoc loco. Aurea sunt, quæ cot-
tidiana sunt, cum ipse Paulus, tum etiam alii auctores co-
tidianum per c. & o. non per q. quia cotidie non à quo-
to die dicitur, sed à continentie die, ut Papinianus ait. Et
quia consultor plenius ait rogo te, ut quæ ad hæc specta-
rent, attingas. Hinc aliqua ex parte dignosci potest, quid
distent quæstiones à responsis, libri quæstionum à libris
responsorum ejusdem auctoris, cum in libris quæstionum
responsa contineantur. Et sane responsa sunt ad quæstio-
nes propositas oracula quædam admodum brevia, & con-
cisa: quæstiones desiderant pleniora responsa, ut hoc loco
ait, plenius attingas, quæ omni ex parte rem, de qua agitur,
pertractent: vel etiam quæstiones sunt deliberationes
agitatæ diligentius in consiliis, & auditoriis iudicium ad-
hibitis JC. in l. Titius, & l. seq. de act. emp. in l. lecta, de
reb. cred. l. Claudius, qui pot. in pign. hab. Ad quæstionem
propositam Paulus rescribit primum de creditore, qui
quod sibi debetur, legavit debitori, qui certe debitum ei
remittere voluit. Et nihil refert, heredem suum jussit
debitorem liberare, an prohibuerit debitorem exigere,
quoniam utroque casu debitori ultro competit actio ex
testamento, ut ab herede liberetur per acceptilationem:
ultro, id est, etiam si non conveniatur ab herede: Nam
convento certe exemplo actionis, datur exceptio doli
mali, quia contra voluntatem testatoris convenitur, l.
apud, §. praterea, de doli mal. & met. except. l. 1. §. si debi-
tori, ut in possess. legat. l. 3. §. nunc de effectu, b. 1. §. si cre-
ditoris, C. de fid. Nihil etiam interest, adjecta necne fuerit
legato, quæ debetur quantitas, vel species certa. Et hoc,
si legatarius debitor fuisse probetur. Quod si legatarius
debitor non sit, adjecta certa quantitate poterit dici, in-
quit, quasi falsa demonstratione adjecta etiam petere le-
gatarium posse illam quantitatem certam, quia falsa de-
monstratio, ut superflua, non vitiat legatum. Poterit hoc
dici, ut ait hoc loco, & infra, poterit tentari, sed falso. Pri-
mum enim si ita testator dixerit 100. aureos, quos mihi
Titius debet, vel Stichum, quem mihi Titius debet, heres
meus damnas esto non petere, vere dici non poterit Titio
deberi centum, vel Stichum, quia non centum, vel Sti-
chum heres dare, sed non petere damnatus est. Itaque
hoc loco deest negatio, id est, ita legendum est: sed non po-
terit hoc dici, si ita legavit 100. aureos, &c. Nam etsi here-
dem damnaverit, non ut ne peteret à Titio, sed ut Titio
daret centum, vel Stichum, si heredem damnaverit Titio
dare centum aureos, quos sibi Titius debet, vel Stichum,
quem debet, & nihil Titius debeat, verius est nihil deberi
Titio, quia testator verbum dandi retulisse videtur ad de-
bitum, & dare accepisse pro condonare, & remittere,
l. ult. hoc tit. Heres meus damnas esto Titio dare centum
aureos, quos mihi debet, id est, condonare, remittere,
acceptos facere. Inutile igitur legatum est, quoquomodo
quis quasi creditor non debitori id, quod sibi deberet,
legavit, l. 14. sup. hoc tit. Hæc de creditore, aut quasi cre-
ditore,

ditore, qui debitori, aut ut debitori legavit, quod sibi debetur. Nunc dicamus de debitore, aut velut debitore, qui creditori legavit quod debet, & ut sive expresserit tertiam debiti quantitatem, certumve corpus, sive non expresserit, statim præcidit Paulus, inutile esse legatum, quod jam ante dixerat in *l. debitor*, de leg. 2. inutile esse legatum, nisi, inquit, in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. In his enim speciebus utile legatum est, quia in legato amplius est, quam in debito. Species vero hæc sunt, si debitor creditori leget pure, quod debet in diem, vel sub conditione, quia legato inest emolumentum repræsentationis, *l. 15. hoc tit.* si debitor creditori pure leget id, cujus præstationem loci, vel modi adjectio remorabatur, *l. 29. de legat. 1.* aut differebat, qua specie legati, ea dilatio remitti videtur, & festinatione, aut prorogatione ampliari debitum. Item si debitor, qui agente creditore se tueri potest exceptione perpetua, id, quod debet creditori legaverit, quia remississe eam exceptionem videtur, *l. 14. hoc tit. l. 28. de leg. 1.* si quod prætorio, non civili jure debet, legaverit, quia civili actione, qualis est actio ex testamento, ampliatur quod prætoriam tantum actione peti poterat, *d. l. 28.* Et utique pinguior est civilis, quam prætoriam actio, nimirum, quia civilis perpetua est, prætoriam plerumque annua, quia prætoris imperium erat annum. Item si creditoris interfit ex testamento potius debitum petere, quod id consequi non possit ex pristina obligatione, antequam de suo aliquid erogaverit, quæ erogatio remittitur debito prælegato, ut in specie *l. 12. sup. hoc tit.* Postremo si debitor, quod debet ex stipulatu legaverit creditori per vindicationem, quia actione in rem debitum ampliatur, ex quo tantum competeat actio in personam: & melius est, quod debetur vindicare posse, quam petere tantum à debitore posse, *d. l. 28.* Hæc sunt species, in quibus emolumentum debiti ampliatur per legatum, & idcirco utile est legatum. Eis speciebus detractis, quoties debitor creditori suo legat, inutile est legatum: debitor, inquam, verus: nam si non debitor, quasi debitor legaverit simpliciter quod debet, inane quidem est legatum: Sed si non debitor, quasi debitor legaverit certam summam, vel speciem quali debitam, ut *lego Titio centum, quæ ei debeo*: vel *Stichum, quem ei debeo*, certe utile est legatum, etiam si falsum sit eam summam, vel speciem L. Titio deberi. Et hoc casu locus est regulæ juris vulgo jactatæ, *falsam demonstrationem non perimere legatum*. Unde & si vir uxori ita legavit, *centum, quæ mihi doti dedit*, utile est legatum, licet eam quantitatem uxor doti non dederit. Et ita Divus Pius rescripsit, ut Paul. refert in extremo hujus legis: & in eadem specie idem rescripsisse Severum, & Antoninum relatum est in *§. sed si uxori*, *Inst. de legat.* Altera quæstio est in *leg. seq.*

Ad L. XXX. eod. Petitor, vel possessor damnarii heredem suum, ne centumvirale judicium exerceat. De effectu legati queritur, & dictum, ita demum utile videri legatum esse, si malam causam adversarius testatoris habuit, ut litigante herede vinci debuerit: tunc enim non tantum litis emolumentum, sed etiam sumptus heres legatario præstare cogitur: nam in bona causa nihil videtur esse in legato, nec propter sumptus: quod quidam existimaverunt.

QUI egerat centumvirali judicio, id est, petitione hereditatis: vel possessor, cum quo actum erat eodem judicio, damnavit heredem suum, ne illud exerceat, sed ab eo desisteret. Exercere judicium, est commune actoris, & rei. Uterque id exercet, dum id persequitur, quod jam inchoavit, quæ & exercitio litis, sive exercitatio dicitur, *l. 1. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* Queritur, an valeat tale legatum, ne heres actoris, vel ne heres rei, testamentum scilicet faciente actore, vel reo institutum judicium centumvirale exerceat de hereditate? Et distinguit Paulus: aut malam causam adversarius testatoris habuit, ut litigante herede vinci debuerit, aut bonam, ut litigante herede vincere debuerit. Priore casu utile est legatum, eoque continetur, ut quasi victus heres ei cedat lite, sive re, qua de agitur, &

A præterea refundat ei omnes sumptus litis, ut more judiciorum receptum est, ut victus victori reddat omnes sumptus litis, aut si eos perperam victo remittat, judex ipse, qui non nisi ex iustissima causa, & nominatim quidem debet victo sumptus remittere, *Nov. 82. l. 1. §. 1. de vacat. muner. l. properandum, C. de judic. l. eum, quem temere, de judic. l. qui solidum, §. etiam, de leg. 2. l. 3. C. Theodos. de fruct. & sumpt. Cassiod. 9. variarum*, aut rex Gothorum apud Cassiod. eo in libro, *litium expensas*, inquit, *judicio superatus exsolvat, quo huic dantur fomenta detestabilis iurgii, cum improbi vincantur illæsi.* In Gallia primum vincebatur quisquis illæsus, nec victori reddebat impensas, & inde forte, quod poeta objicit, Gallia facta est nutricula litium, nutricula Causidicorum. Quod ostenditur in eo libro, quem jam dum Consiliarius quidam Parisiensis edidit, & inscribitur *Summa ruyalis*, optimus liber. Deinde obtinuit, ut victus redderet tantum sumptus factos in causa appellationis. Et ad extremum secundum jus civile populi Romani, & in omni lite. Et hæc de priori casu proposito in hac lege, quum adversarius testatoris malam causam habet, quo sane constat valere legatum. Posteriore autem casu, quo bonam causam habet, nulla est utilitas legati, nec propter sumptus litis, ut nec quum debitor creditori legat, quia eos heres judicio superatus sine dubio adversarius testatoris debet. Porro, de emptore, quod hic attingit Accursius breviter omne ita se habet: Aut est emptor hereditatis, id est, juris, aut emptor certi corporis, emptor hereditatis, cui mota lis est de hereditate, sive obtinuerit litem, sive non, sumptus litis non repetit à venditore, *l. 1. C. de evict.* quia nec venditor ei tenetur de evictione. Vendidit enim ei jus quale quale: emptor autem corporis, cui facta est controversia de proprietate, si non obtinuerit litem, sumptus repetit à venditore, ad quem etiam regressum habet totius rei evictionis nomine, *l. 17. C. de evict. l. fidejussor, de doli except.* Si emptor litem obtinuerit, sumptus non repetit à venditore, sed ab adversario, quem vicit, juxta supradictam regulam, *ut victus victori, &c.* Nisi & venditor ipse caverit, se omnimodo sumptus agnitorum.

Ad L. CXXXVIII. de Verb. oblig. Si duo rei stipulandi ita existissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur: ei, qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur: quia non alterius nomine ei solvitur, sed suæ obligationis, quæ nulla est. Eadem ratione, qui Stichum, aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiam si deserit ejus esse, non recte solvitur: quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

Certum est, obligationem, quæ ex stipulatione nascitur, in ejus tantum persona consistere posse, id est, ei tantum adquiri posse, qui stipulatur sibi dari, vel fieri, non si sibi, & alteri stipuletur, vel alteri tantum; quia ex stipulatione facta alteri nulla nascitur obligatio, nulla queritur obligatio stipulatori, vel alteri absenti: solutio etiam in alterius persona consistere potest: ut si stipuler mihi, aut Titio, obligatio in mea persona consistit, solutio in persona Titii, qui appellatur adjectu solutionis gratia. Ego sum creditor: Titius non est creditor, sed adjectus tantum solutionis gratia, nam etiam me invito, Titio promissor solvit recte meo nomine, antequam ego petierim, quia semel stipulatione comprehensam conditionem, ego qui stipulatus sum, mutare non possum. Et hoc casu quodammodo stipulatio obligat ultro citroque, quæ alias est *μονοπλευρος*, id est, ex uno latere tantum, quæ alias obligat tantum ex una parte, nimirum ex parte promissoris, non stipulatoris. Denique si stipuler mihi, aut Titio, mihi soli debetur, Titio autem solvi potest, ego solus petere possum quod in stipulationem deductum est: Titius id non potest petere, sed solutum recte accipere potest, & quod accepit, mihi reddere debet mandati judicio: contra, si stipuler non mihi, aut Titio, ut posui, sed *Titio, aut mihi*, tota stipulatio est inutilis, quia Titii persona, quæ primo loco polita est, videtur applicata obligationi, non solu-

tio-

tionem, & hoc probatur omnino l. *Cajus, sol. matrim.* & ibi A rationem uberiori tractatu factam satis exposui lib. 6. *supr.* Quod si stipuler mihi, & Titio decem dari, quia & hoc modo Titii persona obligationi applicatur, non solutioni, pro parte mea utilis stipulatio est, pro parte Titii inutilis, l. *si mihi, & Titio, l. cum, qui ita, in princip. hoc tit.* Denique cum stipulatione persona alterius comprehenditur, vel comprehenditur obligationis, non solutionis gratia, in ejus persona concepta stipulatio nullius momenti est, adeo ut nec pro adjecto solutionis gratia haberi possit, nec ergo ei deberi, aut solvi recte, in cujus persona non consistit obligatio, nec solutio, l. 126. §. *Crysgonius, hoc tit.* illo loco, ut nec ad solutionem proficiat adjectio absentis, cui principalis obligatio querebatur, &c. id est, cui principaliter, ut obligatio querebatur, agebatur, sed frustra, & inutiliter. Idem probat hæc lex 128. Cujus species hæc est: duo sunt ejusdem servi stipulatores, Cajus, & Sejus, qui eum servum sibi dari separatim eodem tempore stipulantur, & Cajus utiliter quidem sibi Stichum illum dari stipulatur, Sejus inutiliter, quia jam Stichi dominus est, l. *si id, tit. seq.* Sic fit ut Cajus, & Sejus non constituatur eo modo duo rei stipulandi, quia in utriusque persona obligatio non consistit, puta Seji, quia Stichus ejus est, neque ei solvitur recte, neque ut reo principali, quia in ejus persona obligatio non consistit, neque ut adjecto solutionis gratia, quia id non est actum, ut esset adjectus, sed ut ei querebatur obligatio, & jus stipulationis, quod tamen inutiliter actum est. Sejus ergo, neque est, quod agebatur, ut esset, id est, reus principalis: neque est, quod non agebatur, ut esset, id est, non est adjectus solutionis gratia. Et ita filio impuberi heredi instituto substitutus in secundum casum ultra pubertatem, puta, *si filius moreretur intra 25. annum, filio mortuo pubere: neque venit ut substitutus, quia jure non potest: neque venit ut adjectus coheres, quia pater noluit eum filii coheredem esse, quæ est sententia l. verbis, de vulg. & pupil.* Quod vero diximus de personis, ut in quibus non consistit obligatio, non consistat etiam solutio, idem addit Paulus servari in rebus deductis in stipulationem. Nam si ego stipuler mihi dati Stichum, aut Pamphilum, & Pamphilus meus sit, in Sticho tantum consistit obligatio: in Pamphilo, neque consistit obligatio, neque solutio; etiamsi postea Pamphilus defierit esse meus, quia & in stipulationibus regula Catoniana locum habet, id est, quæ ab initio inutilis fuit stipulatio Pamphili, quod meus esset, etiam ex post facto alienato Pamphilo non convalescit, §. 1. *Instit. de inut. stipul.* quem locum hæc lex valde confirmat.

Ad L. XII. de Stip. serv. Nam cum uterque obligationis capax sit: non invenimus, quis adjectus sit, quia non est, qui petere possit.

Superiori vero legi conjungenda est lex hæc 12. de stipul. serv. in qua etiam ostenditur, in quibus, vel in quo obligatio non consistit, nec consistere solutionem. Finge, servus communis Primi, & Secundi stipulatus est primo, aut Secundo dari sub disjunctione. Inutilis est stipulatio, quia incertum est in cujus persona consistat stipulatio. Incertum utri queratur actio ex stipulatu, Primo, an Secundo, l. 1. §. pen. l. 9. §. ult. l. 10. 11. & 21. hoc tit. Uterque dominus, est capax obligationis, ut Paulus ait in hac l. 12. & ideo neutri acquiritur obligatio, quia utrique acquiri non potest: & cui potius acquiratur, non apparet, cum par sit utriusque domini causa. Qua ratione etiam non apparet, quis eorum sit adjectus solutionis gratia. Denique non apparet quis petere, aut quis solutum accipere possit, & omnino quoties illud non apparet, nec hoc apparere potest. Et ut dicitur in l. 13. hoc t. *rd i'ca'zov* sic est scriptum, corrumpit stipulationem, & solutionem *rd i'ca'zov*, id est, par causa dominorum: quod verbum Jurisconsulti mutantur à Rhetoribus, de quo vide Hermogenem lib. 1. *περ' τὸν ὁμοῦτον*, facientem aliud *rd i'ca'zov*, τὸν ἀπαγματων, & *rd i'ca'zov* τὸν ἀποστίλον, quia quidquid dixerit Primus sibi afferendo obligationis, vel solutionis gratia, idem & Secundus dicitur est. Itaque sibi invicem obstant si servus

stipularetur domino, aut Titio extraneo, liquido apparet in dominum obligationem, in extraneum solutionem conferri, quoniam dispar est causa domini, & extranei, & *rd i'ca'zov* confirmat obligationem, & solutionem, si stipuletur illi, aut illi domino, & *rd i'ca'zov* corrumpit utrumque. Hujus regulæ clausula est in l. 89. de reg. juris, qua nihil est apertius.

Ad L. LXXXIX. de Regulis jur. *Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur.*

Quamdiu testamentarius heres separatur aliqua ex parte, si partis sit capax, quamvis si solidi, sive assis non sit capax, legitimus heredem non admitti, non succedere legitimus heredem antequam exclusus sit testamentarius, vel tempore, vel repudiatione, vel querela inoffic. testamenti, quæ intestatum testatorem facit, vel quo alio jure, legitimam hereditatem cedere testamentaria, l. *illud, l. quamdiu, l. in plurimum, de acquir. hered. l. 8. C. commun. de success.* Idemque servatur in tutela: legitima tutela cedit testamentaria, l. 11. de testam. tut. l. 9. de tut. & rat. dist. Ab hac regula notissimum est excipi casum legis si quis ita heres, de hered. inst. Si testamento heres institutus sit sub hac conditione, si legitimus heres hereditatem vindicare noluerit, legitimo vindicante ab intestato (neque enim vindicare potest ex testamento, cum non sit scriptus) deficit conditio adscripta institutioni heredis, & legitimus præfertur testamentario, nimirum ex manifesta voluntate defuncti, qui voluit non aliter testamentarium vocari, quam si legitimus respuerit hereditatem.



JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XI. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES,

Ad L. XXXIV. de Adoption. *Quæsum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium, puta, eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit? & Labeo putat, nullam esse actionem: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere.*

ADOPTIO, ut Theophilus definit, est actus legitimus, naturam imitans, qui scilicet in jure id est, apud prætorem, vel præsidem solemniter, & ordine peragitur. Actus legitimus, & legis actio idem est. Et adoptionem esse legis actionem constat ex l. 4. hoc tit. & l. 3. de offic. Procons. Unde & in h. l. 34. actio non est persecutio juris sui, sed legis actio. Sane in *l. actus legitimi, de reg. jur.* mancipationis verbo, quod latissime manat, continetur etiam datio in adoptionem alteri, qui enim à patre naturali dabatur in adoptionem alteri: adoptatur mancipabatur per æs & libram, l. ult. C. hoc tit. *Aul. Gellius:* adoptantur, inquit, quum à parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, & ab eo, qui adoptat, apud quem legis est actio, vindicantur. Suet. in Augusto: Augustum, Lucium, & Cajum adoptasse domi emptos à patre per æs & libram. Tert. in apolog. adoptandos melioribus parentibus emancipatis, &c. Jus autem, & conditio cujuscumque actus legitimi hæc est, ut ad tempus fieri, ut tempore finiri non possit, d. l. *actus legitimi.* Temporis adjectio actum legitimum, sive legis actionem vitiat, & corrumpit in totum. Unde quæ est sententia hujus legis, si pater naturalis tibi filium dederit in adoptionem, ea lege, ut eum habeas usque ad triennium post triennium, ut ei eundem remancipes, & des in adoptionem, quia honeste reverti non potest in potestatem patris naturalis, nisi adoptione, l. 12. hoc t. ita facta adoptio nullius momenti est, nulla est legis actio, quia moribus nostris non convenit filium temporalem habere.

Ad L. LIII. de Pecul. Si Stichus peculium, cum mammitteretur adeptum non est, videtur concessum. Debitores autem convenire, nisi mandatis sibi actionibus non potest.

Mul:

Multum interest, utrum servus testamento manumittatur, an inter vivos, ut censu, aut vindicta. Nam testamento manumisso concessum peculium non videtur, nisi specialiter legatum sit, manumisso inter vivos tacite concessum videtur, nisi ademptum sit nominatim, *L. unica, C. de peculio ejus, qui liber. mer. l. 19. de pecul. leg. §. pecul. Instit. de leg.* Ratio differentie hæc est, quia dominus manumittendo servum inter vivos, peculium neque alii dat, neque sibi recipit: & ideo cum libertate tacite id in manumissum transferre videtur, quod sibi neque alii recipit nominatim. At manumittendo in testamento peculium servi manumissi cum universo suo jure heredi scripto relinquere intelligitur, quod scilicet servo, vel alii non legat specialiter. Hæc lex est de manumisso inter vivos, cui etiam ait, tacite concessum videri peculium, quod nominatim ademptum non est, non tamen cessas etiam videri manumisso actiones contra debitores peculiarias. Itaque etsi debitores peculiarias ei recte solvant, & solvendo liberentur, *l. 3. inf. de manumiss.* non tamen ab eo debitores peculiarias conveniri possunt, nisi dominus, qui eum manumisit, nominatim ei cesserit, & mandarit actiones, eo facto procuratore in rem suam. Facilius manumissum sequitur peculium, quam actio peculiaris, quæ cohæret personæ domini: sed (ut opinor) eam manumisso cedere debet, cui & peculium concessit, *l. 3. pro soc. Creditoribus quoque peculiariis ex sententia Proculianorum, quæ obtinuit, adversus dominum actio peculiaris, quam habere cœperunt, perseverat, nec datur adversus manumissum, licet peculium habeat. Qua de re, uberiore tractatu facto admonuimus in l. frater à fratre, de condi. insteb.*

Ad L. LXVIII. de Leg. II. Sequens quæstio est, an etiam, quæ vivus per donationem in uxorem contulit, in fideicommissi petitionem veniant? respondi, ea extra causam bonorum defuncti computari debere, & propterea fideicommissum non contineri, quia ea habitura esset etiam alio herede existente: plane nominatim maritus uxoris fidei committere potest, ut & ea restituat.

Quæstio legis hujus est. Si testator uxore herede instituta, fidei ejus commiserit, ut quæcumque ex bonis suis cepisset, liberis communibus restitueret, forte puberibus effectis, an fideicommissum continentur res inter vivos uxori donatæ constante matrimonio, quia dixit, generaliter, quæcumque ex bonis suis cepisset. Et respondet eas res fideicommissum non contineri, quia sunt extra causam hereditatis sive bonorum defuncti, quandoquidem eas etiam uxor non instituta heres, habitura erat ex oratione Antonini, & SC. quo donatio manente matrimonio in uxorem collata, morte mariti confirmatur, & convalescit, *l. cum hic status, de don. int. vir. & ux. l. 2. §. 1. de dot. pr. eleg.* Ergo eas res uxor heres instituta non capit jure hereditario, sed jure donationis, quia & non instituta heres eas caperet: nec ergo veniunt in fideicommissum hereditatis. Et verba illa: *Quæcumque ex bonis meis*, sic accipiuntur, *quæcumque ex hereditate mea*. Verum ut eas res quoque mulier liberis communibus restitueret, nominatim fidei ejus committi potuit, sive heredi institutæ, sive non, quia eas res capit mortis causa, nimirum morte donatoris confirmata donatione, & ab omnibus, qui mortis causa capiunt, fideicommissum relinqui potest, *l. 1. §. sciendum seq.* Quas item res vivus maritus ei per vindicationem adimere potuit, eas etiam ei per fideicommissum adimere potest, *l. quidam testam. §. 1. sup. sit. prox.* Cæterum si eas ei nominatim per fideicommissum non ademerit, non intelligitur ademisse eas per fideicommissum hereditatis, quia in hereditate eæ res donatæ esse non intelliguntur.

Ad L. LXXXIII. eod. Latinus Largus: Proxime ex facto incidit species talis: Libertinus patronum ex semisse heredem instituit, & filiam suam ex alio semisse. Fidei commisit filia, ut quibusdam ancillis patroni restitueret, cum hæc manumissa essent, & si eadem filia heres non esset, substituit ei easdem ancillas. Quoniam filia non voluit heres existere, ancillæ jussu domini, id est patroni, adierunt defuncti hereditatem. Post

A aliquantum temporis ab eo manumissa, querebant, an fideicommissum petere ab eodem patrono possent. Rogo ergo, quid de hoc existimes, rescribas. Respondi: nec repetitum videri in hunc casum fideicommissum, sed alterutrum datum, vel fideicommissum, vel ipsam hereditatem. Melius autem dici, in eundem casum substitutas videri, in quem casum fideicommissum meruerunt: & ideo ad substitutionem eas vocari. Cum enim servo alieno fideicommissum ab uno ex heredibus sub conditione libertatis fuerit datum: idemque servus ei heredi substituat, licet pure substitutio facta sit, tamen sub eadem conditione substitui videtur, sub qua fideicommissum meruit.

Libertus patronum heredem instituit ex semisse: hæc fuit portio legitima patrono debita ex lege Papia: filiam autem heredem instituit ex alio semisse, & ab ea petit (verbis fideicommissi scilicet) ut suum semissem quibusdam ancillis patroni restitueret, cum manumissæ essent: mox ei quoque filia suæ easdem ancillas pure, & directo substituit. Substituit ergo ei ancillas dupliciter, precario & sub conditione, si manumissæ essent in secundum casum, si filia heres esset, & directo ac pure in primum casum, si filia heres non esset: quæ substitutio vulgaris dicitur. Existit casus directæ substitutionis, quia filia patri heres esse noluit, & mox ancillæ jussu domini ex substitutione pro semisse adierunt defuncti hereditatem. Quæritur, an si postea à domino manumittantur quasi existente fideicommissi conditione, an ab eo fideicommissum ex substitutione precaria petere possit? Consultus fuit hac de re Paulus à Latino Largo judice quodam, cum in ejus auditorio talis ex facto incidisset species. Quæstio hæc judiciaria est. Et respondet Paulus, ancillas manumissas à patrono, fideicommissum ab eo petere non posse, quia in hunc casum non videtur à testatore repetitum fideicommissum, videlicet si jam ex substitutione vulgari adierunt defuncti hereditatem: sed alterutrum ancillis datum esse, vel hereditatem ex substitutione vulgari, vel fideicommissum, utrumque eas consequi non posse. Denique ex substitutione vulgari admissas ancillas, etiam ex fideicommissum admitti non posse, ut prudentissime responsum est, quod omiserat consultor. Melius autem esse, ut dicamus ancillas denuo admitti posse ex substitutione vulgari, quasi non jure prius admissas, quia hæc mens fuisse videtur testatoris, ut eas directo substituere sub eadem conditione, si manumitterentur, sub qua eas precario substituit. Et ideo antequam ea conditio extiterit, id est, ante manumissionem, eas intemptive, & inutiliter adijisse hereditatem jussu domini ex substitutione vulgari, quia qui repudiat, vel adiit, antequam extiterit conditio institutionis, nihil agit, *l. 13. de acq. hered.* Et ideo manumissis ancillis esse integrum eam hereditatem adire suo nomine ex substitutione vulgari. Denique ita concludit, conditionem fideicommissum adscriptam, si manumissæ essent, repetitam videri in substitutione vulgari: ut & si servo alieno testator fideicommissum reliquerit sub conditione libertatis, deinde eum directo, & simpliciter heredi substituerit, eadem conditio libertatis in posteriori substitutione repetita videtur. Nec desunt complura exempla, quibus conditio repetita priori parte testamenti, & posteriori parte repetita intelligitur, quæ licet ex glossa repetere.

Ad L. XVIII. ad Leg. Falcid. Filiusfam. qui militaverat, decedens patris sui fidei commisit codicillis, ut peculium suum castrense Titio post mortem restitueret. Querebatur, an ut heres quartam deducere possit. Dixi legem Falcidiam induendam esse à D. Pio, etiam in intestatorum successione propter fideicommissa: Sed in proposito nec hereditatem esse, quamvis placeret mihi extraneo herede instituto, fieri hereditatem aditione ejus. Nam cum apud patrem remanet, jus pristinum duras, & peculium est. Nec huic contrarium est, quod in testamento ejus, qui apud hostes decessit, exercetur Falcidia. Nam fictio legis Cornelie, & hereditatem, & heredem facit: sed me non dubitare, quin debeat id quoque indulgeri legis beneficium, si quidem quasi patrisfamilie bona restituere cogitur: & heres scriptus omnia ex testamento aditione, exempla editi legatorum nomine convenietur.

Ad

Ad §. His consequens erit, ut si ex fructibus medio tempore quartam, & quartæ fructus habuerit pater, etiam Trebellianum Senatusconsultum inducamus, & utiles actiones exerceri possint, fiatque hereditas post restitutionem.

Sciendum est, lege Falcidia præcisa, & deminuta tantum fuisse legata testamento relicta ad modum finemque dodrantis, ut quadrans integer apud heredem remaneret. Verum postea fideicommissis, quæ testamento relinquerentur, eundem modum impositum fuisse Senatusconsulto Pegasiano, lege Falcidia porrecta ad fideicommissa, tam universalia, ut puta, quum testamento heres scriptus rogatur alii restituere hereditatem, quam specialia sive pecuniaria, §. sed quia heredes, *Instit. de fideicom. hered. l. 1. §. hodie, tit. seq. l. is cui fideicommiss. hoc tit.* ubi hodie, id est, ex Senatusconsulto Pegasiano. Porrecta etiam est lex Falcidia ex constitutione Divi Pii ad fideicommissa relicta codicillis factis ab intestato. Senatusconsulto Pegasiano porrecta erat ad fideicommissa testamento relicta: constitutione Divi Pii etiam ad fideicommissa ab intestato relicta porrigitur, vel specialia, vel universalia, *l. 1. §. hoc autem, l. 3. C. ad Trebell. l. 6. §. 1. eod. l. ult. C. quando dies leg. ced. l. filii, C. fam. erisc.* Denique constitutione Severi porrecta est lex Falc. ad donationes causa mortis ex testamento, id est, si donator testatus decessisset, atque ita occurreret comparatio donationum causa mortis cum legatis testamento relictis, *l. 5. C. eod. tit. l. 1. §. in mortis, tit. seq. l. cum pater, §. 1. de leg. 2. l. Seja, §. ult. de mort. causa donat.* Imo & tandem constitutione Gordiani in *l. 2. C. de donat. causa mort.* ab intestato quoque lex Falcidia porrecta est ad donationes causa mortis. Ita paulatim excrevit modus Falcidiæ, qui datus erat initio legatis tantum testamento relictis. His cognitis finge: filiusfamilias veteranus codicillis factis ab intestato patris sui fidei commisit, ut peculium suum castrense L. Titio post mortem suam restitueret. Quaritur, an ex castrensi peculio per fideicommissum relicto Falcidia detrahi possit ex constitutione Divi Pii, quæ etiam ab intestato in fideicommissis Falcidiam induxit? Et videtur non posse detrahi, quia ut satis liquet ex verbis legis Falcidiæ, ejus legis beneficium, id est, quartæ commodum, & quartæ detractio heredi tantum datur, vel ex persona heredis scripti: pater autem in castrensi peculio filiusfamilias intestati non est heres, quoniam id capit ut pater quasi ejus peculii dominus, perinde atque pagani; id capit ut pater, non ut heres: ut peculium sibi quasitum jure antiquo, jure pristino, quo scilicet ante constitutiones principum castrense peculium, non minus acquirerebatur patri, quam paganum, quod jus antiquum exercet pater hodie filio intestato defuncto: nam peculium paganum occupat jure suo, ut peculium, non ut hereditatem, *l. 1. 2. §. l. pen. §. pater, de castr. pecul. l. 1. §. si is, qui bona, de collat. bon. l. ult. ad Tertul. l. in eo, de adq. rer. dom.* id, inquam, occupat ut peculium, quod ad se pertineat, videlicet cum filius in eo jure, & privilegio suo non utitur, quod ei dederunt constitutiones principum, puta cum de eo non testatur: nam si de eo testatur, peculium quasi hereditas heredi instituto defertur, & aditione quasi hereditas ei acquiritur, sive extraneum heredem instituerit, sive patrem ipsum, *d. l. 9. de castr. pecul.* Et hoc significant hoc loco verba illa, & heres scriptus, pater scilicet: ex constitutionibus, filius. in castrensi peculio testamentarium heredem habere potest, non etiam legitimum: testamentarium potest habere si adierit, non aditione peculium castrense fit hereditas: pagani testamentum confirmatur morte filii. testamentum militis, aut veterani in castrensi peculio confirmatur aditione demum, *l. 18. de slip. serv.* Itaque si institutus heres ex castrensi peculio, non adierit quasi hereditatem filiosam. castrense peculium jure peculii residet apud patrem jure pristino, quod obtinuit ante constitutiones principum, *d. l. 18. & l. 14. de castr. pecul. l. servum filii, in princ. de leg. 1.* residet, inquam, apud patrem cessante herede scripto, & omittente aditionem ex testamento, si filius. mortuus sit sine liberis, aut fratribus, §. 1. *Instit. quib. non est permiff.*

fa. testam. Hoc ergo loco, dum ait, extraneo herede instituto, adde, vel patre. fieri hereditatem aditione ejus. Sic igitur statuo filiosam. defuncto intestato, vel testato, & herede instituto omittente aditionem ex testam. & destituyente testam. castrense peculium apud patrem superstitem, quasi peculium paganum remanere, non quasi hereditatem remanere jure patrio, non hereditario: & ideo Falcidiam ab eo exerceri non posse: quia Falcidia competit tantum, & debetur heredibus. Nec obstat, quod in testam. ejus, quod ante fecit, qui captus est ab hostibus, ibique decessit, lex Falcidia exerceatur, *l. 1. §. lex, hoc tit.* cujus tamen nulla hereditas, nullusve heres dici potest, quia servus decessit, *l. 3. §. ult. de verb. signifi.* Ergo & non heres Falcidiæ beneficium utitur. Hæc ratio non obstat, ut Paul. docet, quia fictione legis Cornelie, ejus, qui apud hostes decessit, & heres, & hereditas inducitur, *l. in bello, §. si quis capiatur, da capt. & post.* quod rursus ostendit *l. 9. & l. 39. de mil. testam.* Nempe, quia fingitur obiisse diem in civitate, paulo antequam in servitutem hostium veniret: fictio, inquit, Paulus leg. Cornel. & hereditatem, & heredem facit. Legis proprium est heredem facere, & ut heres igitur Falcidiam detrahit ex legatis, quæ superant dodrantem. Hactenus Paulus tentat in specie proposita Falcidiæ locum non esse, quia pater retinet peculium ut pater, non ut quilibet heres: tentat, inquam, Falcidiæ locum non esse, suo more quæstionem propositam ex utroque latere pertentare solens, sed in hac sententia non permanet: nam ad extremum concludit in specie proposita legi Falcidiæ locum esse, quia pater codicillis à filio intestato factis peculium castrense, quasi patrisfamilias hereditatem L. Titio restituere rogatus est, & id denique rogando patrem, egit se filiosfamilias. pro patrefamilias, & perinde usus est jure, & privilegio suo, quo ex constitutionibus principum in castrensi peculio vice patrisfamilias. fungi potest, *l. 2. ad Maced. l. 15. §. si servus, de castr. pec. l. 6. §. ult. de inj. rup.* Et cum igitur in castrensi peculio relinquendo Titio per fideicommissum à patre, filius. vice patrisfamilias. se gerit, id quoque peculium vicem hereditatis habet. Ergo Falcidia ex eo detrahi potest. Hæc est ratio Pauli, & addit non esse novum, ut castrense peculium filiosam. quod pater retinet jure peculii pro hereditate quandoque habeatur. Nam si pater à filiosfamilias. ex castrensi peculio testamento heres institutus omiserit aditionem ex testamento, tum id retinet jure peculii, non jure hereditatis, & tamen tanquam heres legatis obstringitur testamento filii relictis, perinde atque si ab intestato id tantam hereditatem possideret, exemplo edicti prætorii, *si quis omiffa causa testamenti, l. 17. §. 1. de castr. pec. l. si certarum, §. pen. de mil. testam.* Atque ita hoc etiam casu pater peculium castrense filii, quod retinet ut peculium, ut hereditatem nactus videtur. Non mirum ergo, si & in illo superiore casu idem videatur, cum id à filio rogatus est alii restituere. Itaque utroque casu Falcidiæ locus est. Et consequenter, ut attigi in ult. parte hujus legis, si medio tempore, antequam moreretur pater, ex fructibus castrensis peculii perceperit Falcidiam, & Falcidiæ fructus, quartam, & quartæ fructus, quia fructus medio tempore percepti in quartam, & quartæ fructus imputantur, *l. in fideicommissaria, l. mulier, §. si heres, l. deducta, §. ante, ad Trebell. l. 15. §. quod arvus, & §. fructus, hoc tit. l. Papinianus, §. unde, de inoff. testam.* hoc casu, quia vivus pater ex fructibus peculii percepit, quantum satis est quartæ, & quartæ fructibus, totum peculium, sine ulla detractioe pater, aut post mortem patris heres ejus L. Titio fideicommissario restituet ex SC. Trebelliano, atque ita in fideicommissarium transferet utiles actiones quasi hereditarias, & fiet hereditas post restitutionem, quod notandum. Peculium castrense testato filiosfamilias. aditione heredis scripti hereditas fit. Intestato autem filiosfamilias. restitutione peculii fideicommissario facta, id castrense peculium hereditas fit, jusque sequitur omne hereditatis, & obtinet: & Paulus de filiosfamilias. proprie loquitur, dum ait hoc casu Trebell. Senatusconsultum induci, quia ex Senatusconsulto Trebelliano fit restitutio fideicommissi, quum lex Falcidia non intervenit, cum nulla detractio intervenit, ut in hoc casu totum pecu-

culium sine deminutione fideicommissario restitui oportet, quia medii temporis fructus sufficiunt quartæ, & quartæ fructibus. Quum autem lex Falcidia locum habet, cum detractioni quartæ locus est, restitutio fit ex Senatusconsulto Pegasiano, non ex Trebell. nisi hodie post constitutionem Justiniani, quæ transfundit Senatusconsultum Pegasianum in Trebell. Qua ratione sæpe in Digestis ubi juris auctor scripserat proprie Senatusconsultum Pegasianum, nimirum locum habente Falcidia, Tribonianus reposuit Senatusconsultum Trebellianum. Et hæc omnia intelligere licet ex *Inst. de fideic. hered.* & ex *Ulpiani lib. sing. regul. tit. de fideicommiss.*

Ad L. LX. ad SC. Trebell. Patronus ex debita portione heres institutus sextam partem restituere rogatus, restituit: non transeunt ex Trebelliano actiones: quoniam non fuit debitum. quod restituit. Et ideo si per errorem fecit, etiam repetetur.

Stenditur in hac l. quod & in l. cum patronus, de leg. 2. & l. 45. de bon. lib. & l. ita tamen, §. si patronus, hoc tit. patronum ex debita parte heredem institutum testamento liberti non posse onerari ullo fideicommissio extraneo præstando: nec mirum, cum ea pars ei debeatur ut res alienum. Qua ratione nec ullo alio incommodo onerari potest, ut onere subeundæ cautionis cujusdam, l. 44. de bon. lib. Finge: Patronus heres institutus ex debita parte, quæ ex lege Papia consistit in femiisse omnium bonorum liberti, & sextam partem, id est, unciam restituere rogatus, eam restituit per errorem facti, forte cum falso existimaret fideicommissarium esse ex liberis, aut parentibus liberti, ejusdemque testatoris, quibus constat patronum etiam ex debita parte debere fideicommissa, si ab eo liberis, aut parentibus relicta sint, l. 4. de cond. & demonstr. l. 6. §. si patronus, si quis omnia caus. testam. l. ex asse, ad l. Falcid. l. si ejus, §. ult. hoc tit. Quæritur, an in fideicommissarium, cui per errorem unciam restituit, pro unciæ modo transferantur in eum actiones utiles ex SC. Trebell. Et respondit non transferri, quia neque civiliter, neque naturaliter, ut suppleunt doctores, debitum fuit quod restituit: & si per errorem restituat, indebiti conditionem, id est, unciæ repetitionem patronus habet. Non est ergo fideicommissarius is, cui restituit, & in fideicommissarium tantum transeunt Trebellianicæ actiones, cujusmodi hic non est, cui unciæ relicta est à patrono per fideicommissum. Ergo in eum non transeunt ex Senatusconsulto Trebelliano actiones, & hæc est sententia hujus legis. Ita vero si quis majorem hereditatis partem restituat, quam rogatus sit, dicitur in eam partem, quæ excedit, non transferri actiones, quia debita non fuit, l. falsa, §. si quis majorem, hoc tit. Ac similiter, si quis ante diem, vel ante conditionem fideicommissi restituerit hereditatem, non transferri actiones, quia fideicommissum nondum debebatur, l. sed etsi ante diem, sup. hoc tit. Dico autem & in specie proposita non transferri actiones in illum unciarium quasi fideicommissarium, etiam si sciens ultro patronus fideicommissum ei restituerit, quod erat indebitum. At ignorantiam tantum dari conditionem indebiti, non scientiam: quæri potest, quid sit dicendum, si patronus ex debita parte heres institutus, & fideicommissio oneratus, stipulanti fideicommissario caverit se daturum fideicommissum, quod ab eo relictum est? Et puto huic quoque dari incerti conditionem, indebiti, id est, interpolatæ cautionis conditionem. Cautiones, & liberationes repetuntur conditione indebiti, incerti, l. 2. §. aliud. de donat. (*) Puto igitur patrono, qui cavit, dari incerti conditionem, videlicet si is stipulanti caverit per errorem facti, & multo magis si conveniatur ex stipulatione, ei dari exceptionem doli mali, ne solvere cogatur. Et ita accipienda lex si patronus, de donat. nam si id sciens prudensque caverit, cessat conditio, & exceptio doli mali, l. fideicommissum, de condit. indeb. quia de suo donasse videtur, l. ita fidei, §. ult. de jure fisci. (**)

Tom. II. Post.

(*) Vide Merill. lib. 1. varians. ex Cujac. cap. XLI.

(**) Vide ibidem.

Ad L. LV. de Fidejuss. Si ita stipulatus à Sejo fuero, quantam pecuniam Titio quandoque credidero, dare spondes? & fidejussores accepero, deinde Titio sæpius credidero: nempe Sejus in omnes summas obligatus est, & per hoc fidejussores quoque. Et id quod ex bonis ejus servari potest, omnibus æquo jure proficere debet.

Certum est, fidejussorem futuræ quoque obligationis accipi posse, l. 6. §. ult. hoc tit. Leo tempore, de pecul. l. non quemadmodum, de judic. nempe hoc modo, quantam pecuniam Titio credidero, fide sua esse jubes, ut in l. quidam, §. ult. de verb. oblig. Et ita in specie hujus legis proponitur, quidam scenerator Titio crediturus fidejussorem Sejum accepisse his verbis, quantam pecuniam Titio quandoque credidero, dari spondes? & à Sejo fidejussore alium fidejussorem accepisse, fidejussorem fidejussoris. Quæritur, si scenerator ille postea Titio sæpius pecuniam crediderit, an in omnes summas Sejus teneatur, & fidejussor quoque ejus? Et ait, Sejum quandoque, id est, & redi, & in omnes summas esse obligatum, quia dixit quandoque, quod adverbium est infiniti temporis, l. 4. de rebus auct. jud. possid. Libertas, inquit, quæ quandoque competit, à prætore conservanda est. Detracto illo articulo quandoque, Sejus, & fidejussor tenerentur tantum in summam primo loco creditam, non in cæteras summas: sed quia dixit quantam pecuniam quandoque credidero, in omnes summas tenetur. Sejum ergo dicimus in omnes summas Titio creditas obligatum esse, & per hoc, inquit, fidejussorem Seji, & id quod ex bonis Seji, vel fidejussoris ejus redigi & servari potest: ex bonis, inquam, pignori captis, & distractis. Id omnibus, id est, omnibus summis æquo jure, id est, & equaliter, non pro rata, non ἀνάλογως proficere debere ut exempli gratia, si primum Titio crediderit ducenta, deinde 300. post 400. & ex bonis Seji redegerit 300. ex singulis summis æquo jure recedent centum. Et ita finis h. l. accipiendus est, ut omnibus non sit, quod arbitratur Accurs. reo & fidejussoribus, sed omnibus summis, ut paulo ante dixit omnes summas. Et similis est omnino locutio in l. 5. §. imperator, de solut. & equaliter, inquit, ad utramque causam proficit, quod solutum est, non pro rata, id est, non ἀνάλογως: species autem similis, simileque responsum nusquam alibi reperietur. Lex est singularis, & summe notanda.

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XII. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. ult. de His, quæ pro non scriptis habentur. Quod quis sibi adscripserit, si alii restituere à testatore jussus est: cum onere fideicommissum id apud heredem remanet, quamvis pro non scripto esset. Idem est & in testamento militis.

CERTUM est SC. Liboniano, & Claudiano id, quod testamentarius, id est, scriptor alieni testamenti sibi adscribit, pro non scripto esse, l. 1. hoc tit. sive sit legatum, quod sibi adscripserit sua manu dictante testatore, sive portio hereditatis, sive aliud quodcumque emolumentum. Id ergo remanere apud heredem, non autem publicari, aut confiscari. Nam quodcumque pro non scripto habetur, apud heredem, vel coheredem remanet, & quidem sine onere regulariter, ut puta si testamentarius sibi legatum adscripserit, simul ac sibi sua manu injunxerit onus præstandi fideicommissi ex re, vel pecunia legata, legatum apud heredem remanet, sine onere fideicommissi, quia cum legatum pro non scripto sit, consequens est, ut & onus ei injunctum, quasi nemini injunctum, pro non scripto sit, quia & legatum, & legatarii nomen quasi falsum circumscribitur, vel subducitur, l. un. §. 1. C. de cad. toll. Qua ratione, si testamentarius servo, quem habet communem cum altero, legatum adscripserit, quod etiam

Z 2 2

im-

improbat Senatusconsultum Libonianum, & vetat, ne quis sibi, vel ei, quem habet in potestate, quidquam adscribat in alieno testamento: hoc, inquam, casu, neque testamentario, neque socio ejus legatum debetur, quia socii nomen quasi falsum circumscribitur, *l. filius, §. sequens, ad leg. Cornel. de fals.* At excipiuntur duo casus, quibus id quod testamentarius sibi adscripsit, remanet apud heredem cum onere fideicommissi. Unus est in *l. cum vere, §. si pro non scripto, de fideicomm. libert.* & in *l. cum quidam, ad leg. Cornel. de fals.* si à testamentario, qui sibi adscripsit legatum servi, sit eidem servo relicta fideicommissaria libertas, quia et si apud heredem remaneat legatum, tamen favor libertatis exigit, ne intercidat libertas, utque eam heres, apud quem servus remanet, eidem servo præstare compellatur. Alter casus est in hac *l. ult.* qui manat ex supra dictis Senatusconsul. ut ostendit *l. filius, §. ult. ad leg. Cornel. de fals.* si testamentarius jubente testatore fidei suæ manu sua commisit, ut legatum, quod sibi adscripsit, alii restitueret: nam & hoc casu, etiam si legatum pro non scripto sit, apud heredem remanet cum onere fideicommissi, hoc ex voluntate testatoris, qui iussit testamentario nominatim, ut id oneris legato adscriberet, eidemque hæc lex servari ait in testamento militis, ut scilicet non tantum, quod testamentarius sibi adscribit in testamento militis, pro non scripto sit, *l. pen. C. de bis, qui sibi adscr.* Sed etiam, ut supra dicto casu apud heredem remaneat legatum cum onere fideicommissi, ut in *l. 9. de usufr. leg.* dicitur, legatario, à quo fideicommissum relicum est, repudiante usufructum sibi legatum, vel moriente vivo testatore, antequam dies legati cesserit, usufructum apud heredem remanere cum onere fideicommissi. Idemque servari in testamento militis: favor militiæ testatoris non exonerat heredem.

Ad L. XXI. ad Leg. Falcid. Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutua data sunt, legatum à creditore meruerit sub hac conditione, si decem, quæ accepit, heredi reddiderit: una numeratione, & implet conditionem, & liberatur naturali obligatione: ut etiam in Falcidia heredi imputentur: quamvis non imputarentur, si tantum conditionis implendæ causa data fuisset: adeo autem, & solvere videtur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus est mortuo, nihil repetere possit.

Ad §. Si ego, & servus meus heredes institui sumus ex diversis partibus, nec à servo erogatus dodrans his, quibus à me legatum est, contra Falcidiam proderit, quod ex portione servi ad me pervenit supra Falcidiam ejus portionis. Ex contrario si servo meo servus, & mihi decem legata fuerint: servi Falcidia ex decem mihi legatis non tenetur, exemplo eodem Falcidiæ. Nam quartam retineo ex persona servi, quamvis de mea portione nihil exaustrum sit.

Sciendum est, pupillum, qui sine tutoris auctoritate pecuniam mutuam accepit, si ex ea locupletior factus sit, jure naturali obligari, non civili. Et ita est proditum nominatim sub ea conditione, si locupletior factus sit ex pecunia mutuata in *l. naturaliter, §. ult. & l. seq. de cond. indeb.* cujus obligationis naturalis effectus hic est, ut solutam pecuniam post pubertatem, vel ante pubertatem tutore auctore condicere non possit. Hæc est nota, ut Græci hic ajunt, qua dignoscimus naturalem obligationem: naturalia debita nimirum si soluta non possint condici, quia hoc natura æquum est, ne quis damnis alienis adolescat, ne quis alienis spoliis suas augeat facultates. Idem confirmat *l. cum illud, §. 1. quand. dies leg. ced.* in qua ex P. Florent. sine culpa ita legendum, & locupletior, non, nec locupletior. Et ita in specie hujus legis, & in *l. si ejus pupilli, inf. ad Trebell.* ponendum ex mutuata pecunia, quam pupillus sumpsit, sine tutoris auctoritate pupillum fuisse factum locupletiozem: alioqui ne jure quidem naturali obligaretur, *l. pupillus, de obligat. & aci.* etsi pubes factus, vel adhuc impubes tutore auctore solveret, sane condiceret, quia prorsus indebitum solveret. Hæc ergo sit species hujus legis. Pupillus sine tutoris auctoritate decem mutua accepit, & ex ea pecunia locupletior est factus, ac proinde creditori obligatur naturaliter. Creditor autem moriens ei-

dem pupillo legavit Stichum sub hac conditione, ut illa 10. quæ mutua accepit, heredi redderet, si post mortem creditoris pubes factus, vel etiam impubes tutore auctore decem reddiderit heredi, ut ostenditur hoc loco, & iisdem scire verbis in *l. in numerationibus, §. 1. de solut.* Una numeratio in duas causas proficit. Primum in obligationem naturalem, ut ea liberetur pupillus numerando decem. Et consequenter, ut ea decem, quæ soluta sunt, augeant hereditatem creditoris, atque adeo heredi imputentur in Falcidiam, quasi pecuniam, quam cepit jure hereditario, *l. 1. §. id quod natura, hoc tit.* Deinde hæc est altera causa, ut implet conditionem legati, atque ita perveniat ad legatum Stichi. Et sic una numeratio proficit in duas causas. Si in posteriore tantum causam numeraret decem, id est, conditionis legati implendæ gratia, heredi non imputarentur in Falcidiam: quia ea tantum imputantur in Falcidiam, quæ jure hereditario capiuntur, non quæ jure legati, vel fideicommissi, aut quo alio jure, ut jure mortis causa capionis, quo jure heres capit ea, quæ ei numerantur conditionis implendæ causa, *l. 31. §. sine donatione, de mort. causa donat.* & ita in *l. id autem, & in l. ratione 2. §. samet si, inf. hoc tit.* & in hac ipsa lege aperte traditur, ea, quæ conditionis implendæ gratia heredi dantur, non imputari in Falcidiam. Et quod contra refertur in *l. in quartam, §. sed & quod implendæ, inf. hoc tit.* id jam pridem ostendi merito ab esse à Basilicis, & à P. Flor. & inepte etiam illo loco, quod datur heredi conditionis implendæ gratia, appellatur fideicommissum, quia non est fideicommissum, sed mortis causa capio, quæ appellatio neque fideicommissum tribuitur, neque legato, neque alii emolumento testamentario habenti proprium nomen, *d. l. 31.* Sed in specie proposita, quia heres illa decem non in hanc tantum causam accipit, id est, conditionis implendæ gratia, sed etiam in causam debiti hereditarii, quod defuncto jure naturali debebatur, in causam solutionis, & liberationis pupilli, ideo ea decem imputantur heredi in Falcidiam, quasi accepta jure hereditario. Et in hanc quoque causam decem heredi numerari, id est solutionis gratia, evidenter apparet ex eo, quod post numerationem repudiato legato, vel Sticho mortuo, non competit soluti repetitio, quia natura debitum fuit, quæ tamen competeret, si ea decem numerasset tantum conditionis implendæ gratia, *l. in summa, §. sed agere, de cond. indeb.* Sequitur in hac *l.* alia quæstio elegantissima, male explicata à glossa.

Ad §. Si ego, & servus meus. Finge, ego, & servus meus ex disparibus partibus testamento heredes institui sumus. Pars mea est onerata legatis, non pars servi mei. In singulis heredibus poni separatim solet ratio legis Falcidiæ, *l. in singulis, h. t.* An ergo ex parte mea, quæ onerata est, deducere possum Falcidiam, licet pars servi mei sit integra sic videtur: si forte Falcidia mihi non suppleatur, quod per servum meum adeuntem jussu meo, ex parte ejus supra Falcidiam partis ejus adquire: nam si suppleat Falcidiam meæ partis, id imputo in Falcidiam meæ partis, quia & id videor quasi heres accipere, *l. cum filiosam, de leg. 1. l. maritum, inf. hoc tit.* Sic ergo ex parte servi mei separatim Falcidiam retineo, & quod amplius ex ea parte percipio, id imputo in Falcidiam meæ partis, cujus separatim rationem in eo. Et hæc quidem glossa intellexit, sed non quæ sequuntur, dum addit Paulus ex contrario, id est, quum portio servi mei onerata est, non portio mea. Initio posuit meam fuisse oneratam portionem, non portionem servi mei. Nunc ponit portionem servi mei fuisse oneratam legatis, non portionem meam. Et hoc casu, sicut si mihi sint legata decem, servo meo Stichus, interveniente lege Falcidiæ heres ex decem mihi legatis non deducit Falcidiam Stichi legati servo meo, etsi Stichus mihi per servum adquiratur, sed separatim ex Stichus ipso, vel æstimatione ejus, ita è contrario, cum portio servi mei onerata est, non portio mea, ex persona servi mei, me separatim deducere Falcidiam portionis servi mei, non ex persona mea, quia portio mea est integra. Et hoc est, quod ait in fin. hujus legis, *exemplo eodem Falcidiæ: nunc quartam retineo ex persona servi, &c.*

Ubi

Ubi tamen crediderim ita esse legendum, exemplo eodem A Ealcidianam quartam retineo: ut apud M. Tullium legitur Falcidianum crimen. Ita recte Falcidiana, vel Falcidiana lex, & quarta dicitur.

Ad L. XXII. de Manu. vind. Pater ex provincia ad filium sciens Romæ agentem epistolam fecit: qua promissit ei, quem vellet ex servis, quos in ministerio secum hic habebat, vindicta liberare. Postquam filius Stichum manumissit apud prætorem, quæro, an fecerit liberum? respondi: Quare non hoc concessum credamus patri, ut permittere possit suo, ex his, quos in ministerio haberet, manumittere? solam enim electionem filio concessit. Ceterum ipse manumittit.

Certi juris est, absente, & permittente patre, servum B ejus à filiofamilias vindicta apud prætorem, vel præsidem posse manumitti, & manumissum à filiofam. libertum fieri patris, quia pater ipse eum manumissit intelligitur, l. si consentiens, & l. nepos, sup. tit. prox. l. si quis hac lege s. i. qui, & à quibus manum. l. matrimonii, de ritu nupt. l. filiusfam. de jure patron. regulariter per alium dominus non potest servum suum vindicta liberare, quia nec pater per filium emancipatum, nec mater per filium, nec uxor per maritum, nec alius quisquam per procuratorem, l. pen. C. de man. vind. quia, qui vindicta manumittit, lege agit. Manumissio, quæ sit vindicta, est actus solemnis, & legitimus, & ut est in regu. jur. nemo alieno nomine lege agere potest, id est, actum legitimum nemo alieno nomine exsequi, & peragere potest. At vinculum patriæ potestatis facit, ut unus idemque videatur esse homo pater, & filiusfamilias, & eadem persona esse intelligatur, eademque vox patris, & filii. Ut in specie hujus legis, cum pater absens per epistolam filio permisisset ex servis suis, quos filius in ministerio habebat, ut quem vellet vindicta liberaret, recte ait, solam electionem filio fuisse permissam, ut quem vellet eligeret: ceterum patrem ipsum manumissit videri. Nihil est facilius.

Ad L. XXXIII. de Manum. testam. Libertas ad tempus dari non potest.

IN hac lege dicitur, libertatem ad tempus dari non posse, neque vindicta scilicet, quia actus legitimus diem non recipit, aut conditionem, l. actus, de reg. juris, neque testamento: nam ut proponitur in l. seq. si testator ita dixerit: Stichus usque ad annos 10. liber esto, supervacua est illa temporis adjectio, quasi vitium, aut mendum testatoris: & vitio illo temporis sublato libertas manet, & competit statim adita hereditate, quoniam libertatis dies non cedit, nisi ab adita hereditate. Et idem dicitur de hereditate data ad tempus: heres esto usque ad decennium, l. hereditas, de heredib. instit. nam mentio illa decennii obliteranda est, & perpetuo jure heredi scripto deferenda hereditas. Vitium temporis neque vitiat hereditatem, neque libertatem. Et quod in Comœdiis sæpe dicitur, Libertas servis dari ad diem certum, non hoc est, ut interim liberi sint, & veniente eo die liberi esse desinant, sed ut interim ad eum diem tantum se ita gerant, ac si liberi essent, & ut ajunt ad eam diem agitent ελευθερία, & genio indulgeant. Quamvis autem neque libertas, neque hereditas possit dari ad tempus, tamen potest dari sub conditione, l. 28. hoc tit. quæ & in hac re libertatem comparat hereditati, quia pendente conditione nondum competit libertas, vel hereditas: at quum ei tempus adjectum est, in quod daret, etiam ante tempus competit libertas, vel hereditas statim, atque ex testamento adita est hereditas. Si competit, ergo tempore finiri non potest. Tempus non est legitimus modus adimendæ libertatis, vel hereditatis, quæ jure competit semel, hoc tamen distat libertas ab hereditate, quod hereditas neque ex tempore datur recte, & l. hereditas: libertas autem ex tempore datur recte, ut Cal. Martius liber esto, Ratio differentiarum hæc est, quia hereditate data ex tempore, ut post annum quam moriar, heres mihi esto si vis heredem institutum expectare annum, antequam ex testa-

Tom. II. Post.

mento heres existat, interim facies locum legitimo heredi, quem semel admissum postea ratione temporis supervenientis excludere non potes. Qua de causa, ut præferatur causa testati causæ intestati non expectato anno heredem scriptum statim post mortem testatoris admittere debes ad adeundam hereditatem. Quod incommodum nullum existit data libertate post annum, vel aliud quodcumque tempus, interim non erit liber, superveniente tempore, fiet liber: nec interim emergit vitii, aut incommodi quidquam.

Ad L. LII. eod. Imperatores Messenio Frontoni. Testamento militis his verbis adscripta libertate Stephanum servum meum liberum esse volo, vel jubeo, adita hereditate libertas competit. Et ideo ea, quæ postea adjecta sunt, licet tamen, ut cum herede meo sit, quoad usque juvenis sit. Quod si noluerit, aut contempserit, jure servitutis teneatur: ad revocandum libertatem, quæ competit, non sunt efficacia. Idem & in paganorum testamentis observatur.

IN hujus l. specie quodammodo libertas data videtur ad tempus, quæ data est hoc modo: miles testamentum fecit, & ita dedit libertatem: Stephanum servum meum liberum esse jubeo, vel volo, sic tamen, ut cum herede meo sit, quoad usque juvenis sit: quod si noluerit, aut contempserit, jure servitutis teneatur. Ubi, quia militis testamentum est, jubeo, & volo, quæ alias sunt precaria verba, pro directis verbis accipiuntur. Et de verbo jubeo memini hoc notare ad legem 26. de usufr. legat. Stephano igitur videtur data directa libertas, & pure. Ideoque adita hereditate, libertas quasi pure data statim Stephano competit jure directo ex testamento militis, nec revocari potest, quæ semel competit, etiam si cum herede præfinito tempore Stephanus non fuerit. Nihil est difficilius revocatione libertatis, quæ semel competit, l. 9. de manum. vind. l. si ex causa, s. ult. de minor. Et hoc etiam Paulus ait servari in testamento pagani, nimirum, ut hæc verba: sic tamen, ut cum herede meo sit, quoad usque juvenis sit, id est, ad tempus: ut, inquam, illa verba conditione libertati, vel moram non injiciant, & ut libertas, quæ semel adita hereditate jure competit, tempore non finiatur.

Ad L. IV. Quibus ad libert. proclam. non lic. Licinius Rufinus Julio Paulo. Is cui fideicommissa libertas debebatur, post vicesimum annum venire se passus est. Quæro, denegandumne sit ei ad libertatem proclamare. Movet me exemplum cujusvis liberi hominis: nam est consecutus (esses) libertatem, se vendidisset: denegaretur ei ad libertatem proclamare: nec debet meliori loco intelligi: quod in servitute constitutus, passus est se venum dari: quam si esset libertatem consecutus. Sed è contrario movet me, quod in hoc, de quo queritur, venditio constituit: & est, qui veneat. In libero autem homine neque venditio constituit: & nihil est, quoniam veneat. Peto itaque, plenissime instruas. Respondi. Venditio quidem tam servi, quam liberi contrahi potest, & stipulatio de evictione contrahitur: Non enim de eo loquimur, qui sciens liberum emit: nam adversus hunc nec ad libertatem proclamatio denegatur. Sed is, qui adhuc servus est, etiam invitus venire potest: quamvis, & ipse in eo malus sit, quod de conditione sua dissimulat, cum in sua potestate habeat, ut statim ab libertate perveniat. Quod quidem non potest ei imputari, cui nondum libertas debetur. Pone statum liberum passum se venum dari: nemo dicitur esse, superveniente conditione, quæ non fuit in ejus potestate, libertatis petitionem ei denegandam. Idem puto etiam si in ipsius potestate fuit conditio: Sed in proposito magis probandum est, ut denegetur ei libertatis petitio, qui potuit petere libertatem, & maluit se venum dari, quia indignus est auxilio prætoris fideicommissarii.

INTER omnes constat, liberum hominem majorem 20 annis, qui se simulata servitute venditari passus est, præ-

tii participandi gratia; ex Senatusconsulto Claudiano servum fieri, nec posse proclamare ad libertatem contra bonæ fidei emptorem. Quod cæteræ leges hujus tit. & multæ aliæ in tit. de lib. causa ostendunt. Inde quæritur, si non liber homo, sed servus, cui fideicommissaria libertas debebatur, qui liberi quodammodo loco est, & statuliberi locum obtinet, ut ait *l. non tantum, §. qui per fideicommissum, de fideicom. libert.* Si hic, inquam, homo, cui debetur fideicommissaria libertas, se venire passus sit pretii participandi gratia, an ei denegetur proclamatio debite libertatis? quod videtur, ne is melioris conditionis sit, quam liber homo. Liber homo, qui aviditate pecuniæ se venire passus est, non potest proclamare ad libertatem, & servus ergo multo minus, cui debetur, non competit libertas, si se venire passus sit lucri cupiditate, non potest sibi petere debitam libertatem. Et ita concludit Paulus in *fi. hujus legis, & l. i. c. eod. tit.* In contrarium tamen posset dici non esse servo, cui debetur fideicommissaria libertas, denegandam proclamationem debite libertatis, & aliam causam esse liberi hominis, nam hic turpiter facit prodita sua libertate, qui ei pecuniam præfert, & jure non valet venditio. At statuliberi, vel quasi statuliberi venditio valet, *l. 25. de statulib.* L. Rufinus Jurisconsultus hac de re consulit Paulum, eumque, ut in *legati, de liber. legat.* rogat, ut plenius attingat quæ ad eam rem spectant: Jurisconsultus consulit Jurisconsultum peritissimum, is vero est L. Rufinus, qui contulit leges Dei cum legibus pop. Rom. fuit enim Christianus, & illa collatio, quæ non ita dudum edita est à Petro Pithoeo, habet in quadam bibliotheca Germaniæ præfixum nomen Licinii Rufini. Primo autem Paulus ait, venditionem liberi hominis valere, si ignorans quis eum bona fide emerit quasi servum, ut eo proclamante ad libertatem, evictionis nomine bona fide emptori detur actio ex empto contra venditorem, vel contra eum ipsum hominem, qui se venire passus est, & ita demum nihil valere venditionem hominis, si quis eum sciens emerit, ut ex Licinio Rufino refertur in *l. liberi hominis, de contr. empt.* Et contra hunc emptorem, qui sciens emit liberum hominem participantem pretium, sane non denegatur proclamatio libertatis, quia non est venia dignus, qui eum emit, quem sciebat esse liberum, *l. 7. §. si quis sciens, de lib. caus.* Plautus in Epidico, Act. 3. Sc. 4. ubi libera mulier loquitur. *Nequeme quidem emere quisquam ulla pecunia potuit, que plusquam sum libera quinquennium.* Is autem, qui adhuc servus est, etsi ei debeatur fideicommissaria libertas, etiam invitus à domino vendi potest: Imputatur tamen ei, quod dissimulata conditione sua, & quasi statulibertate, ac decepto emptore, se venire passus sit, qui in ipso articulo emptionis declarare debuit, sibi deberi fideicommissariam libertatem, quod tamen non potest imputari ei, cui nondum libertas debebatur, puta pendente conditione libertatis, vel casuali, vel potestativa, nihil refert, ut hic ait Paulus. Hic ergo postea superveniente conditione libertatis, proclamationem sive petitionem libertatis habet, etiam si venierit interim, invitus forte. At ille, de quo est quæstio proposita initio hujus legis, cui debebatur fideicommissaria libertas, postquam se venire passus est, dissimulato statu suo, qui diceret deberi sibi libertatem præsentis die, quique eam præsentis die petere debuit, indignus est auxilio prætoris fideicommissarii constituendarum libertatum gratia, quæ per fideicommissum relicte sunt. Indignus ergo est proclamatione & petitione libertatis, ut liber homo, qui se venditari passus est pretii participandi gratia. Petere & proclamare ab libertatem dici pro eodem, sed frequentius dicunt proclamare etiam alii auctores. Seneca in controversiis: *proclama ingenuam esse te*: quia, ut ita cum Martiale dicam, hæc res agebatur magno boatu, vel clamatu, & magno quiritatu, vel ter quaterque clamitando se liberum esse, in judicio instituta actione præjudiciali. Hinc elegans quoque locus de hac re M. Tullii apud Plutarchum, cum M. Gellius, quem suspicio erat non esse ortum ex liberis parentibus, literas quasdam in Senatu recitaret magna & vehementi voce: Ne miremini, inquit Cicero, quod Gellius attolat vocem, est enim unus ex iis, qui proclamant.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XIII. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LXXI. de Jure dotium. *Cum dotem mulieris nomine extraneus promisit, mulieris periculum est: sed si maritus nomen secutus, usuras exegerit: periculum ejus futurum respondetur.*

HÆC lex de debitore mulieris loquitur, qui mulieris nomine dotem marito promisit, id est, qui quod debuit mulieri, mulieris nomine marito doti promisit, vel dixit, hujus nominis periculum, puta si debitor mulieris redigatur ad inopiam, & impar solvendo fiat, ait ad mulierem pertinere, nec maritum ejus pecuniæ nomine, quam debitor mulieri debuit, teneri mulieri soluto matrimonio dotis actione, ut eam pecuniam quasi receptam reddat: videlicet si nulla mora, aut culpa mariti fuerit in exigenda pecunia, vel quia debiti conditio nondum exstiterat, vel, quia nondum nuptiæ erant secutæ, cum is debitor facultatibus eversus est, id est, si nondum potuerit maritus eam pecuniam exigere, *l. non enim, & l. promittendo, §. si à debitore, sup. hoc tit.* At si maritus nomen illud debitoris secutus fuerit, periculum ejus pecuniæ, periculum inopis debitoris, respicere ad maritum, quia probavit nomen debitoris, & ideo soluto matrimonio maritum teneri uxori, ut eam pecuniam quasi receptam, etsi eam non receperit, ei restituat dotis nomine. Sequi autem & probare nomen maritus videtur, si, ut ait Paulus hoc loco, à debitore usuras exegerit pecuniæ debite, *l. 44. de admin. tut.* quæ huic legi conjungenda: est enim ex eodem libro, vel ut Dorotheus ait hoc loco, si novandæ obligationis causa debitorem suum mulier marito delegaverit, ut quod debet, ei expromitteret, *l. dotem, hoc tit.* quia novatio illa, & delegatio solutionem imitatur. *l. quamvis, §. interdum, ad Vellejan. l. inter, §. abesse, mand.*

Ad L. XLIV. de Admin. & peric. tut. *Qui nominibus à curatoribus prioribus susceptis, sive tutoribus nomina agnoverunt: periculum in se transferunt.*

Ad §. Sed si pupillus post pubertatem, rationibus à tutore acceptis, reliquationem ejus secutus, usuras acceptaverit: privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis. *Prætor enim privilegium ei servare debet.*

HÆC lex docet, novissimos curatores, qui suscipiunt, probant, sequuntur, agnoscunt nomina contracta ex re pupilli, à tutoribus, vel curatoribus prioribus, forte postea remotis, periculum nominum in se transferre, ut *l. si probatum, de tut. & rat. distrah.* Aliud est suscipere nomina, aliud sequi, vel agnoscere, vel approbare, *l. si vero non remunerandi, §. idem ait, si tutor, mand.* novissimi curatores inviti à prioribus nomina contracta suscipiunt, non etiam inviti ea sequuntur, *l. 35. hoc tit.* qui sequitur nomina, non qui suscipit; eorum periculum in se recipit, *l. Titio, §. ult. ad municip.* Sequitur in hac l. si post pubertatem finita tutela, pupillus rationes tutelæ à tutore acceperit, & reliquationem ejus, id est, ἀπολογιστῶν, sive scripturam, qua ex administratione tutelæ, verbi gratia, centum apud se residere testabatur, & ea debiturum se sub usuris certis: si, inquam, eam reliquationem pupillus approbaverit, & secutus fuerit, nempe reliquæ pecuniæ usuris sæpius à tutore acceptis, ut *l. 71. de jur. dos.* pupillum non ideo in reliquis exigendis venditis bonis tutoris, ut in *l. si negotium, de privi. cred.* non, inquam, ideo eum amittere privilegium exactionis, quo fretus à prætore desiderare potest, ut sibi priori ex bonis tutoris solvatur, quod tutor reliquatus est, de quo privilegio agitur in *l. ex factis, de pecul. l. ex pluribus, hoc tit. & l. aliam, de novat. & l. 22. de tut. & ration.* quæ cum sit ex eod. lib. & huic postremæ parti *l. 44. coaptanda.*

Ad

Ad L. XXII. de Tutel. & ration. dist. Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli : neque enim sponte cum eo pupillus contraxit.

Ad L. LXXXVII. de Divers. reg. jur.

Docet lex 22. pupillo à prætorè servari privilegium, si non tutor, sed defensor tutoris ei condemnatus sit : quia, inquit, pupillus cum eo non sua sponte contraxit, id est, quia novatio, quæ fit iudicio accepto cum defensore, est necessaria, non voluntaria, d. l. aliam, de novat. Iudicium redditur in invitum, Linter, §. si Stichum, de verb. obligat. & iudicio accepto, id est, lite contestata contrahitur cum adversario, l. 3. §. idem scribis, de pecul. & inde lites contractæ Ciceroni, lites contractas iudicantur : sed contractus est necessarius, novatio necessaria, non voluntaria : novatio voluntaria auferret pupillo privilegium, ut si post pubertatem novandi anima stipularetur ab alio, quod sibi tutelæ iudicio tutor debet : at novatio necessaria, quæ fit iudicio accepto cum alio, quam cum tutore, ut cum defensore tutoris, non auferet pupillo privilegium, d. l. aliam. Et alia est ratio privilegii dati ei, qui pecuniam deposuerit apud mensam argentarii, qui ab argentario acceptando usuras id privilegium amittit, quia creditor potius est, quam depositor, certe non est simplex depositor, l. Lucius, de pos. Idque Bartolus recte notat ex l. si veniri, §. in bonis, de privileg. credit. ad quam male respondet Accursius. Ad id vero, quod ait l. 22. novatione necessaria non auferri pupillo privilegium, & c. id est, non fieri conditionem pupilli deteriorem, referendum est illud, quod scribit Paulus in l. 87. de reg. juris. Nemo, inquit, in perscrutando, litis contestatione, scilicet iudicio accepto, deteriorem causam, sed meliorem facit. Hæc est ratio d. l. 22. quæ ostendit, cur non amittat privilegium pupillus, litem contestando cum defensore tutoris. Et meliorem ejus conditionem fieri, qui litem contestatus est, ostendit h. l. ex eo, quod post litem contestatam heredes ejus, quo cum actum est, tenentur ex omnibus causis, etiam ex pœnalibus causis, ex delictis : & tenentur quasi ex contractu defuncti, quia cum defuncto iudicio accepto contractum est, l. pœnalia, hoc tit. l. un. C. de delict. defunct. Item post litem contestatam actiones, quæ morte actoris, vel creditoris erant interituræ, ut populares actiones, vel injuriarum, vel de moribus, ad heredes ejus transeunt similiter, quasi ex contractu, idque probavi lib. 7. sup. ad leg. 86. de reg. jur.

Ad L. V. de Separat. Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt, & inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus : non poterunt reverti ad heredem, sed eo, quod semel postulaverunt, stare debent, sed si post impetratam separationem aliquid heres adquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id, quod adquisitum est illis, qui separationem impetraverunt, sed si illis satisfactum fuerit : quod superest, tribuetur propriis heredis creditoribus. At si ex alia causa heres adquisierit, non admittentur hereditarii creditores. Quod si proprii ad solidum pervenerunt, id, quod supererit, tribuendum hereditariis quidam putant, mihi autem id non videtur, cum enim separationem petierunt : recesserunt à persona heredis, & bona secuti sunt, & quasi defuncti bona vendiderunt, quæ augmenta non possunt recipere. Idemque existimo dicendum, etiam si circa separationem bonorum decepti, minus consecuti sunt, quam proprii heredis creditores. Proprii autem heredis creditores habent propria ejus bona, & personam, quæ potest, donec vivit, adquirere.

Beneficium separationis est, quod scilicet prætor dat creditoribus hereditariis desiderantibus separari se à creditoribus heredis, ac similiter bona hereditaria separari à bonis heredis, forte quod bona hereditaria sunt idonea dimittendis creditoribus hereditariis, qui defuncti creditores fuerunt, bona autem heredis non sunt idonea dimittendis creditoribus heredis, ut scilicet in hereditariorum bonorum possessionem veniant soli creditores hereditarii, & in possessionem bonorum heredis creditores heredis, non omnes confuse in omnia bona tam defuncti, quam

A heredis. Et hoc est beneficium separationis. Turpiter autem in ipso limine hujus legis impingit Accursius, dum creditores hereditarios interpretatur esse proprios creditores heredis, quos accurate Paulus separat à creditoribus hereditariis. Et ponit idem Paulus creditores hereditarios postulasse, & impetrasse separationem bonorum, postea vero comperisse bona hereditaria non esse idonea, bona autem heredis esse idonea, contra quam initio petendæ separationis sibi persuaserant. Et ideo nunc redire velle ad heredem, & excutere ejus bona, nec uti beneficio separationis, quod Paulus negat iis esse permittendum, quia separationi, quam postularunt, stare debent, nec eludere beneficium prætoris. Ergo non admittuntur ad bona heredis, quæ habuit aditæ hereditatis tempore, vel quæ postea ex alia causa, quam hereditaria sibi adquisivit : nam ad ea, quæ post aditam hereditatem, ex hereditate quæsitivæ, admitti possunt, quia & hæc hereditaria esse censentur, quæ parta sunt ex hereditate, & pecunia hereditaria, l. res, quæ, de jur. dot. l. 1. C. de castrens. pecul. lib. 12. l. ult. C. de servis pig. dat. Impletis autem, & dimissis creditoribus hereditariis in solidum ex bonis ab herede ex hereditaria pecunia quæsitis : quia & hæc heredis sunt, si quid ex eis superest, id tribuendum esse ait creditoribus heredis, & ex contrario, dimissis in solidum propriis creditoribus heredis, ex bonis heredis, si quid superest in bonis heredis, quidam putat, nempe Papinianus in l. debitor, §. ult. hoc tit. superfluum illud esse tribuendum creditoribus hereditariis. Quam sententiam hoc loco Paulus improbat, & Ulpianus in l. 1. §. pen. hoc tit. quia ea bona non sunt hereditaria, & separatione petita, creditores hereditarii semel recesserunt à persona, & bonis heredis, & secuti sunt bona duntaxat hereditaria, eaque vendiderunt, quæ non possunt recipere augmentum ex bonis heredis ; bona heredis non augment bona hereditaria. Nec quidquam obstat, quod creditoribus hereditariis fraudi separatio bonorum fuerit : nempe quia ejus beneficio minus consequuti sunt, quam creditores heredis, nec ad solidum pervenerunt, quia id suæ simpliciter, & imprudentiæ imputare debent, cur temere, & inconsulto petierunt separationem. Nullo ergo modo possunt attingere bona heredis, à quibus recesserunt, sed creditores soli heredis ea habent propria, quæ heres habuit aditæ hereditatis tempore, & quæ post aditam hereditatem adquisivit ex alia causa, ut & personam quoque heredis, creditores heredis jure proprio obligatam habent, non jure hereditario. Et ita etiam, ut hoc loco, & l. lecta, de reb. creditis, & l. qui heredi, §. si duorum, de condit. & demonst. & l. 6. usufruct. quemadm. cav. crediderim eundem auctorem, dum ait, quidam, Papinianum intelligere : nam constat inter Papinianum, & Paulum fuisse quandam emulationem.

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XIV. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLIII. de Adm. & per. tut. Si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberasset : improbe alterum illius nomine conabitur interpellare. Idemque dicemus in duobus magistratibus collegis, quorum alterum respublica convenit. Sed hæc in magistratibus tractavi, quasi duo rei ejusdem debiti essent omnimodo, quod non ita est : nam si uterque idoneus est, electio locum non habet. Is autem, qui tempore liberatus est : non ei similis est, qui nihil habet : sed ei, qui satisfecit, habet enim quod objiciat petitori.

HUJUS legis interpretatio difficillima sane est : Species hæc est. Duo sunt tutores, primus & secundus, qui communiter pupilli tutelam gessere. Primus est idoneus atque locuples, secundus non est idoneus. Hunc, qui non est idoneus, pupillus pubes factus liberavit pacto, vel acceptilatione. Quæritur,

tur, an possit alterum, qui est idoneus, convenire in solidum, A
tam suo, quam sui consutoris inopis, & liberati nomine: Re-
spondeo: non posse: quia liberatio secundi pro solutione
est. Et ideo primus pupillo non tenetur, nisi pro parte
sua. Si neminem ex tutoribus pupillus liberasset, inopia se-
cundi oneraret primum, & obligaret in solidum, videlicet
pupillo etiam pro parte secundi adversus secundum quan-
doque locupletiore factum, cedente actionem tutelæ
primo, l. ex pluribus, sup. hoc tit. l. 6. C. cod. l. 21. inf. de
tut. & rat. distr. Quandoquidem actionem in specie pro-
posita pupillus nullam habet, ut primo eam cedere possit,
aut inefficacem habet, quia secundum liberavit, & ideo
secundus ei pro sua parte satisfecisse intelligitur. Denique
superest tantum petitio pro altera parte, quæ pertinet ad
primum. Proinde non est ferendus pupillus, si contra fi-
dem bonam improbe, & inverecunde primum secundi no-
mine conetur interpellare. Et ita respondet Paulus. Nec
obstat huic responso, quod uno ex duobus fidejussoribus
à creditore liberato in alterum est actio in solidum, l. 15. §.
ult. de fidejuss. quia actio, quæ in fidejussorem datur, stricta
est, non bonæ fidei, ut supradicta actio tutelæ, quæ est bo-
næ fidei. Ac præterea alteri, à quo solidum exigit, potest
creditor cedere actiones suas contra debitorem. In specie
autem proposita nullam habet actionem pupillus, quam
cedat primo, quem improbe exigit in solidum. Nihil etiam
obstat, quod uno ex duobus heredibus à testatore absolu-
to onere legati, quod initio ab utroque herede reliquerat
his verbis: *Quisquis mihi heres erit, Titio centum dare dam-
nas esto*, alter, qui absolutus non est, legatario tenetur in
solidum, l. ab omnibus, de leg. 1. quia & voluntas testato-
ris, & sermo huic sententiæ suffragatur, ut integrum scilicet C
onus legati apud alterum remaneat, qui absolutus non
est. Quod autem dixit Paulus de duobus tutoribus, idem
subjicit esse dicendum in duobus magistratibus collegis.
De magistratibus municipalibus loquitur, sive duumviris,
quorum alterum ex administratione cujusdam muneris
publici communiter gesti Respublica convenit; alterum
liberavit: nam pro parte liberati, qui non erat idoneus,
idoneus, quem convenit, non tenetur in solidum, sed pro
sua parte tantum, quia ut tutor, ita magistratus, qui libe-
ratus est, licet egestate laboret, non est egeno similis, aut
inopi, ut inopia ejus debeat onerare collegam, sed potius
ei similis est, qui solvit, aut satisfecit pupillo, aut Reipubli-
cæ. Satisfactio pro solutione est, l. satisfactio, de solut. sive
ille pacto, sive acceptilatione liberatus sit. Similis est ei,
qui solvit, quia habet, quod objiciat Reipublicæ si conve-
niatur. Et hæc est ratio posita in fine hujus legis, quæ re-
spicit tam ad magistratum, quam ad tutorem liberatum. Is
autem, qui liberatus est non est ei similis, qui nihil habet,
non est egeno similis, ut debeat onerare collegam, sed ei
similis est, qui satisfecit. Habet enim, quod objiciat credi-
tori, nempe exceptionem, sive pacti acceptilationem. Le-
go, *is autem*, inquit, *qui liberatus est*, circumscripto verbo,
tempore: nam ita habent omnes libri, vulgo, *is autem, qui
tempore liberatus*. Facessere jubeo, illud verbum tempore,
quia initio posuit, eum, de quo agitur, in fine hujus legis,
simpliciter fuisse liberatum à pupillo pubere factio. Ergo
& nunc simpliciter debet ponere eum fuisse liberatum à
pupillo, vel Republica, pacto scilicet, vel acceptilatione,
l. 1. in fine, quæ in fraudem credit. Ac præterea constat ex ad-
ministratione tutelæ, vel cujusvis muneris publici tutorem,
vel magistratum quemque teneri perpetua, non temporali B
actione. Neutrum ergo poni potest, tempore liberatum
esse, sed modis consuetis, & solemnibus, puta pacto; vel
acceptilatione. Itaque vox illa tempore redundat, & forte
transducta est ex initio l. seq. dum ait, tempore cura. In hac
vero quæstione satis intelligitur Paulus magistratus com-
parasse tutoribus, & recta comparatio est. At in aliis causis
plurium inter se distant, quod & hic Paulus attingit.
Nam duo tutores ex tutelæ administratione, ut duo rei
constituuntur ejusdem debiti, quia ipso jure singuli tenen-
tur in solidum, etsi uterque sit idoneus, id est, si uterque so-
lidum solvere possit. Electio est pupilli, quem conveniat
in solidum ipso jure. Verum posita exceptione is, qui con-

venitur in solidum, si in eo nulla culpa detegatur, quæ sus-
pectum tutorem non fecerit; uti potest beneficio dividendæ
actionis, ut damnetur in partem tantum, quia hujus actio-
nis, sive arbitrii, quod est bonæ fidei æquitas hoc desiderat.
l. 1. §. nunc tractemus, inf. de tut. & rat. dist. ult. rem pup. sal. fore,
l. si plures, hoc tit. Cæteri rei debendi ex alia causa, quam
tutelæ, ante Novellam Justiniani non habuerunt beneficium
divisionis: habent, si omnes sint solvendo, Magistratus au-
tem, seu duumviri non sunt rei debendi, quia si uterque sit
idoneus, electio locum non habet, ut scilicet, quem volet
Respublica, eligat, & conveniat in solidum, sed in singulos
est actio pro virili parte, vel pro rata administrationis.

Ad L. III. de Reb. dub. In ambiguo sermone non utrumque
dicimus, sed id duntaxat, quod volumus. Itaque qui aliud
dicit, quam vult: neque id dicit, quod vox significat, quia
non vult: neque id quod vult, quia id non loquitur.

Hæc l. differentiam facit inter eum, qui ambigue, &
eum, qui perperam loquitur. Ambiguus sermo est,
qui in duas, vel plures sententias trahi potest, l. cum Stichus,
de solut. Etsi autem sermo testatoris sit ambiguus, ipse ta-
men nunquam testator sibi est ambiguus, quia non utrum-
que vult, quod ambiguus sermo significat, sed alterutrum
tantum. Et ideo id solum sequimur, quod eum sensisse
probatur, l. in ambiguis orationibus, de reg. jur. vel si id si-
quido non appareat, sequimur quod commodius heredi
est. In dubio parcimus heredi, quem magis dilexit testator,
cum summum honorem testamento suo ei detulerit, ut
probat, l. Sempronius, de leg. 2. l. 3. §. 3. de ann. leg. nemo
est sibi ipsi ambiguus, quia ut Diodorus dicebat, nemo duo,
vel plura dicit, qui se sentit unum dicere. Et ratio alia est
ejus, qui ambigue non loquitur, sed perperam, & inepte,
ut puta, qui aliud dicit, quam sentit, quia neque id sentit,
quod dicit, neque id dicit, quod sentit. Et hoc casu inter-
dum plus valet quod dixit, quam quod sensit, & voluit, ut
in legatis, in quibus strictum jus sequimur, si cum vellet
testator ejusdem fundi usufructum alii legare, alii nudam
proprietatem, legaverit alii fundum, alii usufructum,
non ex sententia testatoris ei, cui legaverit fundum, & soli-
dam nudam proprietatem, sed ex verbis plenam, & soli-
dam proprietatem, communicato usufructu: quia fundi
appellatione plena proprietas significatur, l. si alii, de usufr.
leg. Testatoris sententia est quidem juris subtilitate potior,
ut in l. Sempronius, d. tit. sed non est potior certa, vel indu-
bitata scriptura, vel nuncupatione verborum. Et hoc est,
quod ait lex ille, aut ille, de leg. 3. quum in verbis legato-
rum scilicet nulla est ambiguitas, non deberi admitti quæ-
stionem voluntatis, vel interpretationem non esse quæ-
rendam, quid voluerit, aut senserit. Eodemque pertinet
l. 16. de cond. & demonstr. interdum plus valet, quod sensit,
quam quod dixit, ut in fideicommissis, in quibus plus po-
test nuda voluntas, l. cum virum, C. de fideicomm. Et ita
de fideicommissis est accipienda l. 25. hoc tit. Interdum
vero nihil agitur, si testator aliud dicat, quam quod sen-
serit: ut si vestem leget pro fundo, falsa animi sui notione
subiecta, inutile est legatum, l. 4. de leg. 1. quia ut d. l. ait,
rerum vocabula, quæ scilicet rerum substantiam demon-
strant, quæ sunt notæ, & symbola rerum, sunt immutabi-
lia, quæ differentiam tantum demonstrant: ut Stichus,
Pamphilus, fundus Cornelianus, illa sunt mutabilia, nec
eorum mutatio quidquam officit legato, si evidens sit
sententia defuncti. At illorum mutatio, quæ rerum
substantiam significat, damnum adfert sententiæ defuncti:
perimit etiam sententiam defuncti, qui contra naturam lo-
quutus est, qui fundum dixit pro veste, aut vestem pro fun-
do: Symmachus 5. epist. 52. *Quid mobilibus commune cum præ-
dio, nullus error sensuum, nulla verborum interpretatio potest
verba ista miscere*. Aristoteles 2. Top. Qui mutant rerum
vocabula, quibus res, quasi publica nota insignitæ sunt,
migrare à natura, & civitatis more publice recepto, ac
proinde nihil agere. Et ex hac causa derisorium potius
videtur legatum, quam utile.

Ad L. CIII. de Condit. & demonstr. Si ita legatum sit?
Titio

Titio post decem annos dato, si satis ab herede non exegerit, & Titius intra decimum annum decesserit: ad heredem suum transmittet legatum: quia moriente eo conditio existit.

Ante omnia ponamus principia juris, quæ ad hanc legem spectant. Legatario mortuo pendente conditione, conditionalia legata in heredem ejus non transmittuntur. Item: legati conditionalis pendente conditione legatario ex editto prætoris cautio præstanda est, puta, quum conditio existit se legatum præstiturum, quæ cautio nec remitti potuit à testatore ante constitutionem D. Marci, id est, l. 2. C. ut in poss. legat. & species, quam mox ponam pertinet ad illud jus, quod obtinuit ante illam constitutionem, ut demonstrat l. cum tale, §. Titius, hoc tit. Finge, centum Titio legavi post decem annos, sub hac conditione, si medio tempore eam cautionem ab herede non exigeret, quæ conditio hodie esset pro remissione cautionis, olim non fuit pro remissione: sed omnimodo pro conditione, quæ implenda necessario foret. Titius non exegit eam cautionem, & decessit intra decennium. Quæritur an transmissit legatum ad heredem suum? Et respondet transmisit, quia moriente eo legati conditio existit, & certum esse incipit, eum eam cautionem non exacturum, quam ante nec exegerat. Moriente denique eo legati conditio non existit: conditio non faciendi impletur morte legatarii, sed quia impleri potest etiam morte heredis, superstitie legatario, legato sub ea conditione relicto, si ab herede cautionem non exegerit, Mutianæ cautioni locus non est, id est, oblata cautione Mutiana, Titius non potest pervenire ad legatum pendente conditione, l. cum tale, §. Titius, hoc tit. At moriente legatario, cui imposta ea conditio est, superstitie herede testatoris, legatum in heredem legatarii transmittitur, & peti ab eo potest, post decennium tantum non statim, quia & dies & conditio inest legato; peti, inquam, potest ab eo post decennium, non ante, ut Accursius notat recte: & ratio hæc est, ne heres legatarii maturius habeat legatum, quam legatarius ipse, l. Publius, §. ult, sup. hoc tit.

Ad L. XLI. de Re judic. Nefennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo: an in solidum conveniendus sit? & si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero? & quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito ejus dotem promiserit? Respondit: nulla creditor exceptione summoveatur, licet is, qui ei delegatus est poterit vii adversus eum, cujus nomine promissus, cui similis est maritus: maxime si constante matrimonio petat, & sicut heres donatoris in solidum condemnatur, & ipse fidejussor, quem in donando adhibuit: ita & ei, cui donaverit, in solidum condemnatur.

Ad §. Fundum, qui donavit, si non restituat: ut quisvis possessor, damnandus est, si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpsit, in solidum condemnandus est, potuit enim non periclitari si statim restituisset, si dolo defuit possidere: in litem jurabitur, & tamen sequetur condemnatio (†).

Ad §. In solidum condemnatus donator actione judicii, nisi in quantum facere potest, non tenetur beneficio constitutionis.

Ante omnia meminisse debemus, eum, qui ex donatione se obligavit, puta qui donandi animo stipulanti promissit rem, vel pecuniam certam, licet teneatur in solidum, tamen non damnari in solidum, sed in id tantum, quod facere potest, ex constitutione Divi Pii, l. qui ex donatione, de donat. l. si extraneus, de jur. dot. 4. Divus Pius, de reg. jur. Et in fine hujus legis beneficio constitutionis, id est, constitutionis Divi Pii. Id quod donator consequitur, si ex donatione conveniatur in solidum, opposita exceptione doli mali, hoc modo: At si non dolo malo facias, qui ex causa donationis plus à me petis, quam facere possim, l. pen. de don. Et is quidem solus, qui ex donatione convenitur, ex hac constitutione damnatur, & exigitur, in quantum facere potest, deducto ære alieno, l. 19. §. ult. hoc tit. id est, eo detracto, quod aliis creditoribus debet.

Alis enim prius satisfieri oportet, quam donatario, nam & donatarius verus creditor non est, l. exberedatum, in fine hoc tit. Hoc cognito videamus, si te donaturum mihi pecuniam certam delegavero creditori meo, ut eam ei promittas, novatione facta videamus, inquam, utrum possit te creditor meus convenire in solidum, an eatenus tantum, quatenus facere potes, id est, quatenus facultates patiuntur. Et quid si te, cum mihi donare volebas, delegavero non creditori meo, sed ei, cui ego quoque donare volebam eam pecuniam, quam tu mihi donabas, vel offerebas, an hic posterior donatarius te in solidum convenire & condemnare potest? Quid item, si pro muliere, cui donare volebam certam pecuniam, muliere delegante marito ejus dotis nomine promiseris, an te maritus in solidum convenire potest? Has tres quæstiones conjunxit Nefennius Apollinaris, & proposuit Paulo, quibus ita respondet Paulus, ut dicat, creditorem meum, cui ego delegavi cum, qui mihi donare volebat, nulla exceptione repelli posse, quo minus solidum consequatur, l. pen. de novat. Quia is, quem delegavi, mihi donavit, non creditori meo, & contra me, ne mihi solidum solvat, supradicta exceptione se tueri potest, non contra creditorem meum, qui sibi debitum, non donatum petit. Et eadem ratione maritum, cui dotem promissit, qui mulieri donaturus erat, nulla exceptione repelli posse: maxime, inquit, si dotem promissam petat constante matrimonio, id est, marito jam sustinente onera matrimonii, nam dirempcio matrimonio, maritus exceptione repelli potest in eo, quod mulier dotis judicio receptura est, l. si donaturus, §. ult. de condit. cau. dat. Proinde, sicut ea exceptio, ut non damnetur ultra facultates, datur tantum donatori, non heredi donatoris, non fidejussori donatoris, quem abhibuit in cavenda donatione: sicut, inquam, ea exceptio non datur heredi, vel fidejussori donatoris, si à donatario conveniatur in solidum, l. etsi fidejussor, hoc tit. quia heres, aut fidejussor donatoris ei non donavit, sed defunctus, vel reus principalis, & donatoris tantum persona meruit hunc favorem ex constitutione Divi Pii. Denique personale beneficium est, ita vero & cuilibet alii, qui nihil donavit ei, qui delegatus est, & promissit, & donavit deleganti tantum, nulla datur exceptio, si conveniatur in solidum ab eo, cui delegatus est, sive sit creditor delegantis, sive maritus: quia creditor, vel maritus ab eo stipulando suum negotium gessit, & nihil dolo malo facit. Eademque intervenit ratio, si cum mihi donare velles, ego te delegavero ei, cui & ipse tantumdem donare volebam, quia tu non ei donasti, sed mihi; ideoque in integrum, id est, in asem, in solidum ei teneris, etiam ultra facultates tuas, non etiam mihi, l. qui id quod, §. ult. de donat. Et ita recte respondet Paulus. Huic responso obstat lex si extraneus, de jur. dot. illo loco: nam si donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non præcipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat, &c. Quæ verba omnes sic accipiunt, ut maritus, cui is, qui mulieri donavit, voluntate mulieris dotem promissit, eum per judicem condemnare possit in id tantum, quod facere potest, non in solidum. Quod omnino est falsum. Et perperam quoque ea verba hæcenus accepta sunt eo modo, quia non ad maritum, sed ad mulierem referuntur in hæc sententiam: ut si extraneus, cum mulieri donare vellet, pro ea dotem marito promiserit, & priusquam conveniretur à marito, defectus sit facultatibus, periculum ejus nominis, quod per inopiam debitoris petiit, pertineat ad mulierem, non ad maritum, quia non potest imputari marito, quod pepercerit ei, cui & mulier ipsa pepercerit, quod non acerbe exegerit eum, quem nec mulier ipsa exegisset, vel quod maritus cum eo non egerit ex stipulatione, vel quod eum non præcipitaverit ad solutionem, qui donaverat mulieri, quem & mulier ipsa, si convenisset, in id tantum, quod facere posset, condemnatu erat. Sic legendum, vel intelligendum, id est, *Condemnatura erat*. Vis scire, quam hæc sit sententia vera? Observa verbum illud, *donaverat*. Quod sic omnino accipiendum est, *qui donaverat mulieri*. Neoenim ulli alii extraneus donaverat, quam mulieri. Observa etiam ver-

(†) Vide Merrill, lib. 1. Varians. ex Cujac. cap. 46.

verbum illud, *Si convenisset*, referri ad mulierem, id est, si A mulier donatorem convenisset, non convenit quidem eum, sed si convenisset cum ipsa condemnasset tantum in id, quod facere posset. Ergo & tertium verbum *condemnatum erat*, necessario ad mulierem referri debet, ut sit, quem mulier condemnatura erat: & condemnatum erat sic forte dixit pro condemnatum iri, quo modo frequenter juris nostri auctores utuntur, datum iri, reddito iri, actu iri, restitutum iri, & M. Cato, M. Tull. (hoc nondum observarunt) in prætura urbana, ut legit Jul. Severianus Rhetor antiquissimus, qui falso editus est, & imperfectus sub nomine Cornel. Celsi, *Quis hoc non perspicit*, inquit, *præclare nobiscum actu iri*. & in 5. ad *Attic.* *plura alia sciebam sarde sibi reddito iri*, sic legendum ex veteribus: ex eisdem etiam in Octavio Minuc. Felicis, qui liber extat ad finem Arnobii, & falso dicitur esse liber octavus adversus Gentes, ita legendum est, *post mortem Amphiarus ventura respondit*, qui *proditum iri se ob monile ab uxore nescivit*. Porro solet etiam huic responso Pauli opponi *l. si prior, sol. matr.* sed inepte: quia ea lex non loquitur de eo, qui mulieri donaverat, sed de debitore mulieris, id est, de priori marito, qui mulieri dotem debuit, & posteriori marito dotem promittit mulieris nomine, qui quidem posteriori marito non tenetur ultra facultates suas, quia nec ultra facultates suas mulieri quidquam debuit dotis nomine, maritus enim de dote tenetur in id tantum, quod facere potest.

Ad §. *Fundum*. Sciendum est, donatorem supradicta exceptione, vel supradicto beneficio Divi Pii uti contra donatarium, si à donatario conveniatur actione in personam, non si actione in rem: quia actione in rem convenitur non ut donator, sed ut quilibet possessor, sicut dicimus furem non teneri actione in rem, ut furem, sed ut possessorem quemlibet, *l. 12. C. de fur.* Fac traditione perfectam esse donationem fundi: post, calu aliquo, & bona fide donatorem nactum esse ejusdem fundi possessionem, & donatarium ab eo vindicare fundum, quasi suum factum per traditionem: si conventus actione in rem, id est, rei vindicatione, fundum non restituat arbitrio judicis: nam actio in rem est arbitraria, ut quivis possessor damnandus est in solidum, non ut donator in id tantum, quod facere potest, *l. qui restituere, de rei vindic.* vel si restituat fundum, etiam fructuum nomine in solidum est condemnandus, si eos, inquit, non consumpsit. Ergo fructuum tantum exstantium nomine: quia, inquit, potuit non periclitari, si statim fundum restituisset, id est, statim atque mota, & contestata lis est, & restituere jussus est. At quia statim non restituit fundum, periclitatur, id est, damnum facit fructuum exstantium. At cur non etiam consumptorum, ut definitur in *l. 17. de his, quibus ut ind. l. certum, C. de rei vindic.* quia post litem contestatam omnes possessores pares sunt, & tenentur tam de fructibus consumptis post litem contestatam, quam de exstantibus. (†) Dicendum, hoc esse singulare in donatore, ut de consumptis non teneatur, etiam si consumpti sint post litem contestatam, quia donator avaræ exigendus non est. Unde etiam ex mora, neque fructus debet consumptos, neque usuras, quæ fructus pecuniarum sunt, *l. eum, qui, de donat. l. liberalitatis, de usur.* Additur, donatorem conventum actione in rem, qui dolo fecit, quo minus fundum restituere posset, qui dolo malo eum desit possidere, quanti in litem donatarius juraverat, id est, quanti litem juratus æstimavit, tanti damnandum esse, *d. l. qui restituere, l. seq. l. 2. de in lit. jur. l. 5. §. idem Julianus, ad exhib.* Jusjurandum in litem, quod dedit adversarius, sequitur condemnatio plerumque, quæ jurijurando comparatur, *l. à possidentibus, C. de rei vindic.* Et ultimo loco ostenditur in hac lege, supradictam exceptionem, ut non damnetur ultra facultates, à donatore opponi convento in personam ex causa donationis, non solum pendente judicio, quodcumque ante condemnationem, sed etiam post condemnationem in executione, vel actione judicati, quod etiam ostenditur in *l. qui id quod, sup. de*

(†) Vide Merrill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 46,

donat. Nunquam fera est hujus exceptionis sive defensionis oppositio sive allegatio.

Ad L. XXX. de Except. rei judic. *Ex sextante heres institutus, qui intestato legitimus heres esse potest, cum de re testamenti faceret questionem, ab uno ex institutis dimidiam partem hereditatis petit, nec obtinuit, videtur in illa petitione etiam partem sextantis vindicasse: & ideo, si cæperit ab eodem ex testamento eandem portionem petere, obstabit ei exceptio rei judicata.*

Ad §. Latinus Largus: *cum de hereditate inter Mævium, ad quem pertinebat, & Titium, cui controversiam moverat, transgeretur: traditio rerum hereditariarum Mævio heredi à Titio facta est. In qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo ejusdem Mævii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. His gestis posterior Titii creditor jus suum persequutus est, & obtinuit. Post hoc judicium Mævium heres reperit in rebus aviis chirographum ejusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. Cum ergo conslet, prius avo Mævii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Mævius superatus est: quæro an jus avi sui, quod, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita, exsequi possit? respondit: si de proprietate fundi litigatur, & secundum actorem pronuntiatum fuisse diceremus, petenti ei, qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatae exceptionem: quoniam de ejus quoque jure quæsitum videtur, cum actor petitionem implet, quod si possessor absolutus, amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesset ei exceptio: nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videretur. Cum autem pignoratitia actum est adversus priorem creditorem: potest fieri, ut de jure possessoris non sit quæsitum: quia non ut in proprietatis questione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri, & probabilius dicitur, non obstare exceptionem, quoniam de jure possessoris quæsitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem questione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum his dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, actio tamen pignoratitia competit. Verum est enim, & pignori datum, & satisfactum non esse: quare puto non obstare rei judicatae exceptionem.*

In hac lege duæ proponuntur species. Prima ita est constituta. Quidam duos agnatos suos ejusdem gradus, primum, & secundum, qui ab intestato ei poterant heredes esse, testamento heredes instituit, primum ex sextante, secundum ex quincunce, & extraneum ex alio quincunce. Primus falsa opinione ductus dixit, non jure factum testamentum, id est, in eo deesse solemnia juris, & ut heres legitimus jure intestati ab extraneo vindicet, vel petit (utroque verbo idem significatur) semissem bonorum, quia omisso sextante, extraneo accrevit uncia: vindicet, sed non obtinet. Quæritur, an judicio superatus, quod instituerat in extraneum, deinde ex sextante sibi relicto aliquid jure testamenti percipere possit, an redire possit ad causam testati, quam omisit initio? Quod æquissimum esse videtur, quia errore lapsus, cum falso putaret injustum esse testamentum, semissem ab intestato vindicavit, *l. 17. de acquir. hered. l. mater, de inoff. testam.* Si dixisset testamentum inofficiosum esse, nec obtinisset, esset indignus testamenti commodo, *l. Papinianus, §. meminisse, de inoff. testamen. l. edito, §. pen. de jure fisci, l. alia, C. de his, quibus ut indign. esset*, inquam, indignus commodo testamenti: quia quantum in eo fuit, impugnavit testamentum, & justum judicium defuncti. At quum injustum esse testamentum dixit, ut in proposita specie, id est, non factum uti oportet ex lege, solemniter, quia de jure disputavit, de solemnibus & apicibus juris, non etiam justum judicium defuncti impugnavit, retinet testatoris voluntatem, *l. 1. §. 1. l. pen. de iis, quibus ut indign. retinet igitur sextantis partem dimidiam, id est, unciam, eamque petere à secundo potest: al-*

teram vero unciam amittit, quia intelligitur ab extraneo A
 semissem vindicando, & semissem sextantis vindicasse, qui
 extraneo accreverat. Idcirco re contra eum iudicata, si ab
 eo unciam petat, id est, sextantis semissem, summovebitur
 exceptione rei iudicatæ. Et hæc prior species hujus l. Se-
 quitur posterior, quæ longe prolixior est. Orta est contro-
 versia inter Mævium avi sui verum heredem ex testamen-
 to, & Titium possessorem hereditatis ejus, & finita ea
 controversia est, facta transactione ea lege, ut Mævio vero
 heredi Titius possessor traderet res hereditarias, quas posside-
 bat. Titius eas res ex causa pacti, sive transactionis Mævio
 tradidit, & in iis etiam fundum suum proprium, quem
 jampridem avo Mævii pignorerat pecuniæ nomine,
 nam & hic fundus intelligitur esse ex hereditate avi, l. 2. §.
 in hac actione, vi honor. rapt. eum, inquam, fundum prius
 avo Mævii obligaverat, deinde obligaverat etiam eundem B
 jure pignoris Cajo posteriori creditori. Et hic quidem po-
 sterior creditor egit actione hypothecaria contra Mævium,
 ad quem traditione translata erat fundi possessio, & pro-
 prietas ex causa transactionis, & obtinuit Mævio nescien-
 te avo quoque suo eundem fundum, & quidem priori
 fuisse obligatum, ac proinde Mævio nesciente avum suum
 in jure pignoris fuisse potiore, nec se defendente privi-
 legio temporis. Quæritur si postea Mævius in bonis avi
 invento chirographo hypothecæ, cognoverit avum fuisse
 priorem in hypotheca, an possit cum effectu agere hypo-
 thecaria contra Cajum posteriorem creditorem, à quo prio-
 re iudicio superatus est, cum effectu, id est, sine metu
 exceptionis rei iudicatæ, cujus hæc sit formula, quod
 de eodem fundo agat, qui antea in iudicium venit? Et hæc
 est quæstio posterior. Cui ut respondeat Paulus, primum C
 ostendit multum interesse utrum de proprietate, & domi-
 nio fundi litigatum sit inter Cajum agentem rei vindica-
 tione hoc modo: si paret fundum meum esse, & Mævium
 possessorem fundi: an vero inter eos litigatum sit de hypo-
 theca. Priore casu, si de proprietate litigatum sit, & secun-
 dum actorem pronuntiatum sit, puta, fundum Caii esse
 videri, petitionem suam, ut ait, implente Cajo, id est, pro-
 bante, se ejus fundi dominum esse, eique Cajo ex causa ju-
 dicati Mævius fundum restituerit, postea Mævio vindican-
 ti eundem fundum, obstat exceptio rei iudicatæ, quia
 quum iudicatum est fundum esse Caii, qui egerat rei vindi-
 catione contra Mævium possessorem: & hoc quoque ju-
 dicatum videtur, fundum Mævii non esse, l. si inter, hoc
 tit. & l. Pomponius, §. sed & is, de procur. Denique pro-
 nuntiatum videtur, non tantum de jure actoris, sed etiam D
 de jure possessoris. Nimirum fundum actoris esse, posses-
 soris non esse, & hoc si possessor condemnatus est, si ju-
 dicatum sit secundum actorem possessore condemnato.
 At si possessor, id est, Mævius absolutus sit iudice pronun-
 tiante, fundum, quo de agitur, actoris esse non videri, de ju-
 re tantum actoris pronuntiatum est, non de jure posses-
 soris, ut ait d. lex si inter, hoc tit. & Theoph. in Sæque, Instit.
 de action. Non est ergo pronuntiatum de jure possessoris.
 Ex quo efficitur integrum esse possessori, forte amissa pos-
 sessione fundi, si ea pervenerit ad Cajum, de cujus jure
 pronuntiatum est, cum fundum vindicare posse sine metu
 exceptionis rei iudicatæ: quia nihil in suo iudicio, inquit,
 de jure ejus statutum videtur, ubi loco, in suo iudicio, le-
 gendum arbitror, in superiore iudicio, ut paulo supra dixit
 in priore iudicio. Et hæc de priore casu cum inter Cajum, E
 & Mævium de proprietate litigatur. Posteriore autem ca-
 su, quum non de proprietate, sed de hypotheca superiore
 iudicio litigatum est inter Cajum, & Mævium, nimirum
 Cajo agente hypothecaria contra Mævium, quam actio-
 nem hic vocat pigneratitiam, longe alio sensu, quam in ti-
 tulo de pigneratitia actione, qui est de actione in perso-
 nam, quæ nascitur ex contractu pignoris, & datur debito-
 ri soluta pecunia pignoris recipiendi gratia. Pigneratitia,
 de qua hic agitur est actio in rem, sive persecutio pignoris,
 quæ creditori datur contra possessorem pignoris qualem-
 cumque, & proprie formula hypothecaria dicitur, vel
 actio utilis, aut Serviana, vel quasi Serviana. Hoc ergo
 casu, si inter Cajum, & Mævium priore iudicio de hypo-

Tom. II. Post.

theca litigatum sit, & pronuntiatum secundum Cajum,
 qui prior egerat hypothecaria, nempe pronuntiatum hoc
 modo: fundum Cajo obligatum esse, ex diverso non videtur
 etiam pronuntiatum fundum Mævio obligatum non esse.
 Et alia est causa proprietatis, alia obligationis, & hypothecæ.
 Nam quod Cajus probavit, & vicit, suum esse in soli-
 dum, id non potest esse Mævii: dominium rei ejusdem
 non potest esse duorum in solidum, l. si ut certo, §. ult.
 commod. At hypotheca ejusdem rei duorum esse potest in
 solidum. Quidni, quod Cajus probavit, & vicit in soli-
 dum sibi esse obligatum, potest etiam Mævio teneri in so-
 lidum. Itaque Mævio postea agente hypothecario iudicio
 contra Cajum, non nocet ei exceptio rei iudicatæ, quia
 non de jure Mævii iudicatum est, sed de jure Caii tantum,
 cum pronuntiatum est Cajo fundum obligatum esse, nisi
 forte ita pronuntiatum sit, non habita ratione exceptionis
 fundi avo suo prius obligati, quam Mævius opposuerat,
 quia & hoc casu, quum iudicatur de jure Caii, & de jure
 Mævii iudicari videtur, de quo etiam in iudicio quæstio
 erat, inducta jure exceptionis ejusdem rei ante avo suo
 pigneratæ. Et hæc est species hujus legis duobus, hoc tit. At
 in specie proposita, quia Mævius eam exceptionem non
 introduxit, in iudicio de jure Caii tantum, non de jure
 Mævii est pronuntiatum, & ideo agenti Mævio hypothecaria,
 nihil officit exceptio rei iudicatæ. Contra, posset
 tentari in specie proposita, quod etiam subtiliter Paulus
 tentat, Mævio actionem hypothecariam dandam non esse,
 quia fundi dominium per traditionem factam à Titio, cu-
 jus fundus proprius erat, adquisivit, & hypotheca domi-
 nii acquisitione perimitur, quia nemini res sua obligata
 esse potest: rei suæ pignus non consistit in persona domi-
 ni. Attamen Paulus concludit, Mævio competere actio-
 nem pigneratitiam, sive hypothecariam, quia etsi initio
 fundum Mævius habuerit ut dominus ex causa transactio-
 nis, cum ignoraret jus avi sui, nunc tamen errore com-
 perto eum habet, vel persequitur ut creditor, ut in spe-
 cie legis debitor, ad Trebell. explicatæ à nobis lib. 6. sup.
 Quia, ut ait Paulus verum est, avo ejus pignori obligatum
 fundum esse, & nondum solutam esse pecuniam, cujus
 nomine obligatus fuit, avo nondum satisfactum esse, vel
 Mævio heredi ejus, & ideo non cessare actionem hypo-
 thecariam, l. grege, §. etiamsi, de pignor. Denique & Mævio
 competit actio hypothecaria, quia ab initio consistit
 pignus in persona avi: nec si postea in eam causam reci-
 derit, à qua incipere non poterat, dominio pignoris Mævio
 adquisito, non ideo irritum constituitur, ut sæpe idem
 Paulus scripsit evenire, in l. 85. de reg. juris, ut irrita non
 fiant, quæ initio jure constiterunt, licet in eam causam re-
 cidant, à qua incipere non poterant. Quare concludit Pau-
 lus, Mævio agenti hypothecaria, neque obstat excep-
 tionem adquisiti dominii, & per hoc neque obstat etiam
 ei exceptionem rei iudicatæ: & ita hæc l. explicanda est,
 quæ maxime indigebat interpretatione.

Ad L. XIII. de Dol. mal. & met. except. Libris exheredatis,
 qui nihil ex patris iudicio meruerunt, rupto testamento jus
 suum conservandum est: nec opponetur doli mali exceptio:
 quod non solum in persona eorum, sed in heredibus: in per-
 sona liberorum quoque eorum obtinendum est.

A It, liberis exheredatis, qui nihil ex patris iudicio me-
 ruerunt, id est, qui non agnoverunt, & approbave-
 runt iudicium patris, rupto testamento agnatione postu-
 mi, servari jus legitimæ successione, quia evanuit exhere-
 datio rupto testamento, & eis liberis persequentibus jus
 legitimæ successione non obstat exceptionem doli mali,
 quasi contra voluntatem patris faciant, quia eam patris
 voluntatem agnatio postumi irritam fecit. Idemque est si
 eam irritam fecerit repudiatio heredis instituti à patre,
 l. filium, de bonor. posses. contra tab. Et hoc ait, non solum in
 persona eorum liberorum, qui testamento patris exhere-
 dati erunt, esse servandum, vel obtinendum, sed etiam in
 heredibus, & in persona liberorum quoque eorum. Male
 vulgo, sed in heredibus, & in persona quoque eorum. Rectius

A a a

in

in Pandectis Florent. sine copula, sed in heredibus, in persona liberorum quoque eorum. Ac si dixisset in heredibus, id est, in persona liberorum quoque eorum. Nam cum rupto testamento liberi exheredati ipso jure patri heredes existant ab intestato una cum postumo, certe hereditatis portionem, & petitionem transmittunt ad liberos suos, l. si filius 2. de lib. & post. l. ventre, de adq. hered. ad liberos suos, inquam, non etiam ad extraneos, arg. leg. unica, C. de his, qui ante apertas tab. ut plenius docui in d. l. si filius, ad Africanum. Transmittunt igitur ad liberos suos petitionem hereditatis pro partibus suis, & delatam ipso jure, & ab intestato, & tamen non rupto testamento morientes liberi exheredati post aditionem heredis instituti querelam inofficiosi testamenti non transmittunt ad heredes suos, nisi preparatam, ut indicat l. 5. C. de inoff. testam.



JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XV. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. CXXX. de Verb. oblig. Quod dicitur, patrem filio inutiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est, quæ juris sunt, quæque adquiri patri possunt. Alioquin si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio: veluti, ut tenere ei, vel ire agere liceat. Contra autem filius etiam, ut ire patri liceat, stipulando adquirit ei. Imo, & quod in suam personam conferri non potest, hoc patri acquirit.

PERTINET hæc lex ad id, quod vulgo dicitur, patrem filio, quem habet in potestate utiliter stipulari, & patri adquiri stipulationem quasi per filium, quia filius ipse sibi videtur stipulatus: & vox patris, tanquam vox filii est, §. ei vero, Instit. de inut. stipul. Et hoc est, quod ait, quasi sibi ille stipularetur. Ille enim est filius, ut Rogerius sensit recte. Potest tamen dici, & patrem, qui filio est stipulatus, sibi stipulatum videri, ex l. Stichum, §. quæsitum, de solut. Hanc autem vulgarem sententiam, patrem filio suo stipulari utiliter, veram esse Paulus interpretatur in iis, quæ sunt juris, quæque patri adquiri possunt. Nam si pater filio stipulatus sit ex causa castrensis peculii, aut inutilis est stipulatio, quasi alteri facta: aut ex æquitate pro singulari affectione patris erga filium, filio accommodabitur utilis actio, ut in l. Cajus, sol. matrim. nulla vero patri accommodabitur. Et in iis, quæ sunt juris, inquit, ut si ex alia causa pater stipuletur filio fundum dari, vel habere, possidere licere, sibi acquirit pater, l. eum, qui ita, §. qui sibi, hoc tit. l. 2. C. de contr. stip. quia jus proprietatis stipulatur, jus dominii, fundum dari, fundum habere, possidere licere, verba sunt importantia jus dominii. In iis autem, quæ sunt facti, & quæ conferuntur in personam filii, ut si pater stipuletur filio fundum tenere licere, quod est corpore tenere, & facto, & fundo incubare, vel insidere, aut si pater stipuletur filio per fundum vicini ire agere licere, quæ stipulatio posterior, ire agere licere, in persona filiofamilias non potest accipi pro jure servitutis prædialis, quia filiofamilias prædium non habet, nihil proprium habet, & servitutem inutiliter stipulatur qui prædium vicinum non habet, l. 1. comm. prædior. In patrefamilias hæc verba ire agere licere, jus servitutis significarent: in filiofamilias non possunt jus significare, non habente vicinum fundum, sed accipienda sunt pro mero facto, & ideo inutilis est stipulatio, quæ factum confert in personam filii, quia neque patri ex ea queritur actio, neque filio, quia neque pater facere potest, quod ut filius faceret, cavet: Hoc enim cohæret personæ filii. Facta in actu hominum naturali consistunt, & natura dividit, & separat personam patris à personâ filii. Denique facta cohærent personæ, cui adscribuntur, nec ab ea divelli, & in aliam personam transire possunt, l. si statulibera, §. ult. de statulib. Er-

go ex ea stipulatione: quæ factum confert in personam filii, patri adquiri non potest, ut nec filio, quia per patrem filio adquiri non potest perversa ratione, sed per filium patri acquiritur, l. cum dos, §. si vero, de pact. dosal. E contrario, inquit, filium recte stipulari patri ire, agere licere per fundum vicinum, quia si pater vicinum prædium habeat, tum ea verba jus servitutis significant, non nudum factum, atque ita jus servitutis, vel aliud quodcumque jus, quod filiofamilias in personam suam conferre, & coercere non potest, id si patri stipuletur, patri acquirit. Idemque est si id sibi filius stipuletur. At in iis, quæ sunt facti, differentia est: nam si patri stipuletur factum, veluti, ut patri fundum tenere liceat, patri acquirit, l. quodcumque, hoc tit. quia vox filii tanquam vox patris intelligitur, d. §. ei vero. Sin autem filius sibi stipuletur factum, puta tenere licere, ipse solus tenere potest, non pater: quia quæ facti sunt, à persona ejus recedere non possunt, in quem collata sunt, l. qui heredi, de cond. & demonstr. & hæc omnia quæ dixi hæcenus simili modo observantur in domino, & servo, l. stipulatio ista, §. bi, qui sunt, & l. dominus, hoc tit. §. sed cum factum, Instit. de stipul. serv. Nam & vox domini, vox servi dicitur, & contra, §. post mortem, Instit. de stipul. serv. l. si servus communis, de dam. inf.

Ad L. CXXXII. eod. Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniæ quantitatem, si eum aliter, quam ut filium observasset. Quæro si postmodum domo eum propulerit, vel moriens nihil ei testamento reliquerit: an stipulatio committetur, & quid intersit, utrum filius, an alumnus, vel cognatus agens fuerit? Præterea quæro, si filium suum quis legitime in adoptionem dederit, & ita, ut supra scriptum est, stipulatio intercesserit, eumque pater adoptivus exheredaverit, vel emancipaverit, an stipulatio committatur? Respondi, stipulatio utilis est in utroque casu. Igitur si contra conventionem factum sit, committeretur stipulatio. Sed videamus primum in eo, qui legitime adoptavit, an possit committi, si eum exheredaverit, vel emancipaverit. Hæc enim pater circa filium solet facere. Igitur non aliter eum, quam ut filium observavit. Ergo exheredatus de inofficioso agat. Quid ergo dicemus, si & meruit exheredari? Emancipatus plane & hoc remedio carebit. Quare sic debuit interponi stipulatio, ut si eum emancipasset, vel exheredasset, certum quid promitteret. Quo tamen casu commissa stipulatione potest queri, an exheredato permittendum esset dicere de inofficioso, maxime si patri naturali heres existisset, an victo deneganda est ex stipulatu actio? Sed si ei, qui stipulatus est, non debuit denegari: victo filio, nec ipsi deneganda erit debita pecuniæ executio. In eo autem, qui non adoptavit, quem intellectum habeat hæc conceptio, si eum aliter, quam ut filium observasset, non prospicio. An & hic exigimus exheredationem, vel emancipationem, res in extraneo ineptas? Sed si is, qui legitime adoptavit, nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patrio jure in eo, qui hæc non fecit, dicit supervacuo. Dicit tamen poterit commissam esse stipulationem.

Ad §. Filiusfam. ita stipulatus est, quantam pecuniam Titio credidero, si tua esse jubes: Et emancipatus credidit, patri non debet fidejussor: quia nec reus ei tenetur.

PATER filium suum L. Titio tradidit ea lege, ut si eum aliter observaret, vel tractaret, quam filium, certam pecuniam pœnæ nomine patri dependeret. Queritur, an pœna committatur, si L. Titius eum domo sua exegerit, vel moriens nihil ei profus reliquerit? Idem queri potest, si pater filium suum legitime Titio dederit in adoptionem: legitime, id est, solemniter, adhibita tertia emancipatione, eum Titio cedendo in jure apud prætorem, vel præsidem. Queritur potest, an committatur pœna si L. Titius eum exheredaverit, vel emancipaverit, vel abdicaverit; & domo sua propulerit, vel si in testamento eum omnino prætermiserit? Et hoc posteriore casu, si filium à patre naturali sibi in adoptionem datum L. Titius exheredaverit in testamento, pœna non committitur, quia patrio jure usus est. Idque verum est indistincte, si eum merito, si eum im-

rito exheredaverit. Nam si immerito, filio adoptivo sufficit querela inofficiosi testamenti, probanti se immerentem esse, & ita rescindenti exheredationem, & totum testamentum: si merito, hoc quoque casu, licet inanis futura sit querela inofficiosi testamenti, quia merito exheredatus est, stipulatio pœnalis non committitur, ut nec quum eum filium L. Titius emancipavit. Quo casu emancipato nulla competit querela, ut significatur illo loco *emancipatus plane, &c.* id est, exheredatus habebit remedium querelæ, & rem obtinebit, si probet se immerito exheredatum: At emancipatus querela inofficiosi carebit, quia nemo invitus emancipatur, *l. jubemus, C. de emancip. lib. & Paulus 2. Sentent. tit. 25.* At invitus exheredatus excluditur bonis paternis. Ut autem exheredando, ita emancipando pater adoptivus patrium jus exercuit, nec aliter filium observavit, quam alii patres solent. Emancipatio est beneficium patris, *l. 1. si à parente quis manum. fuer. l. filio, ut leg. nom. cav.* beneficium quærendorum sibi bonorum: exheredatio est fulmen patris, ut de abdicatione dixit Quintil. declam. 259. abdicationem esse fulmen paternum adversus ferociam adolescentium. Aliud tamen dicendum erit, si ita concepta fuerit stipulatio pœnalis, *si filium exheredaveris, vel emancipaveris, pœnæ nomine tot dari:* nam filio exheredato, vel emancipato pœna committitur: non illo casu, si ita concepta sit stipulatio, si eum non observaveris ut filium. Quum ergo ita concepta est, si eum exheredaveris, vel emancipaveris, eo exheredato, vel emancipato pœna committitur: pœnæ petitio competit stipulatori, id est, patri naturali: exheredato quoque filio competit querela inofficiosi testamenti. Imo etsi in querela non obtinuerit, ei competit pœnæ petitio, pœnæ debitæ executio, si patri naturali heres extiterit. Quia & patri naturali competeret, filio superato in querela inoffic. testam. Et hoc est, quod ait, *sed si ei, cui stipulatus est,* id est, patri naturali non debuit denegari victo filio, &c. Hæc sunt legenda sine ulla interpunctione, præterquam in ultimo verbo, *non debuit denegari,* victo filio, id est, si patri naturali victo filio in querela inofficiosi testamenti non debuit denegari pœnæ petitio, nec ipsi filio exheredato deneganda erit, etsi in querela non obtinuerit. At si pater adoptivus filium abdicaverit, & propulerit domo, puto stipulationem committi, quia filii jure civili abdicari non solent, *l. abdicatio, C. de par. pot.* Hoc est institutum vetus Græcorum, non Romanorum. Et priore quoque casu, si filium alienum Titius in adoptionem non acceperit, *sed suæ fidei commissum à patre susceperit,* deinde eum abdicaverit, & domo egerit, stipulatio committitur, quia in eo non se gessit, ut Romæ patres solent, qui nunquam abdicant filios. Idemque obtinet utroque casu, si filius ex ultimo judicio ejus, cui est datus in fidem, vel adoptionem nihil tulerit, nihil promeruerit, quia solent quidem filii à patribus exheredari, sed non omnino præteriti: aut si silentio prætereantur vitiosum est testamentum, non solet eis à patribus nihil prorsus relinquere. Nam & exheredatis sæpe relinquuntur legatum, vel fideicommissum. Exheredati sunt, quibus hereditas non relinquitur, & qui nominatim, vel inter cæteros exheredes esse jubentur, etiamsi sit eis relictum legatum, vel fideicommissum. Utroque enim casu non committitur pœna, si vel susceptum, vel adoptivum filium alienum exheredaverit, vel emancipaverit, quia in adoptato id fecit jure patris: in suscepto, nullo jure: quia susceptus extraneus illi est, & in extraneo, qui non est in potestate nostra inanis exheredatio, & inepta res est, ut etiam emancipatio. Extranei enim non sunt in nostra potestate, *l. si instituta, §. 1. de inoffic. test. l. non putavit, §. si quis emancipatum, de bon. poss. cons. tab.* Et hæc si pater naturalis filium suum alii dederit in fidem, & quasi clientelam, vel in adoptionem. Quod si non filium ita dederit, sed alumnum, vel cognatum, an in iis idem erit obtinendum, quod in filio? Et omnino idem est servandum in alumno, quia loco filii est, *l. denique, de pignor. & in cognato etiam, quia & cognatus pro parte nostri habetur: l. cum scimus, in fine, C. de agric. & censuris lib. 11.* videlicet, si in fidem alterius quis dederit alumnum suum agnatum, vel cognatum: Nam in adoptionem dare non potest

Tom. II. Post.

A alumnum, vel cognatum, quia eum non habet in potestate.

Ad §. ult. Proponitur in extremo hujus legis, fidejussorem adhibutum fuisse futuræ obligationi filiofamilias stipulante, hoc modo; *Quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes?* quo facto si emancipatus filius crediderit Titio, cui obligatur fidejussor, an patri, an filio? Respondet non obligari patri, sed filio. Quia nec reus principalis obligatur patri, sed filio tantum, qui ei credidit pecuniam post emancipationem, & exemplum rei principalis sequi debet fidejussor, quasi stipulatio fidejussoris vires non accipiat ante emancipationem, cum stipulator erat in familia patris, sed post emancipationem, quo tempore demum extitit reus principalis, sine quo fidejussor esse non possit, & hoc ostenditur in *l. si debitori, §. 1. de fidejuss.*

B Ad L. XX. de Stipul. *tervor. Liber homo bona fide mibi servit. Stipulatur ex re mea, vel ex operis suis Stichum: qui ipse est. Magis est, ut mibi adquirat: quia etsi servus esset meus, adquiseret mibi. Nec enim illud dici debet, quasi ille quoque in peculio ejus esset. Sed si ex re mea Stichum, qui meus est stipulatur, sibi adquireret.*

C Ad §. Apud Labeonem ita scriptum est: *filium, & filiam in sua potestate pater intestatus relinquit. Filia eo animo fuit semper, ut existimaret, nihil ad se ex hereditate patris pertinere. Deinde frater ejus filiam procreavit, & eam infantem reliquit. Tutores servo avito ejus imperaverunt, ut ab eo, cui res avie hereditatis vendiderunt, stipularetur, quanta pecunia ad eum pervenisset: Ex ea stipulatione, quid pupillæ adquisitionis sit, peto rescribas. Paulus: Est quidem verum, bona fide possessum servum ex re ejus, cui servit, stipulantem possessori adquirere. Sed si res, quæ ex hereditate avi communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt: non videtur ex re pupillæ totum pretium stipulari: ideoque utriusque acquirit.*

In hac l. duæ proponuntur quæstiones, quarum prima hæc est: certum est, liberum hominem, quem tanquam servum bona fide possideo, mihi adquirere obligationem ex duabus causis tantum, ex suis operis, ut si stipuletur mercedes operarum suarum, & ex re mea, ut si ex administratione rerum mearum, veluti si ex mutatione pecuniæ meæ, vel ex locatione prædiorum meorum stipuletur Stichum sibi dari proxenetici nomine, *l. ex re, de usufr.* Et apud Theoph. in §. *de iis, Instit. per quas pers. nob. adqu. obli.* Extra hæc duas causas liber homo, qui mihi bona fide servit, sibi acquirit obligationem, non mihi, *l. liber homo, de adquir. rer. dom.* At quæritur, si is liber homo ex re mea, vel suis operis stipuletur sibi dari Stichum, qui suus est, an mihi adquirat obligationem? Movet dubitationem, quod Stichum stipulatus est, quem ipse sibi adquirere non potest, quia nemo, quod jam acquisivit, sibi opus suum fecit, id amplius suum facere potest. Dominium non recipit τὸ μᾶλλον, non recipit magis, aut minus, *l. & an eadem, §. actiones, de except. rei judic.* Et absurdum videtur, ut quis adquirat alii, quod sibi non potest. Proinde, ut legatum servo relictum valet ex persona servi, hoc est, ita demum si liber factus sibi adquirere possit, *l. debitor, §. servo, de leg. 2. l. §. de serv. leg.* Ad eundem quoque modum, idemque exemplum stipulatio videtur valere ex persona servi, qui stipulatur. Et quod in servo meo obtinere videtur, id etiam obtinet in eo, quem bona fide possideo, nempe in libero homine, quem bona fide possideo, tanquam servum meum, quia pro servo eum habeo, & ille vicissim servum se esse putat. Verum aliud Paulo judicium est, qui respondet: non ideo minus mihi adquiri obligationem, si liber homo, qui mihi bona fide servit, Stichum stipulatus sit, ex re mea, vel operis suis, quod Stichus ipse sit, id est, quod eum ipse sibi adquirere non possit: quia etsi is liber homo revera servus esset meus, mihi ex stipulatione adquiseret obligationem, quam sibi liber factus adquisere non posset, ut si Stichum, quem habet in peculio, stipularetur, quem liber factus non adempto peculio sibi adquisere non potest, quia suus est servus, mihi tamen adquiseret actionem ex stipulatione. Neque enim, inquit,

A a a 2

illud

illud dici videtur, quasi in peculio ille esset, id est, dici non debet, ideo mihi non adquiri stipulationem, in quam servus meus deduxit servum suum peculiarem, quod servo meo adquiri non possit, qui jam in ipsius peculio est, quasi proprio patrimonio, quique manumissum eum consequitur. At ex diverso, ut subjicit in fine hujus responsi, si liber homo, qui mihi bona fide servit, stipuletur Stichum, qui meus est, ex re mea, vel ex suis operis, tum quia mihi adquiri non potest, sibi acquirit, eique debetur Stichus. Et hoc est, quod generaliter definitur in *l. qui bona, §. & generaliter, de acquir. rer. dom.* quod liber homo ex re bonæ fidei possessoris ei adquirere non potest, ut rem ejus propriam, id sibi adquirere, vel saltem ejus rei obligationem. Quod autem ex re ejus sibi adquirere non potest, ut rem suam propriam, id possessori adquirere. Quo loco recte cæteri omnes libri, quod autem ex re ejus, & pessime B foli Florentini, quod autem non ex re ejus, sibi adquirere non potest, &c. ut jam pridem docui 4. & 17. observat. docuit etiam Antonius Faber, nisi forte accipiamus duas negationes pro una, quod in eis Pandectis est frequentissimum, quod fuerint scriptæ ab homine Græco, qui Cræcorum more sæpe geminavit negationes, & contentus ero alterum locum proponere, in quo reperitur error similis: in *l. 1. §. si quis sub conditione, ut leg. nom. cav. quia nec legatum non transmittitur*, id est, quia legatum conditionale non transmittitur. Certum enim est extra rem bonæ fidei possessoris, vel operas liberi hominis bona fide possessi, quæ etiam videntur esse ex re possessoris, quoniam possessori debentur, quasi domino, nihil aliud adquiri possessori per illum, ex re tamen possessoris, vel operis illius, etiam quod sibi ille liber homo adquirere non potest, id acquirit possessori: & retro, quod ex jisdem duabus causis possessori adquirere non potest, id sibi acquirit. Idque ita procedit in contractibus, ut scilicet consistant ex persona bonæ fidei possessoris, vel domini, cui adquiri potest, licet libero homini adquiri non possit. Legatorum autem, quorum argumento usus sum in ratione dubitandi, longe alia est conditio, ex uno latere scilicet: legata enim relicta servo, vel libero homini bona fide possesso, consistunt ex persona servi, vel liberi hominis bona fide possessi, non ex persona domini, vel bonæ fidei possessoris. Nec ergo valent aliter, quam si libero homini adquiri possint, *d. l. debitor, §. servo alieno*. Ratio differentiæ hæc est, quia contractus statim atque perfecti sunt, vires accipiunt & coalescunt in persona domini, vel possessoris, cui adquiri potest, *l. 26. hoc tit.* Legata autem non statim vires accipiunt testamenti tempore, sed mortis testatoris tempore, à quo dies eorum cedit. Ex qua differentia inter legata & contractus oriuntur aliæ permultæ. At ex alio latere, puta quum quid domino, vel bonæ fidei possessori adquiri non potest, fateor inter contractus, & legata nullum esse discrimen. Nam quod ex causa contractus, vel legati adquiri ei non potest, libero tamen homini, aut servo, cum liber erit, qui contraxit quive legatum meruit, adquiri potest, ut ostendi lib. 6. ad *§. servo alieno*, & hæc de priore quæstione, quæ fuit de libero homine bona fide possesso. Sequitur altera quæstio, quæ sit de servo alieno in totum, vel pro parte bona fide possesso, qui etiam possessori compararet, & acquirit ex duabus causis tantum, ex re possessoris, & ex suis operis. Finge: Pater, qui filium, & filiam habebat in potestate, iis superstitibus intestatus decessit, filia eo animo semper fuit, ut putaret ad se hereditatem patris non pertinere, erravit scilicet in facto, quia forte existimavit patrem testatum vita decessisse, & se exheredasse: si errasset in jure, puta si existimasset filiam, in successione patris intestati masculinum scemina præferri, quales olim fuisse Armeniorum mores indicat Novella 21. & Saliorum, item atque Anglorum, & Turingorum vetustissima jura: hoc casu filia erranti in jure non subveniretur, quia juris error scemina nec in compendiis prodest, puta in quærendis hereditatibus, *l. 1. & 8. D. de jur. & fac. ignor. l. 2. C. eod.* Erranti in facto subvenitur, ut hujus quæstionis finis ostendit. At in hac specie filia erravit in facto, ut dixi. Filius autem bona fide possedit here-

ditatem totam patris, non concurrente filia, quæ se exheredatam testamento patris putabat, quod nullum extabat. Deinde filius filiam procreavit, eamque impuberem moriens reliquit heredem ex asse. Tutores ejus filia hereditatem avi, quæ ad patrem ejus tota pervenerat, venderunt, retento uno servo avito, cui imperaverunt, ut ab emptore avitæ hereditatis stipularetur, quanta pecunia ad eum pervenisset, quod est initium formulæ stipulationis emptæ, & venditæ hereditatis, *l. 50. de verb. obligati. l. 2. de heredit. vend.* Qua quidem stipulatione emptor à venditore stipulatur, quanta pecunia ex hereditate vendita ad eum pervenerit, tantum præstitum iri. Et vicissim venditor ab emptore restipulatur certum pretium hereditatis, ut in hac specie, sicut indicant verba illa, *totum pretium stipulatore*: vel stipulatur etiam venditor pecuniæ, quam solverit nomine hereditario, restitutionem, *l. si ex pluribus, de heredit. vend. totos imperarunt*, inquit. Tutorum est jubere imperare servis pupillæ, quia loco dominorum sunt, *l. 28. de administ. tut. l. interdum, §. qui tutelam, de furt.* Quæritur, an ex ea stipulatione, quam servus avitus jussu tutorum, & pupillæ nomine interposuit, an, inquam, aliquid ex ea pupillæ sit acquisitum? servum illum pupilla bona fide possidebat quali suum in totum, ut & pater ejus: alioqui mala fides patris ei noereret, *l. cum heres, de divers. & temporal. præscript.* At revera eum servum pupilla habebat communem cum amita sua, quæ errore lapsa opinabatur, ad se hereditatem patris, id est, avi pupillæ non pertinere. Et siquidem servus stipulatus esset ex re pupillæ tantum, pupillæ soli adquisisset obligationem, quasi totius servi bonæ fidei possessori. At quia stipulatus est ex re communi cum amita pupillæ, id est, ex hereditate avi. Paulus respondet recte utrique acquiri stipulationem pupillæ, & amitæ ejus ex partibus æquis. Nec obstat quod objicit Accursius in *l. proinde, §. 1. hoc tit.* servum communem, qui nominatim uni ex dominis, vel jubente uno ex dominis (jussu pro nomine est) stipulatur, ei soli adquirere. Id enim verum est, & fatemur quidem, hic servum non tantum pupillæ nominatim esse stipulatum, sed etiam jussu tutorum, qui loco pupillæ sunt. Verum, quia non ut servus communis stipulatus est, sed ut servus in totum pupillæ proprius, non ei soli acquirit, quia hunc animum non habuit, sed & coheredi ejus, id est, amitæ. Idque comperto errore amitæ proculdubio ita judicabitur. In posteriore hac quæstione sic legendum est, *ex ea stipulatione, quid pupillæ adquisitum sit, peto rescribas*: quid autem adquisitum sit, id est, totum pretium hereditatis venditæ, an pars pretii. Vulgo Florent. habent, *ex ea stipulatione ne quid pupillæ adquisitum sit*, perperam repetita syllaba ne.

Ad L. LVI. de Fidejuss. *Si quis pro eo, qui libertus non esset, & operas præstaturum se jurasset, fidejussor erit: non tenebitur.*
Ad §. Item si filius à patre, vel servus à domino stipuletur, nec fidejussor acceptus tenetur: quia non potest pro eodem & eodem esse obligatus. Ex diverso ergo patre à filio, vel domino à servo stipulato, fidejussor acceptus tenetur.

Ad §. Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione: nec fidejussorem teneri, Pomponius ait. Quid ergo si consumptis nummis nascatur conditio? Puto fidejussorem obligatum fore. In omnem enim causam acceptus videtur, quæ ex ea numeratione nasci potest.

Ad §. Pro furti actione fidejussor accipi potest. Item pro eo, qui in legem Aquiliam commisit. Diversa causa est popularium actionum.

Sciendum est ex jurejurando non nasci obligationem civilem, puta si quis etiam roganti juraverit, se aliquid daturum, facturumve, ut ex pacto, vel pollicitatione constat obligationem non nasci. Jusjurandum cedit pro pacto, *l. 2. l. sed est, l. tutor, §. 1. de jurejur.* Eademque vis est pacti, & jurisjurandi, certe jurisjurandi non est major vis, quam pacti, *l. Stichum, §. naturalis, de solut. l. 1. §. pen. C. de natural. lib.* Imo nec jurati pacti, id est, jurejurando confirmati, nec iterati pacti. Nam & hoc obligationem non parit, nec ut pariat obligationem pactum jurejurando

do confirmatum constituitur, in *l. si quis major, C. de transact.* sed ibi poena tantum statuitur in perjurum. Unus tantum casus est, quo ex jurejurando nascitur civilis, & naturalis, sive plena obligatio, puta si libertus post manumissionem patrono præsentis juraverit se donum, vel munus, vel operas officiales daturum, qui casus exceptus est lege Julia & Papia, *l. 7. de op. libert. l. 13. de acceptil. l. 6. §. si quis absente, de confess. l. ult. de lib. caus.* Et eo genere, id est, jurejurando liberti contrahitur verborum obligatio, sicut stipulatione, & dictione dotis, ut Cajus scribit *2. Inst.* Ergo ex jurejurando illo liberti, quod præsentis patrono juravit, nascitur obligatio, & consequenter pro eo quoque fidejussor acceptus obligatur, *l. 8. in fi. de oper. libert. fidejussor*, inquam, qui intervenerit, & promiserit quanti interest operas præstari, *l. 44. eod. linter, de fidejuss.* At si is, qui libertus non est, extraneo juraverit, se ei præstaturum operas officiales tanquam patrono, ex hoc jurejurando nulla nascitur obligatio, id est, neque civilis, neque naturalis, quia jusjurandum, quod est inutile, pro pacto non cedit: sicut nec stipulatio inutilis pro pacto cedit, ut pariat naturalem obligationem, *l. 14. §. si quis ita, de verb. oblig.* Et ideo recte Paulus ait, pro eo, qui cum libertus non esset, juravit se operas daturum, non obligari, nec fidejussorem quidem, nempe quia nulla subest principalis obligatio, quæ vel jure naturali consistat: fidejussor accedere posset naturali obligationi, sed eo casu nulla est, vel civilis, vel naturalis obligatio, cui accedat.

Ad §. *Item si filius.* In hoc §. proponitur casus singularis, quo obligationi naturali fidejussor non accedit utiliter, vel quo naturalis obligationis fidejussor inutiliter accipitur, qui regulariter vel naturali tantum obligationi accedit utiliter, ut & reus constitutæ pecuniæ. Casus hic est. Si filius à patre, vel servus à domino stipuletur sibi dari, etiam si ex ea stipulatione filio, vel servo pater, vel dominus obligetur naturaliter, ita scilicet, ut nec rursus à filio, vel servo, cui ea obligatio quæsitæ est, ea obligatio recurat ad patrem, vel dominum, & ei quærat, *l. frater à fratre, §. quæsitum, de condit. indeb.* tamen, qui pro patre, vel domino, qui naturaliter est obligatus, filio, vel servo, fidejussor intercessit, non obligatur, quia si filio, vel servo obligaretur, statim ea obligatio fidejussoris per filium, vel servum, cui quæsitæ est, patri, vel domino acquireretur jure potestatis, atque ita eveniret, ut fidejussor pro patre, & patri obligaretur, quod nec jus, nec natura patitur, ut scilicet idem sit ejusdem rei, vel pecuniæ debitor, & creditor. Debitor, pro quo fidejussor obligatur, & creditor, cui fidejussor obligatur, *l. qui hominem, §. quidam filium, de solut.* Et hac ratione fit, ut in hac specie naturali obligationi fidejussor accedat inutiliter. Nota autem differentiam inter propriam patris obligationem, qua naturaliter filio suo tenetur, & obligationem alienam, qua scilicet extraneus eidem tenetur: Hæc enim, qua extraneus tenetur, confestim acquiritur patri. Illa, qua pater tenetur filio suo, non acquiritur patri, quia natura, quæ inter eos constituit obligationem, non dividit, vel separat filium à patre. Ex diverso, si pater à filio, vel dominus à servo stipuletur, filius, vel servus patri, vel domino naturaliter obligatur, & fidejussor quoque, qui apud patrem, vel dominum intercessit pro filio, vel servo, quia obligatio fidejussoris per patrem, vel dominum acquiri non potest filio, vel servo. Absurdum enim esset, si is, qui acquirit nobis omnino, per nos ipse quidquam acquireret, *l. cum dos, §. si vero filia, de vac. dotal. l. quod dicitur, de verb. obligat.* Et ita hoc posteriore casu non potest evenire, quod eveniebat priore casu, ut fidejussor obligaretur pro eodem apud eundem.

Ad §. *Si nummos alienos.* Sciendum est, ei, qui nummos alienos credendi causa suo nomine dedit, quasi suos, eum, qui accepit, quandiu nummi exstant, neque civiliter, neque naturaliter teneri ex causa mutui, vel crediti, id est, non teneri certi conditione ex numeratione, certi conditione de rebus creditis, *l. certi conditio, de rebus cred.* quia nummi ejus facti non sunt, nec numeratione facta à non domino

ejus fieri potuerunt. Ideoque vindicari nummi exstantes à domino possunt, & nullum mutuuum contractum esse intelligitur numeratione alienæ pecuniæ. Mutuum enim dicitur, quod de meo tuum fiat, sicut Varro patri licentia atque acumine nec sum, quod nec suum fit, quia sum veteres dicebant pro suum, suos, ut Festus scribit pro suo, sis oculis, pro suis, ergo si de meo tuum non fiat quod do, quod numero, non est mutuuum, quandiu nummi exstant. At si is, qui accepit nummos bona fide consumpserit, tunc ei, qui dedit licet alienos dederit, incipit competere certi conditione ex consumptione quasi ex mutuo, quæ dicitur conditio de bene dependens, id est, de bona fide dependens, quia consumptione illa nummos fecit suos, aut fecisse intelligitur, quia nec jam ulla actione peti possunt, cum sint bona fide consumpti, atque ita consumptio mutuuum facit, quod initio mutuuum non erat, consumptio bona fide facta, perficit quod implete numeratio non potuit, *l. si à furioso, & l. seq. l. non omnis, in fine, de reb. cred. l. pater filia, de jur. dot.* Et ideo, ut ait hoc loco consumptis nummis, fidejussor, quem dedit is, qui pecuniam accepit, obligatur: quia & tum is, qui accepit obligatur, & in omnem causam fidejussor ille acceptus videtur, quæ ex ea numeratione nasci, aut subnasci potest: quæ nascitur ex consumptione, subnascitur ex numeratione, nec male etiam ex numeratione nasci dicitur. Exstantibus vero nummis, fidejussor ille non obligatur, quia nec is, pro quo fidejussit ullo modo interim obligatur, nisi is, qui dedit, stipulatus sit pecuniam sibi reddi, & fidejussor stipulationi accesserit, *l. 2. C. si cer. per.* quo casu, qui eam pecuniam accepit, tenetur conditione ex stipulatione, ergo & fidejussor ejus.

Ad §. *Pro furti actione.* Ostenditur hoc §. omni obligationi, ut ait *l. 1. h. t. fidejussorem* accedere posse, non tantum ortæ ex contractu, sed ex delicto, vel quasi delicto, ut ex furto, pro actione furti, vel ex damno injuria dato, pro actione legis Aquiliæ, vel ex bonis raptis, pro actione vi bonorum raptorum, vel ex injuriis, pro actione injuriarum, *l. Grace, §. sed est, l. si à reo, §. ult. h. t.* Non tamen posse fidejussorem accedere obligationi, quæ ex populari causa descendit, non pro actione populari, ut sepulcri violati. Ratio est, quia non ante intelligitur ex ea causa cuiquam ex populo deberi, quam privatim ea res ad aliquem pertineat, non antequam litem contestatus fuerit, *l. pœnales, ad leg. Falc. l. 12. de verb. signifi. pen. de pop. ult.* post litem contestatam ei debetur, & fidejussorem accipere potest, quia sæpe pars pœnæ ei debetur, qui instituit popularem actionem, *l. lege, §. 1. & ult. de Senatusc. Syllan.*

Ad L. XCVIII. de Solut. Qui res suas obligavit, postea aliquam possessionem ex his pro filia sua dotem promittendo obligavit, & solvit: Si ea res à creditore evicta est, dicendum est, maritum ex dotis promissione agere posse, ac si statuliberum remve sub conditione legatam dotis nomine pro filia pater solvisset: Harum enim rerum solutio non potest, nisi ex eventu liberare: scilicet quo casu certum erit remanere eas.

Ad §. Diversum respondetur in ea pecunia, sive re, quam patronus post mortem liberti per Favianam aufert. Hæc enim actio cum sit nova, partam liberationem non potest revocare.

Ad §. Huic applicatur minor 25. annis, qui à creditore circumscriptus, in rem ex causa debiti solutam restituitur.

Ostenditur in hac lege, quibusdam casibus solutionem non statim liberare debitorem, sed ex casu, & eventu tantum, sive ex post facto, ut si is, qui creditori pignori obligavit omnia sua bona, deinde ex iis bonis fundum dotis pro filia promissæ nomine genero obligaverit, & solverit, id est, dederit in solutum, ut recte glossa interpretatur, & jure domini eum permiserit à genero possideri, *l. cum dominam, C. de pign.* Postea vero prior creditor eum fundum evicerit actione hypothecaria instituta contra generum, hoc casu genero adversus socerum non tantum competit utilis actio ex empto pro evictione, quia datio in solutum vicem venditionis obtinet, *l. 4. C. de evict.* sed etiam genero competit adversus socerum pristina actio ex dotis

dotis promissione, *l. si quis aliam*, hoc tit. *l. eleganter in pr. A* sup. de pig. act. *l. libera*, C. de sent. & interloc. competit, inquam, pristina actio ex dotis promissione, quia non intelligitur solvise, vel in solutum dedisse, qui ita dedit, ut habere non possit is, qui accepit, *l. qui concubinam*, §. si beres, de leg. 3. solutio non liberat, nisi perfecte res, vel pecunia, quæ solvitur, fiat accipientis, *l. cum quis*, §. qui hominem, hoc tit. Non videtur autem perfecte ejus fieri, & in plenum, quod ex casu ei auferri potest, *l. omnes actiones*, §. 1. de regul. juris. Hoc igitur casu solutio fundi jampridem alii obligati non liberat patrem, nec fundum genero acquirit, nisi ex eventu, id est, eo casu, quo fundus apud generum remanere potest, puta dimisso priore creditore, & percempta hypotheca ejus: si ea res, inquit, à creditore evicta est, id est, si ea possessio, is fundus, ut infra, *barum rerum*, id est, hominis, vel fundi, ut *leg. interdum, qui posio. in pignor. B* hab. ad armandam eam rem, id est, navem. Et Varro de Re Rust. Quos alii *μελιτροφεα* appellant (ea sunt alvearia apum) eandem rem quidam mellaria. Idem vero dicendum, si pro dote promissa filiae nomine pater statuliberum solverit, cui relicta est libertas sub conditione: vel si solvit fundum sub conditione legatum. Nam & hæc solutio non protinus liberat patrem, quando pendet conditio libertatis, vel legati: quia ex casu, puta existente conditione avelli ea res genero potest, sed tunc demum ex ea solutione liberatio contingit, & genero acquiritur, quum certum esse coepit eam rem, quæ soluta est, remansuram apud generum, puta defecta conditione libertatis, vel legati: pendente conditione, pendet etiam liberatio debitoris, & dominium solutæ rei. Et hæc ita procedunt, si ex ea causa, eaque actione, res, quæ soluta est, evinci & auferri possit, quæ sit solutione vetustior, non si actio sit recens & nova, quæ ea res evincitur: solutio vetustior. Nam ut actio ex empto pro evictione competit, re evicta ex causa, quæ venditionem præcessit, *l. 1. C. de per. & comm. rei vend. non re evicta ex causa nova*, quæ supervenerit post contractam venditionem, *l. Lucius, de evict.* & eodem modo actio pristina, quæ cum illa concurrat, manet integra, si res soluta evincatur ex causa vetustiore, quam solutio sit: non si ex causa, & actione nova, quæ post solutionem emerferit. Cujus rei Paulus hoc loco duo ponit exempla. Unum est, si libertus in fraudem patroni, quo minus ad eum legitima portio perveniret, per gratiam, per gratificationem, ut & nostri loquuntur, solverit pecuniam, vel dederit rem in solutum creditori, sive participanti fraudem, sive non, nihil refert, ut glossa recte notat, ac deinde post mortem liberti patronus rem, aut pecuniam solutam creditori evincat actione Fabiana, vel Calvisiana. Nam hoc casu non est creditori liberti integra actio contra heredem liberti: quia actio Fabiana, qua res creditori soluta evicta est, nova est actio, nata scilicet post solutionem, & mortem liberti. Neq. enim ante Fabiana patrono competit, quam mortuus libertus fuerit, *l. 2. C. si in fraud. pat.* quia nec ante mortem liberti patrono debetur legitima portio. Et ideo per solutionem vetustiore parta liberatio liberti non potest revocari, id est, creditori non potest dari pristina actio rescissa liberatione semel parta. Alterum exemplum est hujusmodi: Si minor 25. annis circumscriptus à creditore, ei dederit in solutum ornatissimum quendam fundum majorum suorum, ac deinde impetrata restitutione in integrum contra eam solutionem, eum fundum creditori evicerit, restituta ei à prætore in rem actione, restituto dominio: Nam hoc quoque casu creditori non est integra actio pristina in minorem 25. annis: quia actio, qua fundus ei evictus est, nova est actio, quæ post solutionem causa cognita beneficio prætoris minori circumscripto extra ordinem restituitur, & redintegratur, & ideo per solutionem vetustiore parta liberatio minori non revocatur, id est, creditori contra minorem non datur actio pristina. Et hoc est quod ait, *huic applicatur minor*, id est, patrono similis est minor, &c. Quæ duo exempla novæ actionis exercendæ sunt notanda.

Ad §. Rem autem castrensis peculii solventem patrem, perinde accipere debemus, ac si alienam dedisset, quamvis possit resi-

dere apud eum, cui soluta est, prius mortuo intestato filio. Sed tunc acquisita creditur, cum filius decesserit, & utique cujus fuerit eventus, declarat. Sitque & hoc ex his, quæ post factis in præteritum, quid fuerit declarent.

Post hæc, casibus propositis initio hujus legis, quibus solutio creditori facta non liberat debitorem, nisi ex eventu & casu, Paulus adjungit alium casum in §. rem. Pater creditori suo solvit, vel in solutum dedit rem castrensis peculii filii sui, & postea filius eam rem paterno creditori evicit quasi suam pleno jure, an creditori contra patrem integra sit pristina obligatio & actio? Respondet esse: quia non videtur extincta solutione ea, quæ patrem non liberat, nisi ex eventu, id est, cum certum esse coeperit, eam rem remansuram apud creditorem, cui soluta est, puta filio mortuo intestato superstiti patre, quia eo casu peculium castrense redit in potestatem patris, quasi peculium pagani: peculium militare habetur pro peculio pagano, quod docuimus lib. 11. ejusdem Pauli sup. ad l. 18. ad leg. Falcid. Patre autem præmortuo, vel filio testato de peculio castrensi, ejus rei irrita est solutio, perinde ac si quamlibet aliam rem alienam creditori solvisset, & ideo nec liberationem ea solutio parit debitori, sive patri, nec rei dominum transfert in creditorem. Denique eventus declarat cujus fuerit res castrensis peculii. Nam filio præmortuo intestato, patris fuisse, atque adeo recte soluta fuisse intelligitur: filio autem præmortuo testato, vel patre præmortuo intelligitur fuisse filii: & consequenter nec recte soluta a patre fuisse. Et hic casus, inquit, est unus ex iis, qui post factis quid in præteritum fuerit declarat: quod sæpe in jure & in aliis, quam solutionum causis evenit, nimirum ut post factis declarentur ante facta qualia sint, aut fuerint, *l. quidam, de reb. dub. l. 25. §. 1. de usuf.* Quod etiam ostendi lib. 5. ad leg. 10. de fund. dot. sup.

Ad §. Mihi dare decem pure, aut Titio Kalendis, vel sub conditione: aut mihi Kalendis Januariis: Titio Februariis utiliter stipulor. Quod si mihi Kalendis Februariis, Titio Kalendis Januariis: potest dubitari. Sed rectius dicitur, utiliter stipulatum. Nam cum in diem sit, ea quoque obligatio, etiam mihi solvi potest ante Februarias. Igitur & illi solvi poterit.

Prima quæstio hujus l. fuit de casibus certis, quibus solutio debitæ pecuniæ debitorem liberat ex casu & eventu tantum, non statim. Secunda quæstio, quæ perducitur ab hoc §. mihi dare usque ad §. aream, est de adjecto solutionis gratia, is est extraneus quilibet, cui etsi non possim stipulari utiliter, quia stipulatio alteri facta non valet, tamen mihi stipulando eum adjicio utiliter sub disjunctione, ut quod mihi caveo & stipulor obligationis causa, id ei quidem non perinde debeat, ac mihi, sed solvi ei recte possit etiam me invito. Id fit hoc modo, mihi, aut Titio centum dari spondeo? spondeo. Et hanc adjectionem extranei placet valere non tantum si pure, aut si in diem, vel sub conditione eadem stipulor mihi, aut Titio dari, sed etsi stipulor mihi dari pure, aut Titio sub conditione, vel ad diem: vel si alio die mihi, alio Titio, hoc modo, mihi Kalendis Januariis, aut Titio Kalend. Februariis, *l. ult. §. cum mihi, de verb. obligat.* Diversitas diei non vitiat adjectionem. At ex diverso si stipulor mihi Kalend. Febr. aut Titio Kalend. Januar. dari, dubitatur an utilis sit adjectio. Dubitandi causa est, quia solutio, quæ confertur in personam Titii, anterior est obligatione, quæ confertur in personam meam: quod est præposterum, ut solutio præeat obligationi: & tamen Paulus ait hoc loco, utilem esse adjectionem, utilem stipulationem, etiam adjectione collata in ceteriorem diem, stipulatione in longiorem, quia eo modo petitio tantum, & solutio confertur in longiorem diem, obligatio autem nascitur statim, *l. cedere diem, de verb. signif.* atque adeo mihi ante diem soluta re, vel pecunia in stipulatum deducta, reo non competit conditio indebiti, *l. in diem, de condit. indeb. l. si dejussor, mand.* Denique mihi ante Kal. Febr. recte solvi potest, *l. quod in diem, hoc tit.* Ergo & Titio adjecto solutionis gratia, recte solvitur Kal. Janu. ante Februarias.

Ad §. Qui stipulatus sibi, aut Titio, si hoc dicit, si Titio non solveris, dari sibi videtur conditionatiter stipulari. Et ideo etiam sic facta stipulatione, mihi decem, aut quinque Titio dari quinque Titio solutis, liberabitur reus à stipulatore. Quod ita potest admitti, si hoc ipsum expressim agebatur, us quasi pœna adjecta sit in persona stipulantis, si Titio solutum non esset. At ubi simpliciter sibi, aut Titio stipulatur solutionis tantum causa adhibetur Titius, & ideo quinque ei solutis, remanabunt reliqua quinque in obligatione. Contra si mihi quinque, illi decem stipulatus sum: quinque Titio solutis, non facit conceptio stipulationis, ut à me liberetur. Porro si decem solveris, non quinque repetet, sed mihi per mandati actionem decem debentur.

Docuit diversitatem temporis non vitare adjectionem, nunc docet diversitatem rei, vel summæ non vitare adjectionem, ut si stipuler mihi decem, aut Titio quinque, eo sensu expresso, ut si Titio non solvantur quinque, veluti pœnæ nomine mihi detur duplum, id est, decem, quo sensu stipulatio est conditionalis. Nam quinque Titio non solutis, quasi existente conditione mihi debentur decem: quinque autem solutis Titio, promissor à me liberatur, quasi conditione defecta, promissor solvitur obligatione, l. decem, de verbor. obligat. Nam & obligatio conditionalis obligatio est, l. usufructus, de stipul. ser. lis, cui, de oblig. & action. Ideoque non male Paulus hoc loco, quinque Titio solutis, liberari reum à stipulatore, qui tamen in notis ad Papinianum in d. l. decem, nimio studio notandi eum reprehendit, quod eodem modo dixerit, vel innuerit reum solvi obligatione, cum conditio stipulationis deficit, qui non tenebatur, quia etsi non tenebatur simpliciter, tamen tenebatur sub conditione. Et Paulus ipse hoc loco in eandem reprehensionem incurrit, quo vel uno argumento dicere possis, merito ab Imperatoribus Theod. & Valentin. l. i. c. Theod. de respon. prud. Pauli notas ad Papinianum abrogatas fuisse tanquam calumniosas. Porro, si expressim non sit actum, ut Titio quinque non solutis, mihi dentur decem, sed simpliciter mihi decem, aut Titio quinque dari, pura stipulatio est, & Titio solutis quinque, mihi superest petitio aliorum quinque: contra, ut subjicit, si stipuler mihi quinque, aut Titio decem dari, Titio solutis quinque, tantum mihi superest petitio reliquorum quinque, quæ mihi sum stipulatus: solutis autem Titio decem, nulla mihi petitio superest contra promissorem, sed contra Titium tantum, quem adhibui solutionis gratia mihi competit actio mandati, ut recipiam decem, quæ ei soluta sunt, quod ait in fine hujus §. & confirmat lex Julianus, §. i. de verb. oblig. §. plane Insti. de inutil. stipulat. Cur vero actio mandati? quia adjecto ante mandavi, ut decem acciperet meo nomine, vel etiam postquam accepit meo nomine, id ratum habui & ratihabitio mandato comparatur.

Ad §. Mihi Romæ, aut Ephesi Titio dari stipulor: an solvendo Titio Ephesi, à me liberetur, videamus. Nam si diversa facta sunt, ut Julianus putat, diversa res est. Sed cum prævalet causa dandi, liberatur. Liberaretur enim, & si mihi Stichum, illi Pamphilum dari stipulatus essem, & Titio Pamphilum solvisset. At ubi merum factum stipulor, puta insulam in meo solo edificari, aut in Titii loco, numquid si in Titii loco edificet, non contingat liberatio? Nemo enim dixit, facto pro facto soluto liberationem contingere: sed verius est liberationem contingere, quia non factum pro facto solvere videtur, sed electio promissoris completur.

Docuit diversitatem temporis, vel summæ non vitare adjectionem, nunc docet, idem esse dicendum de loci diversitate, ac supradictum fuit de diversitate temporis, ut si stipuler decem mihi Romæ, aut Titio Ephesi dari, valet adjectio, & promissor Ephesi decem solvendo Titio, à me liberatur, quia ut elegantè significat, etsi diversitas loci, secum afferat diversitatem factorum: aliud enim est Romæ quid facere, aliud Ephesi idem facere, circumstantia loci variat idem factum, diversitas autem factorum, sic diversitas rerum. Tamen quia datio pecuniæ, id est, decem his factis immixta est eadem, nempe datio decem, causa dandi, id est, datio prævalet, & quasi potior præcipue intuenda est. Et

A ideo qui decem Titio Ephesi solvit, potius à me liberatur: sed cum, inquit, prævalet causa dandi, liberatur (cum pro quoniam) & diversitas etiam rerum, ut subjicit, non vitiat adjectionem, ut stipuler mihi Stichum, aut Titio Pamphilum, valet adjectio: at si reus solvat Titio Pamphilum, à me liberatur, non ipso jure quidem, quia non eam rem solvit, quam mihi debuit Stichum, non Pamphilum, sed liberatur per exceptionem conventionis, aut doli mali, l. ult. §. cum mihi, de verb. oblig. l. obligationem, §. accessio, de oblig. & action. & l. qui hominem, §. stipulatus, sup. hoc tit. atque ita in hoc §. & in d. §. stipulatus, in quo idem proponitur, verbum liberetur ita accipiendum est, ut scilicet reus liberetur per exceptionem, non ipso jure, ut in l. 37. hoc tit. liberari est liberari per exceptionem, non ipso jure. Liberatur autem reus per exceptionem in specie proposita, quia quod solvitur adjecto, stipulatori solvi videtur, d. l. qui hominem, & l. si ita stipulatus sum, hoc tit. Et licet stipulatore invito solvatur adjecto, tamen æquum est promissorem liberari, cui semel stipulator permisit electionem, nempe ut adjecto solveret, si mallet, quod postea stipulator mutare non potest. Et hoc casu stipulatio obligat utroque, & tenet utrumque, l. vero, §. pen. hoc tit. Postremo addit in hoc §. etiam si datio ejusdem summæ non sit admixta diversis factis, ut in priore specie, decem mihi Romæ, aut Titio Ephesi dari, sed sint mere facta diversa, nulla permixta datione, ut domum edificari in meo solo, aut in Titii solo, promissorem, si edificaverit in Titii solo, etiam si me invito, & prohibente id fecerit, à me liberari. Nec obstat, ut annotat eleganter, quod factum pro facto solvi invito non potest, sicut nec res pro re, l. 2. §. mutui, de reb. cred. l. si quis aliam, hoc tit. quia & eo modo, quum reus edificat in solo Titii, non solvit factum pro facto, sed ex duobus factis, quæ in stipulatum disjunctim deducta sunt, eligit promissor quod mavult: in disjunctivis electio est promissoris, l. plerumque, §. ult. de jure dot.

Ad §. Si servus fructuarius ex re fructuarii domino proprietatis, aut fructuario stipuletur, inutilis est stipulatio: ut ex re proprietarii, si ipse domino, aut fructuario stipuletur, recte stipulatur. Tantum enim solutionis capax est fructuarius hoc casu, non etiam obligationis quoque.

Hic §. est de adjecto solutionis gratia, & sententia ejus est hujusmodi. Si servus fructuarius, in quo alius habet usufructum alius proprietatem, ex re fructuarii stipuletur proprietario, aut fructuario dari, inutilis est stipulatio, quia uterque est capax acquirendæ obligationis, & fructuarius ex re sua, & proprietarius ex re fructuarii, quod nominatim servus ei stipulatus sit. Et non apparet in utriusque persona consistat obligatio, uterve sit adjectus solutionis gratia. Denique, τὸ ἰσάζον corrumpit stipulationem, par scilicet causa proprietarii & fructuarii, quod utrique possit adquiri obligatio, l. i. §. si fructuarius, l. 9. §. ult. adhibitis quatuor seqq. l. sup. de stipul. serv. Ex contrario, si fructuarius servus non ex re fructuarii, sed ex re proprietarii, vel aliunde stipuletur proprietario, aut fructuario dari, stipulatio utilis est, quia apparet fructuarium, cui obligatio ex re proprietarii adquiri non potest, esse adjectum solutionis gratia. Et nullum hic intervenit τὸ ἰσάζον. Ideoque solvendo fructuario promissor liberatur, quæ est sententia hujus §. Et ita proponitur à Juliano in d. l. i. §. si fructuarius, de stipul. serv. & in id quoque ipsum Julianus ad testimonium vocatur in l. 28. in princ. eod. tit. Unde notum est, cum ex h. §. si servus, & ex d. l. 28. eod. tit. tum ex fine d. §. si fructuarius: prima ejus §. si fructuarius verba esse trajecta, quæ ponunt servum fructuarium esse stipulatum non proprietario, aut fructuario, ut oportuit, sed vice mutata fructuario, aut proprietario. Male, quia eo modo concepta stipulatio ex re proprietarii esset inutilis, quasi collata inutiliter obligatione in personam fructuarii, l. Casus, sol. marim. Ac proinde etiam inutiliter adjecto proprietario, quia si inutilis obligatio est, inutilis etiam est adjectio, l. ult. §. ult. de verb. oblig. Nec eo modo concepta stipulatione fructuario, aut proprietario ex re proprietarii potest fructuarius, qui priore loco nominatus est accipi pro adjecto, adjectus nominatur

tur posteriore loco; non priore. Denique fructuarius ita concepta stipulatione, neque est creditor, neque adjectus, ut nec proprietarius quoque est creditor, neque adjectus: & ideo inutilis est stipulatio. Et tamen in fine §. si fructuarius, habetur pro adjecto, & promissor liberari dicitur solvendo fructuario: nimirum, quia ita concepta fuit stipulatio, ut in hoc §. & in d. l. 28. proprietario, aut fructuario ex re proprietarii, non è converso, fructuario, aut proprietario, ut perperam legitur vulgo.

Ad L. XC. de Reg. jur. In omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda sit.

AD superiorem quæstionem de adjecto solutionis gratia adaptari potest lex 90. de regul. jur. Cujus verba sunt, in omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda est. In omnibus, id est, negotiis five causis, l. placuit, C. de jud. In omnibus rebus, in pactis utique, quia solo æquitatis vinculo sustinentur, non jure civili: & in contractibus, in quibus bonam fidem considerari æquissimum est, quæ æquitatem summam desiderat, l. bona fides, de pos. l. 4. C. de obligat. & act. Maxime tamen in jure, id est, in quæstionibus juris, quales sunt quæstiones horum librorum. Exemplo sit §. mihi Roma, sup. de adjecto solutionis gratia, si stipuler mihi, aut Titio, & aliam rem designem, in personam meam, aliam in personam Titii, puta mihi decem, aut Titio hominem, mihi Stichum, aut Titio Pamphilum: si forte quæretur Pamphilo Titio soluto, an promissor liberetur? Dicendum est non liberari quidem eum ipso jure, quia aliud solvit, quam quod debuit: Stichum debuit, non Pamphilum, quem solvit, Stichus solus fuit in obligatione, quæ collata est in personam meam: quoniam tamen æquitas potius spectanda est, dicam ex stipulatu conventum promissorem audiendum esse, si se defendat exceptione doli mali, ut docuimus in d. §. mihi Roma: æquitas defensionis infringit actionem, quæ jure competebat, l. qui æquitate, de doli except. Redeo ad l. 98. §. aream.

Ad L. IIC. de Solut. §. Aream promissi alienam: in ea dominus insulam edificavit, an stipulatio extincta sit quæsitum est? Respondi si alienum hominem promissit, & is à domino manumissus est, liberor: nec admissum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse. In perpetuum enim sublata obligatio, restitui non potest, & si servus effectus sit, alius videtur esse. Nec simili argumento usus est, ut si navem, quam tu promissisti, dominus dissolverit, deinde iisdem tabulis compegerit, teneri te. Hic enim eadem navis est, quam te daturum spondidisti, ut videatur magis obligatio cessare, quam extincta esse. Homini autem manumisso simile fiet, si ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulæ, deinde mutato consilio easdem composuas. Alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est. Non est his similis area, in qua ædificium possum est. Non enim desit in rerum natura esse. Imo & peti potest area, & æstimatio ejus solvi debet. Pars enim insulæ area est, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit. Diversum dicemus: si servus promissus ab hostibus captus sit, hic interim peti non potest, quasi ante diem, sed si redierit postliminio, recte tunc petetur, cessavit enim hic obligatio. Area autem existet, sicut cætera, ex quibus ædificium constitit. Deinde lex duodecim tabularum tignum ædibus junctum vindicare posse scit. Sed interim id solvi prohibuit, pretiumque ejus dari voluit.

SI aream alienam dare stipulanti promissi, & antequam per me stare, quo minus darem, dominus in ea ædificium posuerit, quæritur, an extincta sit stipulatio, quasi extincta area, quia jam non est area simpliciter, sed domus, aut villa, an sim liberatus à stipulatore, quasi re perempta ante moram, quod posset quis tentare, quia jam nulla videtur esse area, quæ in ædificata est, & nullius rei nulla est debetio. Item ducta similitudine à servo alieno promisso, qui si postea ante moram promissoris (quod semper intelligendum est) à domino manumittatur, promissor liberatur, perinde atque si mortuus servus esset, manumissio est similis morti, l. si tibi alienum, hoc tit. At si is rursus post

manumissionem lege aliqua servus effectus sit, vel quod censeri noluerit inter cives, vel quod militiæ nomen dare noluerit, ut M. Tullius declarat in extremo orationis pro Cæcinnâ, eum peti non posse, quia in perpetuum, inquit, sublata obligatio, restitui non potest: sublata autem est manumissione, ergo resuscitari non potest, eodem homine rursus cadente in servitutem. Iis autem verbis, in perpetuum, &c. utrum hoc significat Paulus hanc regulam esse perpetuam, l. in perpetuum, hoc tit. l. de accessionibus, de div. & tempor. præscript. an vero hoc dicit, in perpetuum extinctam, vel sublata obligationem, ad differentiam ejus, quæ pendet, quæ cessat ad tempus, & interquiescit, non penitus extincta est? Nam & perpetuam illam regulam non esse ostendit lex si cum quis, §. ult. de furt. At regulariter semel extincta obligatio restitui non potest, vel semel parta liberatio revocari non potest, ut in §. 1. huius l. Quod & philosophi dicunt qui negant à privatione ad habitum dari regressum. Hæc vero regula generalis est, & valet tam in legatis, quam in stipulationibus, l. si servus, §. 1. de adim. leg. Ubi eadem ratione utitur Paulus, qua hoc loco, ut ideo non restituatur, aut renascatur obligatio servi promissi, vel legati, quæ manumissione extincta est, si rursus in servitutem reciderit, quia alius homo est, & novus homo est, non idem, qui obligatione continebatur, nova est servitus, ergo novus servus: nec enim pristinae servituti restituatur, sed in novam cadit. Et merito Paulus nominatim improbat, vel non admissam esse ait Celsi sententiam, qui in l. si chorus, §. ult. de leg. 3. scribit, servum legatum, si manumittatur interim, id est, antequam dies legati cedat, & postea servus factus sit, peti posse ex testamento. Inanis autem est labor illorum, qui conantur Celsum, quem Paulus ipse nominatim hoc loco reprehendit, conciliare cum Paulo. Est enim inter eos distidium evidentissimum, cujus componendi nulla ratio est, non discrimen legatorum à stipulationibus: non item (ut quidam volunt) discrimen servi alieni, & servi proprii, quali scilicet servus proprius legatus, deinde manumissus à testatore, post reversus in potestatem ejus non debeat legatario, dicta l. si servus, §. ult. nisi ex nova voluntate testatoris. Servus autem alienus legatus, & mox manumissus à domino, & lege aliqua postea servus effectus omnino debeat. Distinctio hæc non placet, quia Celsus indistincte servum legatario deberi ait, ergo, & alienum, & proprium: & Paulus contra, non deberi, nulla facta differentia inter alienum, & proprium, aut inter legatum, & promissum, quæ etiam nulla est, nisi in hoc tantum, quod qui proprium servum legavit, potest mutare voluntatem, & servum manumittendo adimere legatum: qui vero promissit servum proprium, non potest mutare voluntatem, nec manumittendo servum liberatur, imo vero eo magis tenetur stipulatore, quod ejus factio servus commercio hominum exierit, l. si servus, §. 1. de verb. oblig. Celsus autem sententiæ suæ confirmandæ causa non recte utebatur comparatione navis alienæ promissæ, vel legatæ, quæ debetur, ut constat inter omnes, etiam si dominus eam dissolverit, si modo eam postea iisdem tabulis compegerit, hæc enim causa longe dissimilis est, quia iisdem tabulis compacta navis, eadem navis est, quæ fuit ante, quæque promissa est, ut quandiu fuit dissoluta, cessasse tantisper videatur obligatio, non penitus esse sublata, aut extincta, l. inter, §. sacram, de verb. obligat. Unde apparet quam distet obligatio sublata in perpetuum ab ea, quæ cessat: nec enim cessat in perpetuum, sed ad tempus tantum. At servus alienus, qui promissus est, si à domino manumittatur, deinde servus efficiatur, non idem homo est, qui fuit promissus: manumissio exstinxit, & interemit priorem hominem, quia eo animo, eoque voto facta est, ut perpetuo liber esset: dissolutio navis non exstinxit navem, quia eo animo facta est, ut resciretur navis. Quod si alio animo dissolvatur navis, puta ut tabulas dominus convertat in alios usus, tunc recte navis dissoluta homini manumisso comparatur. Nam etsi postea dominus mutato consilio tabulas non transtulerit in alium usum, sed iisdem compegerit navem, hæc navis peti non poterit, quia alia est navis, quam quæ promissa est, sicut

ficat ille alius homo est, qui post manumissionem cecidit in servitutem, prior homo, priorve navis interiit. At navis, quæ dissolvitur reficiendi causa, non recte comparatur homini manumisso, quia homo, qui fuit ante manumissionem, intercidisse videtur; navis, quæ fuit ante dissolutionem nondum intercidisse videtur, d. §. sacram. Celsus utebatur etiam similitudine areæ, ut patet ex d. l. si chorus, §. pen. sed male. Nam area aliena promissa, vel legata, si sit inædificata, ac rursus area facta exusto, vel diruto ædificio, certe peti potest, servus alienus promissus, deinde manumissus, ac denuo servus effectus peti non potest, quia servus secuta manumissione servus esse desiit. Area autem imposito ædificio, area esse non desiit, imo est pars maxima ædium: quandoquidem ei etiam superficies cedit, id est, quod inædificatum est cedit, l. 23. & 34. de verb. obligat. l. ult. de superf. l. domo, de pignor. act. l. 3. §. sed si, uti possid. B quod idiotismus Gallorum exprimit his verbis, dans le constumier, le pied saisit le chef, id est, solo cedit superficies: area, & solum idem est. Itaque areæ imposito ædificio non extinguatur obligatio: imo & area peti potest, quia existat, ut & tignum existat, quo ædificium constat. Verum quia præstari area non potest, quandiu ædificium manet, æstimatione ejus in condemnationem venit, quo exemplo utitur Paulus, ut quum quis tignum alienum suis ædibus junxit, lex 12. tab. de tigno juncto, tignum, inquit, vindicari posse scit, ut in Nov. 38. v. μος ἐπι'αράτας, lex scit, & Theophil. in tit. de Testam. ordin. v. μωδ'α'α' η'α'ράτας: & nihil interest inter scire, & sciscere, nam & in Comædiis Plauti ita legimus, accedo, ut sciscam quid velis. Tignum ergo junctum alienis ædibus lex 12. tab. vindicari scit, id est sciscit, quia existat, id est, non peremptum est. Id tamen non vult exemptum ædibus domino præstari, sed æstimationem ejus tantum. Itaque si eventum judicii spectas, si effectum rei, tignum non vindicatur, id est, non evincitur, non solvitur, non eximitur, quia lex 12. tab. id vetat, quæ ita concepta est: tignum junctum ædibus, vineæve concapes ne solvito (ut doctissimus Scaliger emendat rectissime) sic vocatur pedamentum vineæ, cujus caput junctum est capiti vineæ, id est, radici: non dixit, ne vindicatio, sed ne solvito, solvi vetat, non vindicari omnino, sed ita vindicari, ne solvatur, & eximatur ædibus. Et ita accipienda est lex 1. de tigno juncto. l. gemma, ad exhib. l. in rem, §. pen. de rei vindic. Exemplo etiam tigni impositi ædificio, area peti non potest, sed ejus æstimatione tantum in condemnationem venit, quia ipsa non potest præstari, salvo ædificio. Et ita Paulus de area censet: aliter ergo, quam de homine promisso; homo alienus promissus, ac deinde manumissus a domino, neque ipse peti, aut solvi potest, nec æstimatione ejus, quia liberi hominis nulla æstimatione est, manumissio extinxit obligationem. Aliud dicendum in homine promisso, ac deinde capto ab hostibus: nam quandiu est apud hostes, cessat obligatio, non extincta est, ideoque postliminio reversus homo, peti potest. Interim peti non potest, quasi ante diem, in quem captivitas suspendit obligationem. Nam etsi ante diem nascatur obligatio, petitio tamen non nascitur ante diem, ut ostenditur hoc loco, dum ait, interim, id est, quandiu apud hostes est, peti non potest, quasi ante diem. Idemque ostendit, l. 14. l. interdum, de verbor. obligat. l. nihil, de regul. juris l. certi, §. 1. de reb. cred.



JACOBI CUJACII J. C.

In Lib. XVI. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXI. de Hered. vel act. vend. Venditor ex hereditate interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alii vendidit: quæritur, quid ex stipulatione præstare debeat: nam his utique non committitur stipulatio, ut & rem, & præ-

Tom. II. Post.

tium debeat, & quidem si posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio: credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est: tunc rem debeat. Si ergo hominem vendiderit, & is decesserit: an pretium ejusdem debeat? non enim deberes Stichum promissor, si eum vendidisset, mortuo eo si nulla mora præcessisset. Sed ubi hereditatem vendidi, & postea rem ex ea vendidi: potest videri, ut negotium ejus agam, quam hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi: nam si eundem hominem tibi vendidero, & nec dum tradito eo, alii quoque vendidero, pretiumque accepero: mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex emptio, quoniam monam in tradendo non feci: pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, & sic fit, quasi alii non vendidisset: tibi enim rem debebam, non actionem: at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id præstare emptori: quasi illius negotium agam: quemadmodum fundi venditor fructus præstet bonæ fidei ratione: quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit: nisi si culpa ejus argueretur. Quid si rem, quam vendidi, alio possidente petii, & litis æstimationem accepi? utrum pretium illi debeo, an rem? utique rem: non enim actiones ei, sed rem præstare debeo, & si vi dejectus, vel propter furti actionem duplum abstulero: nihil hoc ad emptorem pertinebit: nam si sine culpa desii detinere venditor, actiones suas præstare debeat, non rem: & sic æstimationem quoque: nam & aream tradere debet, exusto ædificio.

HÆC lex continet multa notatu digna, & proprie pertinet ad stipulationes emptæ, & venditæ hereditatis, quæ ex utraque parte interponuntur inter heredem, qui hereditatem vendidit, & emptorem, §. ergo siquidem, Inst. de fideicom. hered. namque heres emptori stipulanti promittit, quanta pecunia ad se ex hereditate sua pervenerit, dolove malo suo factum est, eritve, quo minus perveniat perveneritve, quæque sibi eo nomine actio, petitio, persecutio erit, adversus eum, qui quid defuncto debuit, ea omnia recte præstari, l. 50. de verb. oblig. Emptor autem heredi stipulanti promittit certum pretium, l. 20. §. ult. de stipul. serv. Promittit item, quantam pecuniam heres nomine hereditario dederit, solverit, præstaverit, tantam heredi præstari, l. 18. hoc tit. Et ad has stipulationes pertinet l. 2. hoc tit. & lex pecuniæ 176. de verbor. signific. Quo præmissis, sige. Venditor hereditatis, quod initio hujus l. dicitur venditor ex hereditate, ut venditor ex fundo, id est, venditor fundi: venditor igitur hereditatis, interposita supradicta stipulatione, qua ipse promittit emptori, quanta pecunia ad se ex illa hereditate pervenerit, &c. servum quemdam hereditarium persecutus, eum alii vendidit separatim, & pretium accepit. Quæritur ejus servi nomine ex stipulatione supradicta, quid emptori præstare debeat, utrum servum, an pretium? Nam & servus ad eum pervenit, & pretium. Utrumque non debere præstari certum est, & si primum servus, deinde pretium ad eum pervenerit, æquum non est utrumque præstari emptori hereditatis: æquum non est bis committi stipulationem, idemque bis quodammodo præstari: rem & pretium rei: præda est bis idem exigere, l. 25. de adm. tut. Quæstio igitur hæc est, utrum rem, an pretium ex ea stipulatione debeat heres emptori hereditatis? Paulus distinguit: aut venditionem servi secuta est venditio hereditatis, & stipulatio, aut præcessit venditio hereditatis venditionem servi. Priore casu, ex stipulatu heres pretium debet, quod jam ad eum pervenerat tempore venditæ hereditatis, & interpositæ stipulationis, l. 2. §. pervenisse, hoc tit. Posteriore casu, id est, quum post venditam hereditatem servum ex ea vendidit heres, servum debet emptori, non pretium, quia servum habuit tempore venditæ hereditatis. At quid si eodem casu, quum prius veniit hereditas, quam servus, atque ita servus deberi cœpit emptori hereditatis: quid, inquam, si postea is servus vita decesserit suo fato, an tunc pretium servi debetur emptori hereditatis, quod heres accepit, videlicet si servus interierit ante moram heredis, id est, priusquam super eo heres interpelleretur? Posset dici, nec hoc casu servum de-

Bbb

beri,

beri, quia periit ante moram, nec pretium ejus, quod heres accepit, ut mortuo ante moram Stichus, qui stipulanti promissus est, certum est, nec Stichum, nec pretium deberi, etiamsi interim eo alii vendito, pretium ejus promissor sit consecutus, sed omnimodo liberari promissorem, *l. si ex legati causa, de verb. obl.* Paulus tamen contra in specie proposita putat, pretium deberi emptori hereditatis, quia multum interesse ait, utrum venierit hereditas, quod est jus successionis universum, jus incorporale: an venierit res singularis, id est, corpus aut species certa. Dicamus primum de hereditate vendita. Si tibi vendidi hereditatem, deinde alii Stichum ex ea hereditate, quia eum quasi heres vendidi jure meo, etsi Stichus perierit ante moram, debeo tibi pretium Stichi, quod accepi, aut actionem pretii, quia in eo vendendo videor tuum negotium gessisse, cui jam debebam jus omne successionis, videor, inquam, tuum negotium gessisse magis, quam negotium meum, aut hereditatis meae. Et hoc est quod ait, *potest videri, ut negotium potius ejus agam, quam hereditatis ejus*, id est, emptoris hereditatis potius, quam negotium hereditatis, quod est negotium meum, quia hereditas est mea, ut infra ait, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emptori quali negotium illius agam, Et hac ratione emptori hereditatis debeo pretium, quod redegi ex venditione servi hereditarii, aut actionem pretii, debeo cedere emptori hereditatis actionem ex vendito; denique quodcumque quasi heres percepi, id servare debeo emptori hereditatis, idque agi tacite videtur inter heredem & emptorem hereditatis, & hæc de hered. vend. Dicamus nunc de re singulari vendita, si tibi primum vendidi Stichum, non tradidi, deinde alii eundem servum vendidi, & pretium accepi, mox Stichus interierit ante moram, id est, antequam per me staret, quo minus eum traderem tibi, nihil tibi debeo, nec pretium quidem, quod accepi, quia id non ex Sticho ipso percepi, sed ex negotiatione & solertia mea, mihi, non tibi gesto negotio, sicut post perfectam venditionem, & ante traditionem ex re vendita percepissem, ut si ex fundo vendito fructus percepissem, eos tibi deberi, *l. Julianus, §. si fructibus, de act. emp. l. videamus, §. ex causa, de usur. & l. pen. c. cod.* quia ex die emptionis, omnes fructus pertinent ad emptorem, si pretium omne numeraverit, ut adjecit Paulus 2. *Sent. tit. ex emp. vend.* illo loco sicut legendum, ex abstrusioribus, & calligatioribus libris, ex die emptionis, si pretium, &c. si percepissem, inquam, pretium. Nam de fructibus percipiendis non teneor, si forte fundum neglexi ut alienum, neque colui, nisi dolus aut culpa mea arguatur, qua factum sit, ut cum fructus percipere possem ex re vendita, non perceperim, quo casu perinde habeor, ac si eos percepissem. Quod significatur in hac lege his verbis, *quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonæ fidei ratione*, actione scilicet ex empto, quæ est bonæ fidei, quamvis, inquit, si neglexisset ut alienum, id est, si fructus non percepisset ante traditionem fundi, nihil ei imputari posset, nisi si culpa ejus argueretur. At servum tibi venditum, si postea alii vendidi & pretium accepi, pretium non accepi ex re vendita, nec enim ea res pecuniam gignit. Ideoque id priori emptori praestare non teneor, domino rei teneor, *l. si eum servum, de reb. cred.* Emptori nondum facto domino nondum teneor, & perinde liberor, atque si eum servum alii non vendidissem, ut & si Stichum tibi venditum manumissem, post ille interisisset ante moram, perinde liberor, atque si eum non manumissem, *l. is, qui ex stipulatu, de oblig. & act. l. si mihi alienum §. 2. de solut.* quia Stichum tibi debui, & is desit esse in rerum natura sine dolo aut culpa mea: non debui tibi actionem ex vendito, actionem pretii contra posteriorem emptorem, ergo nec debeo tibi pretium, quod forte per eam actionem consequutus sum: cui non debetur actio, nec emolumentum actionis debetur, & contra, cui non debetur emolumentum actionis, nec debetur actio. Et ita interpretandum quod ait, *tibi enim rem debebam, non actionem*, id est, actionem pretii, actionem ex vendito: nam hac ipsa ratione utitur Paulus in quaestione sequenti. Finge: Rem singularem tibi vendidi, quam alius possidebat, non ego,

venditionis tempore. Postea ab eo possessore rem vindicavi, & eo judicis arbitrio non restituente rem juxta ordinem, *l. qui restituere, de rei vindic.* litis æstimationem, id est, pretium rei possessori extorsi, quæ res similis est venditioni. Litis æstimatio similis est emptioni & venditioni, *l. litis, pro empt. l. si propter, rer. amot.* Hoc casu cum teneor priori emptori, quid debeo, rem, an pretium, aut litis æstimationem? Et respondeo ei rem deberi, aut quanti interest rem praestari: hoc semper intelligitur, quia rem ei praestare debui, non actionem in rem, non actionem pretii. Ergo nec quod ea actione consequeretur, eademque ratione si rem vendidi, cujus possessione vi eram dejectus, vel quæ fuerat mihi furto subrepta ante venditionem, ac deinde per actionem furti duplum sim consequutus, id non debeo praestare emptori, quia rem ei debui, non actionem: ergo nec ei debui commodum actionis. Et hoc si jam venditionis tempore rei possessionem amiserim. Nam si post venditionem hoc contigerit sine culpa mea, etiam quamcumque actionem emptori debeo, *l. eum, qui, de furt. l. quod scire, §. si res, de contr. emp.* Si debeo actionem, ergo & commodum actionis, puta duplum, quod actione furti sum consequutus, ut addit in fine h. legis. Si post venditionem rei venditor sine dolo aut culpa deserit rem possidere quodam alio casu, si modo absit ejus culpa & dolus, actiones tantum suas debet praestare emptori, non rem. Ergo & quod propter eas actiones consequutus fuerit, ut litis æstimationem, aut pœnam dupli, vel quadrupli, ut & sine culpa ejus exulto ædificio vendito post venditionem, debet praestare emptori aream tantum, quæ restat, non ædificium, qui tamen si vendidisset ædificium jam exustum, omnino deberet praestare ædificium, vel id quod interest ædificium praestari, vel aream solam, *l. ad eum, de cont. emp.* Ad hæc notandum hoc tantum, quod tentat Accursius in hac lege, eum, qui servum uni vendidit, nondum tradidit, ac deinde etiam eundem vendidit alteri, & pretium accepit, mortuo servo ante moram, ex æquitate pretium debere priori emptori: hoc, inquam, non esse verum, quia quod Paulus tradit palam pretium non deberi, id sumit ex æquitate, quæ in quaestionibus juris maxime spectanda est. At quo argumento movetur Accursius? nempe quod pœna falsi teneatur is, qui eandem rem duobus vendidit in solidum diversis temporibus, *l. qui duob. 12. ad leg. Corn. de fals.* Si pœna coercetur, ergo & pretium rei venditæ ei auferri debet, & praestari potius priori emptori, ne quid lucretur ex facto, cujus pœnam subit. Verum ita demum is, qui eandem rem vendidit duobus, coercetur pœna falsi, si utrique obligatus maneat: at si alterius obligatione liberatus fuerit, puta rei interitu, qui contigerit ante moram, veluti in hac specie, extra crimen est, & pœnam falsi. Movetur etiam Accursius *l. 1. §. licet, in fi. de peric. & comm. rei vend.* ubi agitur de eo, qui vendidit vinum, & diem praestituit emptori ad metiendum vinum, quo cessante, nec admetiente vinum intra praestitutum diem, lex ait, venditorum, qui vasis vinariis indiget, posse vinum effundere, si modo testato prius denuntiet emptori, ut tollat vinum, aut sciat futurum ut effundatur. At subjicit: *si tamen cum posset vinum effundere, id non fecerit venditor, laudandus est.* Nam satis est si emptor ei praestet mercedem vasorum, quæ forte conduxit, cum interesset ejus habere vasa, in quæ vinum infunderet, aut inania esse vasa, in quibus vinum fuit venditum: Et sane, inquit, commodius est conduci alia vasa, nec reddi vinum emptori, nisi reddat, mercedem conductionis aliorum vasorum: aut certe venditor debet vinum bona fide alii vendere, & exinanire vasa, quibus indiget, pretium autem servare emptori, & sic in ea specie pretium debetur emptori. Sed hoc ideo, quia ibi bona fide negotium gessit emptoris, nolens effundere vinum, quod poterat effundere in perniciem emptoris, dedit operam eo modo, ut quam minimo detrimento ea res esset emptori, id est, negotium egit emptoris, ne vinum emptor amitteret, & pretium. At in specie proposita venditor suum negotium gessit, non emptoris.

Ad L. LXXI. de Evis. *Pater filiae nomine fundum in dotem de-*

dedit, evicto eo, an ex empto, vel duplæ stipulatio committatur, quasi pater damnus patiatur, non immerito dubitatur: non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest, nec conferre fratribus cogitur dotem à se profectam, manente matrimonio, sed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque casu stipulationem. Interest enim patris, filiam dotatam habere, & spem quandoque recipiendæ dotis, utique si in potestate sit, quod si emancipata est, vix poterit defendi statim committi stipulationem: cum uno casu ad eum dos regredi possit, numquid ergo tunc demum agere possit, cum mortua in matrimonio filia, potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset: an & hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit: quod magis paterna affectio inducit.

Hæc lex est de dote profectitia, quam scilicet pater genero dedit pro filia, & deinde quidam evicit genero. Pater igitur fundum, quem à Lucio Titio emerat filia nomine, genero dedit in dotem. Quidam quasi dominus eum fundum jure, iudicioque genero evicit, & abstulit. Quæritur, aut patri contra Lucium Titium auctorem suum statim competat actio ex empto evictionis nomine: quanti interest: vel si eodem nomine interposuerit pater stipulationem duplæ, an competat actio ex stipulatu statim evicto fundo, non sibi, sed genero: Dubitationem facit, quia nihil videtur interesse patris fundum non evinci, qui bonis ejus abcessit, & in filia bonis esse cœpit, l. 1. §. ult. l. ult. de dot. collat. l. pater, ad leg. Falcid. Dotis datio est alienationis species, l. quoties, §. ult. de pec. Cujus autem non interest, ejus nulla potest esse actio in id, quod interest, vel in id, quod est loco, & vice ejus, quod interest, ut duplum pretii, quod evictionis nomine in stipulatum deducitur: & fundum filia nomine in dotem datum non esse in bonis patris, ex eo apparet, quod is pater emancipatus à patre suo, eum fundum non cogitur conferre fratribus suis, qui remanserunt in potestate, quum agitur de successione communis parentis: quia conferre cogitur tantum bona propria, & is fundus ejus desit esse proprius. Atque ita proditum est in l. filium, de collat. bon. Et verum est, ut hoc loco Paul. adjicit, manente matrimonio filia: nam soluto matrimonio morte filia, & dote reversa ad patrem, non est dubium patrem fratribus suis filia suæ patris cam dotem debere conferre, quia jam est in bonis ejus. Quod recte Accursius tradit in l. dotem, de collat. bon. Et Paulus aperte hoc loco ex contrario sensu, dum ait, manente matrimonio, quasi idem non sit dirempto matrimonio. Verum hac ratione, quod scilicet is fundus desierit esse in bonis patris, nihil movetur Paulus, quia dicat, probabilius esse statim evicto fundo dotali, pro evictione contra auctorem suum actionem dari, quia etsi fundus in bonis patris esse desierit, tamen ejus interest filiam dotatam habere, quæ facta est indotata evicto fundo. Interest ejus filiam dotatam habere propter spem, quam habet recipiendæ quandoque dotis, quocunque casu dirempto matrimonio, vel mortua filia in matrimonio: quo casu superstes pater dotem recipere debet jure civili, ne & filia amissa, & pecuniæ damnus sentiat, ne vulnus geminetur afflicto, l. jure, de jur. dot. l. dotem, sol. matrim. l. dos, C. sol. matr. vel etiam divortio facta bona gratia, aut culpa mariti, aut mortuo marito, nam & his modis soluto matrimonio pater dotem repetit adjuncta, & consentiente filia. Qua ratione exactio dotis dicitur esse communis patris, & filia, imo & dos ipsa, l. 2. §. 1. l. 3. solut. matr. l. filia, C. eod. l. Titia 1. §. qui invita, de leg. 2. l. qui hominem, §. si gener, de solut. Denique manente matrimonio dos est propria filia, soluto matrimonio morte filia dos est propria patris, à quo profecta est: soluto matrimonio alio modo dos, dotisque repetitio est communis patris, & filia: videtur autem hoc loco desse aliquid, & vero deest. Videtur autem Paulus scripsisse hoc loco, interesse patris filiam dotatam habere, propter affectionem (hæc desunt) & spem quandoque recipiendæ dotis, quod & subindicat finis h. leg. Interesse, inquam, patris, filiam dotatam habere, duplici ratione, ratione affectionis, quæ sane in æstimando eo, quod interest spectatur, l. cum servus, mandat. l. 6. & 7. de serv. expor. Et

Tom. II. Post.

A ratione spei dotis ad se quandoque redituræ. Quæ hæcenus dicta sunt, accipi velim de filia, quæ est in potestate patris. Videamus an eadem dici possint de emancipata filia, pro qua pater genero dotem dixit? Et forte videtur in filia emancipata aliud esse dicendum, nempe evicto fundo, statim ex empto actionem patri non dari, vel duplæ stipulationem non committi statim; quia non adeo interest patris filiam emancipatam dotatam habere, atque filiamfam. quandoquidem dos à patre data nomine filiafam. omni casu, si vixerit pater, ad eum reditura est soluto matrimonio. Dos autem à patre data filia emancipatæ nomine, uno tantum casu ad patrem redit, videlicet filia emancipata mortua in matrimonio, ut hoc loco docet Paulus, & comprobatur l. si ab hostibus, solut. matr. l. si filia, de divort. l. profectitia, §. si pater pro filia emancipata, de jur. dot. Et ratio id exigit, quæ eadem intervenit in filia emancipata, & filiafam. quia miseria una, uni patri est affatim amissio scilicet filia: nec æquum est, ut pecuniam à se profectam etiam amittat. Atque ita Theodorus notat ad l. dos, C. sol. matr. Accursius id ignorabat, cujus Glossa ad verbum, uno casu circumscribenda est, quia dos data pro filia emancipata, ea præmortua, redit ad patrem ipso jure, etsi patre in eum casum stipulatus non sit dotem sibi reddi. Et ideo posset quis dicere non statim atque evictus est fundus, patri competere actionem pro evictione, sed tum demum, quum ille unus casus extiterit, quo pater fundum dotalem, si evictus non esset, repetere potuisset, puta filia emancipata mortua in matrimonio. Verum hac opinione rejecta, ad extremum Paulus idem esse statuit in filia emancipata, & filiafam. nempe, ut evicto fundo, statim committatur stipulatio duplæ, & competat patri actio pro evictione adversus venditorem; Quia filia emancipata, etiam in matrimonio mori potest superstiti patre, & locum facere patri ad dotem repetendam, & recipiendam, vel propter spem hujus solius casus, statim interest patris filiam quoque emancipatam dotatam habere. Et hanc sententiam, quæ nullam hæc in re differentiam facit inter filiamf. & filiam emancipatam Paulus approbat, & ait hanc opinionem magis inducere affectionem patris, qui non minus affectus est erga hanc, quam erga illam filiam. Multa dantur affectioni parentum, ex eaque ducitur sæpe æstimatio ejus quod interest, l. pen. §. 1. de ritu nupt. l. Cajus, sol. matr. & d. l. cum servus, mand. Quod, inquit, magis paterna affectio inducit: quod, id est, quam opinionem, ut inter filias nullum sit discrimen, & idem auctor ait in l. ult. qui sine manu miss. favor, inquit, priorem inducit opinionem. Ergo est communis affectionis ratio inter utramque filiam, licet communis omnino non sit spes recipiendæ dotis utrique datæ, quandoquidem divortio facta, aut marito mortuo, si data sit pro filiafam. patri repetitio competit adjuncta filia. Si vero data sit pro filia emancipata, repetitio soli filia competit, l. si cum dotem 23. §. eo autem, & l. Titia 35. sol. matr. quod & l. unica, §. extran. C. de rei uxor. act. indicat, dum divortio facta exigit, ut pater, qui dotem repetit filiam habeat in potestate: nam si emancipata sit, ei soli, non patri, dotis repetitio competit. Cum igitur Paulus, nullum inter hanc & illam filiam faciat differentiam, movetur pari ratione affectionis paternæ erga utramque, quod efficit, ut intersit ejus utramque videri donatam, non plane pari ratione spei, quia nec par est omnino in utraque. Non movetur Paulus eo, quod attingit Accurs. quod ipsemet pater, qui agit in actorem suum pro evictione, etiam genero teneatur pro evictione, quia nec proponitur hoc loco fundum æstimatum dedisse in dotem, nec se obligasse pro evictione. Quibus solis casibus genero pater tenetur pro evictione, quasi ex empto, vel ex stipulatu, l. non solum 53. de jur. dot. l. 1. C. eod. tit. Movetur præcipue Paulus, ut tollat hac in re omne discrimen, ratione affectionis paternæ, quæ eadem est erga utramque filiam.

Bbb 2

JACO

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XVII. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXII. Ad leg. Falcid. Nefennius Apollinaris Julio Paulo. Ex factis, domine, species ejusmodi incidit. Titia filias suas tres numero æquis ex partibus scripsit heredes: & à singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus ejus, quam extraneis, ut Falcidiæ sit locus: quæro, an adversus coheredes suas, à quibus legata & ipsa accepit, uti possit Falcidia? & si non possit, vel doli exceptione summovenda est, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiæ iniuri possit: Respondi: Id quidem, quod à coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis perficere, quo minus Falcidiam patiantur, sed cum is, qui legatum præstaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit: non est audiendus, desiderans uti adversus eum Falcidiæ beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat, quod deducere desiderat. Plane cæteris legatariis non unum, quod coheredi præstat, imputabit: sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet.

Ad §. Servo herede instituto si à domino fideicommissa, à servo legata data sunt: prius ratio legatorum habenda est: deinde ex eo, quod superest fideicommissorum, dominus enim ideo tenetur, quod ad eum pervenit: pervenit autem, quod deductis legatis superest, plane Falcidiam exercet.

Ad §. Sed & si dominus, omiſſa hereditatis aditione, servum sibi substitutum adire jussit, prius eroganur, quæ ab ipso domino data sunt, tunc eorum, quæ à servo relicta sunt, ratio initur, si patitur Falcidia.

Ad §. Si debitori liberatio legata sit, quamvis solvendo non sit: totum legatum computatur: licet nomen hoc non augeat hereditatem, nisi ex eventu. Igitur si Falcidia locum habeat, hoc plus videbitur legatum, quod huic legatum esset. Cætera quoque minuentur legata per hoc, & ipsum hoc per alia, capere enim videtur, eo, quod liberatur.

Ad §. Sed si alii hoc nomen legetur, nullum legatum erit, nec cæteris contribuetur.

IN h. L. tres sunt quæstiones, Prima ducitur ex specie, quæ ex facto incidit in auditorio Nefennii Apollinaris, de qua idem judex consulit Paulum, cohonestans illum domini appellatione, qua etiam conjuges se invicem, & subjecti principem, & inferiores, superiores ea ætate donare solebant. Species hæc est. Mater tres filias habebat 1. 2. 3. quas heredes scripsit ex æquis partibus, id est, singulas ex triente, & à singulis prælegata invicem dedit, puta, à prima prælegavi aliquid 2. & 3. & vicissim à secunda 1. & 3. ejus coheredibus, à tertia autem legavit tam primæ & 2. ejus coheredibus, quam etiam extraneis quibusdam, & prorsus exhaustit legatis trientem adscriptum 3. ita ut beneficium legis Falcidiæ, cujus ratio in singulis heredibus poni solet separatim, in singulis, h. t. soli 3. competat, eoque freta unciam retinere possit, quæ est sui trientis quarta sive Falcidia. At quæritur, an etiam hoc beneficium Falcidiæ 3. uti possit contra sorores coheredes suas, à quibus vice mutua prælegata accepit, ita ut prælegata ab eis ferat, & præterea Falcidiam legatorum, quæ eis præstat, & si non possit ipso jure contra eas uti Falcidia, aut si doli exceptione summovenda sit, id est, ratione compensationis, quæ inducitur per exceptionem doli mali, ut in *L. qui non militabat, de heredibus instit.* Si, inquam, non possit 3. uti Falcidia contra sorores, easdemque collegas, quæritur, quemadmodum adversus extraneos Falcidiæ ratio iniuri debeat? Paulus docet, heredem scriptum ex parte, prælegata diverso jure capere, id est, partim prælegata capere jure hereditario à semetipso pro triente, quia ponimus 3. heredem scriptam ex triente, partim etiam capere à coheredibus pro besse, ut *L. in quartam, b. t. l. heredi, Leum, qui, §. ult. de his, quib. ut indign. & partem quidem eam, quæ jure hereditario percipitur, imputari in Falcidiam: partem autem,*

A quæ à coheredibus percipitur jure legati, ipso jure non imputari in Falcidiam, quoniam ea tantum in Falcidiam imputantur, quæ jure hereditario capiuntur, non quæ alio quocunque modo, *d. leg. in quartam, l. quod autem, & l. seq. b. t.* Id quod à coheredibus, inquit, legatorum nomine percipitur, non proficere legatariis, quo minus Falcidiam patiantur, id est, non imputari in quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, sed supra hanc quartam eam sibi habere etiam quodcumque à coheredibus accepit jure legati. Et in hac ergo specie etiam 3. ipso jure non imputari in Falcidiam suæ portionis quod à coheredibus vice mutua percepit nomine legati, sed opposita exceptione doli mali, eam id quod vice mutua percepit nomine legati, compensare debere cum eo, quod jure Falcidiæ ex legatis à se vicissim coheredibus relictis deducere desideret. Fac eorum legatorum,

B quæ præstat coheredibus Falcidiam esse 30. & totidem eam à coheredibus vicissim percipere jure legati: ea compensare debet cum Falcidia. Compensatio inducitur coheredibus opponentibus exceptionem doli mali, desideranti Falcidiam, atque ita coheredes nihil Tertiz Falcidiæ nomine præstabit. Et hoc est quod ait, *sed cum is, qui legatum præstaturus est, veluti Tertia, quæ legata præstitura est coheredibus, ab iisdem coheredibus legatum sibi vice mutua relictum petit, non est audienda, id est, submovenda est exceptione doli mali, vel etiam hodie ipso jure, quia in omnibus judiciis tandem obtinuit compensationem fieri ipso jure, l. 21. de compens. non est, inquam, audienda desiderans uti adversus eos, easve coheredes Falcidiæ beneficio, videlicet si quod jure legati ab eis testamento perceptura est, suppleat quod Falcidia nomine deducere desiderat.* Et cum hoc responso Pauli consentit dicta *lex qui non militabat & lex heredi, de his, quibus ut indign. & l. filia, hoc tit. & lex deducta, §. accepit, ad Trebell. & lex filium, quem, C. fam. erisc.* an igitur (nam & adhuc residet hæc inspectio, an igitur Tertia Falcidiam non detrahit pro rata ex legatis à se coheredibus relictis) an eam integram detrahit ex legatis extraneis relictis, imputata portione prælegati hereditaria, ut habeat unciam integram? Minime: sed id tantum ex legatis extraneorum detrahit, quod detraxisset, si & Falcidiam detraxisset ex coheredum legatis. Detraxisset autem eo casu ex legatis extraneorum paulo minus semiuncia, si, verbi gratia, tantum fuit in legatis extraneorum, quantum in legatis coheredum. Ergo non imminutus, vel rescissus legatis per legem Falcidiam, non plus detrahit ex legatis extraneorum, quam semiuncia paulo minus. Et hoc est, quod ait Paulus in fine hujus legis, plane cæteris legatariis, puta extraneis Tertia non imputabit in solidum legata, quæ sororibus, & coheredibus suis præstat integra, sed id tantum, quod coheredibus datura esset, si nihil ab eis vice mutua percepisset, id est, si compensationi locus non fuisset. Eis autem cum datura esset non universa legata sine detractioe Falcidiæ, sed quod Falcidia detracta superesset duntaxat, id est, dodrantem Falcidiæ: nam & ex prælegatis coheredibus relictis Falcidia detrahitur, *d. l. qui non militabat, §. pen. b. t. l. a coherede, C. b. t.* Summa autem ratione hoc dicit Paulus, non plus deducere Tertiam ex legatis extraneorum, quam quod deduxisset, si & à sororibus Falcidiam deduxisset, quia æquum non est, ut ratio compensationis, quæ efficit, ne quod sorores contribuant Tertiz Falcidiæ nomine, oneret legatarios extraneos, ut ne quod illis esset levamini, his sit oneri, aliisque ulla causa, & ita explicata est hæc quæstio.

AD §. Servo herede. Altera quæstio est in §. servo herede. Certa est regula juris, à domino, vel patre heredis instituti fideicommissa relinqui posse, *l. 11. de leg. 1. l. 4. de leg. 3. l. si servus, in princ. de leg. 2. l. si servum, si quis omiff. caus. test.* fideicommissa, inquam, non legata, ut Ulp. declarat lib. singul. Reg. de fideicommissis. & interveniente forte lege Falcidia, dominus ex fideicommissis à se relictis, si modo extraneis relicta sunt, ut declarat *d. l. 2.* Falcidiam detrahit ex persona servi, ut heres, quia dominus per servum fit quasi heres, & heredis solius est beneficium Falcidiæ uti, non legatarii, aut fideicommissarii, ejusque, qui alio jure ceperit, aliove titulo, quam hereditario. At ut proponitur hoc

hoc loco, si seruo alieno herede instituto, ab eo legata reliquantur, à domino ejus fideicommissa, prius præstanda sunt legata, quam fideicommissa: nam dominus fideicommissis non obligatur, nisi pro modo ejus, quod ad eum ex hereditate pervenerit per servum, jussu ejus aduentem hereditatem, id est, pro modo ejus, quod ex tacito iudicio testatoris per servum aduentem jussu ejus ex hereditate illa quæritur. Hereditas enim intelligitur cujusque, quæ deductis legatis superest, quia legata delibant hereditatem, legatum est delibatio hereditatis, *l. legatum de leg. 1.* Et quod ea delibatione facta superest illibatum, id solum hereditatis est, id solum domino per servum acquiritur, & pro ejus modo fideicommissa relicta à domino præstantur, deducta Falcidia, si fideicommissa onerent, vel exhauriant id, quod superest deductis legatis à seruo relictis. Et ita (qua similitudine Paulus utitur) domino herede instituto, & seruo ei substituto vulgariter, si & à domino herede instituto, & à seruo ei substituto legata relicta sunt, domino omittente testamentum, & seruo jussu ejus aduente hereditatem ex substitutione, ait, prius ex universo præstanda esse legata à domino relicta herede instituto, quæ & à seruo substituto repetita intelliguntur constitutione Severi: ante constitutionem debebantur à seruo, vel domino, cui per servum hereditas jure substitutionis acquiritur, debebantur, inquam, ex sententia edicti, *si quis omiff. caus. testam.*, quia videtur omiffisse testamentum in fraudem legatorum à se relictorum quæ est sententia legis cui servus, *si quis omiff. caus. testam.* Deinde ex superfluo deberi legata relicta à seruo substituto detracta Falcidia, qui ordo servatur etiam in *l. 6. eod.* Denique & in hac specie consimili prius solvenda sunt legata à domino herede instituto, quam legata relicta à seruo ejus vulgari modo substituto. Verum huic conclusioni obstat *lex Julianus*, *si quis omiff.* neque est meo iudicio, qui non cernat quemadmodum ille nodus sit excutiendus. *Lex Julianus* ponit, patrem fuisse heredem institutum, & filiam familias ei fuisse substitutam, patrem omiffisse institutionem, & jussu patris filiam adfuisse hereditatem ex substitutione. Et tamen ait prius præstanda esse legata à filia substituta relicta, quam legata relicta à patre instituto. Nihil est, quod facilius expediri possit. Quod traditur in *l. Julianus*, traditur ex *Juliano*, cujus ætate nondum existerat constitutio Severi, quæ legata relicta ab instituto vult deberi à substituto. *Juliano* nota non erat constitutio Severi, quia *Julianus Adriani* ætate vixit, non Severi. Idque apparet ex *l. si Titio, & Marcio, §. ult. de leg. 2.* Eademque ratione hæc constitutio incognita erat *Celsi*, ut patet ex *l. Celsus, §. ult. de leg. 2.* Et ideo *Juliani*, aut *Celsi* ætate legata à patre instituto relicta, à substituto non debebantur ipso jure: sed in ea specie debebantur ex sententia tantum edicti, *si quis omiff. caus. testam.* & ideo non priore loco debebantur, sed posteriore. At hodie, ut hic proponitur: quia legata relicta à patre instituto herede, debentur à filia substituta, vel filio ipso jure, & similiter legata relicta à domino herede instituto, hodie debentur à seruo substituto, ipso jure ex constitutione Severi, & ideo priore loco debentur quasi & priore loco relicta priusquam debita. Prima quæstio fuit de legatis à coheredibus perceptis compensandis cum eo, quod coheres ex legatis iisdem coheredibus vice mutua relictis, Falcidiæ nomine deducere desideret, ita ut si ab eo tam coheredibus, quam extraneis legata relicta sint, ratione compensationis contra coheredes beneficio legis Falcidiæ non utatur, sed contra extraneos tantum, à quibus tamen non plus ferat, quam si & contra heredes legis Falcidiæ beneficio usus fuisset, ut in hæc specie. Si tres sorores heredes institutæ sint, prima, secunda, & tertia, singulæ ex triente, & tertiæ triens exhaustus sit legatis tam coheredibus, quam extraneis relictis, tertia per legem Falcidiam debet habere unciam, quæ est quarta pars trientis: hæc uncia dividenda est in tres partes, quæ singulæ vocantur duella, aut binæ sextulæ, & unam quidem duellam, quam tertia jure hereditario capit, quia est heres ex tertia parte, imputare debet in Falcidiam: alteram autem duellam compensare debet cum legatis à coheredibus vice mutua perceptis, & tertiam duellam detrudere debet ex legatis extra-

neorum, non plus: proinde ac si alteram duellam detraxisset ex legatis coheredum, quam quo minus detraxerit, compensatio facit. Secunda quæstio fuit de legatis à seruo herede instituto, & de fideicommissis à domino relictis, item de legatis à domino herede instituto, & à seruo ei substituto relictis, ut scilicet non confundantur, non veniant in contributionem, id est, ut calculo communi non subjiciantur, sed prius ratio ponatur legatorum à seruo, vel domino herede instituto relictorum, deinde fideicommissorum à domino relictorum, vel legatorum relictorum à seruo substituto ejus. Et hæc quoque legata, posterius: illa vero solvantur prius, in utrisque salva Falcidia heredi instituto, vel domino ex persona heredis.

Ad §. ultimum. Tertia quæstio est in §. ult. hujus leg. Testator debitori suo, qui ei quadringenta debebat, liberationem legavit. Si & aliis plerisque legata reliquerit, ita ut Falcidiæ locus sit, & is debitor solvendo non sit, tamen in ineunda ratione legis Falcidiæ, ratione bonorum, & legatorum, nomen ejus debitoris, id est, *γρεμισατοῦ*, id est, quadringenta, quæ debet, in solidum computantur, quasi legata, perinde ac si solvendo esset, & ex eis centum jure Falcidiæ remanent in obligatione, & trecenta tantum ei accepta feruntur, quia bona ejus aucta esse intelliguntur remisso nomine, sive legata liberatione, & aucta tanto, quanto fuit nomen. Non augetur quidem hereditas nomine debitoris minus idonei, nisi ex eventu, ut *l. qui res, de solut.* Locutus est ex casu, ex post facto, puta si quid postea debitori facultatis ad solvendum accesserit, si postea Deus aliam ei fortunaverit horam, *l. cum quo, de pecul.* Non augetur ergo hereditas nomine, quod minus idoneum est, nisi ex eventu, id est, non augetur, sed augeri potest. Augetur tamen statim ipse debitor, augenturve debitoris bona liberatione legata, quia quantum bona ejus nominis ratio minuebat, tantum ei accedere, tantum capere videtur remisso debito, & nomine, eo quod liberatur. Et respicit ad illa verba legis Falcidiæ, *capere licito*: capere videtur eo quod liberatur, ut *l. 2. de calumn. l. 18. §. 1. l. 31. §. ult. de mort. caus. don.* Et ideo Falcidiam patitur, id est, nominis tantum dodrans ei accepto fertur, id est, trecenta. *Ulpian.* in *l. querebatur, hoc tit.* quum liberatio relinquatur debitori minus idoneo, ipsum sibi idoneum, & solvendo esse videri, & quod ad se attinet divitem esse. Itaque si locus sit legi Falcidiæ, hoc plus videri testatorem legasse, quod debitor, tamen si egeno liberationem legaverit quadringentorum, quæ debebat, & cæterorum legata minui, hujus legati facta contributione, ac vicissim ipsum quoque liberationis legatum minui contributis cæteris legatis, communique calculo subjectis. Et hoc si ipsi debitori liberatio legata sit: nam si alii nomen debitoris legatum sit, nihil ei videtur legatum, si debitor nihil facere possit, ideoque legatum tale non venit in contributionem legatorum, non minuit cætera legata, non venit in computationem legis Falcidiæ, etsi ex eventu possit debitor quandoque locupletior fieri, quia quod ex eventu pendet, interim pro nihilo est, *l. 169. §. 1. de reg. jur.*

Ad L. IV. de Sent. pass. & restitut. In metallum damnata mulier, eum, quem prius conceperat, edidit: deinde à principe restituta est: humanius dicitur, etiam cognationis jura huic restituta videri.

ESpecies hæc est: Libera mulier, cum esset prægnans, in metallum est damnata, atque ita facta serua pœnæ: dum ea pœna fungitur, edidit partum, quo erat gravida damnationis tempore. Post beneficio principis ea pœna liberata est, restituta in integrum, eaque ratione recepit libertatem, & civitatem, & jura cognationis, quæ amiserat maxima capit deminutione, id est, damnatione in metallum, *l. 1. §. filio ad Terull.* Quæritur, an etiam filio ejus concepto ante damnationem, & edito post damnationem ad metalli fodinam jura cognationis restituta intelligantur? Et ait humanius esse dicere, etiam jura cognationis filio restituta videri. Huic enim hoc loco, id est, filio, quasi dicat beneficium principis plenissime esse interpretandum, *l. 1. C. eod. l. Melia 14. de adim. leg. l. pen.*

l. pen. de const. princ. Et hoc quidem responso significat Paulus, cognationis jura filium non habuisse, ergo servum editum fuisse, servum fisci, matrem fuisse servam pœnæ, filium servum fisci, quod pugnat cum *l. 4. C. de pœn. & cum l. 5. §. pen. de stat. bon.* Hæ omnes leges dicunt, liberum nasci eum, quem libera mulier concepit antequam damnaretur in metallum, aut alio genere serva fieret, etiam si ex ea nascatur jam effecta serva. At dicendum est ex constitutionibus Principum eum liberum nasci, quæ significatur verbo placuit in *d. l. 5. §. pen.* puta ex constitutione Antonini, *d. l. 4. C. de pœn. jus separandum esse à constitutionibus, ut sit sæpe in his libris, l. falsa, de cond. & demonst. l. 4. §. contra, de dol. except.* Jus esse jus vetus, constitutiones jus novum. Jure veteri, quod in hac lege Paulus spectat, tempus editionis inspicitur, non tempus conceptionis, id est, conceptum ex libera liberum: editum ex serva, servum nasci. Et editionis tempus inspicitur ostendit *lex 9. ad municip.* Verum est igitur, editum ex muliere damnata in metallum, quem prius libera conceperat, servum nasci ex sententia juris auctorum diversa à sententia Principum ex jure veteri: sed ut ait hoc loco, restituta matre beneficio Principis, filio etiam jura cognationis restituta videri.

Ad L. IX. de Reg. jur. Quotiens duplici jure defertur alicui successio, repudiato novo jure, quod ante defertur, supererit vetus.

Expendamus verba legis 4. de sentent. pass. & intelligemus cum eadem lesse conjungendam hanc legem 91. de regul. jur. quæ est ex eod. lib. quæ ita definit, quotiens duplici jure, &c. Ita scilicet conjungendas, & liquido constabit, quod huius regulæ exemplum proprie conveniat, quod non sunt assequuti, & ut dicamus, hunc filium, quia etiam ei intelliguntur restituta jura cognationis succedere posse matri intestatæ per bonorum possessionem unde cognati: vel per bonorum possessionem unde legitimi ex Senatusconsulto Orfitiano, quoniam duplici jure ei defertur successio matris intestatæ. Jure novo, per bon. poss. unde legitimi ex Senatusconsulto Orfitiano, *l. 2. §. ult. und. legit.* Et jure veteri, quod obtinuit ante Senatusconsultum Orfitianum, id est, per bon. poss. unde cognati. Prius autem ei defertur jure novo, quam jure veteri, quia in edicto prior est bonorum possessio unde legitimi, bonor. possessione unde cognati. Et repudiato novo jure, id est, bon. poss. unde legitimi, seu Senatusconsulto Orfitiano, quod & jus novum dicitur, *l. autelas, de cap. minus.* filio superest jus cognationis, quod etiam ei restitutum videtur, id est, filio superest bonorum possessio unde cognati, quod est jus vetus. Et ita est conjungenda hæc regula cum *d. l. ult.* & ad eam tamen regulam, aliud exemplum apponi potest ex *Observat. 8. cap. 23.* Et similiter in contractionibus, quod non novatur, quod non transfertur in novationis causam, jure pristino, jure antiquo peti potest, *l. 3. §. 1. de action. emp. l. 4. §. ult. de usur.*

Ex libro 18. nullæ desumptæ sunt leges.

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XIX. QUÆSTIONUM PAULI.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLVI. Solu. matr. Qui dotem stipulanti uxori promiserat, eidem testamento quædam legaverat: ita tamen, ne dotem ab heredibus peteret. Ea, quæ legata erant, uxor capere non potuerat, respondi, dotis actionem mulieri adversus heredes non esse denegandam.

DIVORTIO soluto matrimonio mulier dotem repetit vel actione ex stipulatu, si ei stipulanti in eum casum se dotem redditurum maritus promiserit: vel actione rei uxoriæ. Et in actione quidem rei uxoriæ locus est edicto de alterutro, cujus fit mentio in *l. un. §. sciendum, C. de rei uxor. act. & l. ult. C. Theod. de test.* locus est edicto de alterutro, id est, si maritus mulieri quædam testamento legaverit, & si nominatim ea non

legaverit dotis nomine, eligere mulier debet alterutrum, id est, dotem, vel legatum, utrumque consequi non potest. Legatum si id eligat pari pecunia doti compensabitur: dotem vero si eliget, legatum ex testamento non capiet, nisi nominatim caverit testator, ut utrumque perciperet, *l. Lucius, §. marius, ad Trebell.* In actione autem ex stipulatu de dote non est locus edicto de alterutro, id est, non datur mulieri actio ex stipulatu dotis recuperandæ gratia, atque etiam actio ex testamento legati nomine, non compensato doti legato, nisi nominatim testator id ei dotis nomine reliquerit: ut similiter si debitor creditori aliquid legaverit, nisi compensandi debiti causa id ei legaverit: creditori tam legati, quam crediti petitio competit, nec alterutro contentus esse rogitur, *l. cum pater, §. Titius, & l. creditorem, de leg. 2. l. 12. & l. 14. ad leg. Falcid. l. 6. C. eod. tit.* Quam autem dotis nomine legatum uxori relinquatur, vel ita, ne ab heredibus dotem petat, ut in hac l. proponitur, eo casu, electo legato dotem amittit, *l. si filia, §. pen. famil. ercis. l. 6. quam. dies leg. ced. l. quum ab uno, de leg. 2. l. 2. §. 1. de dote præleg.* Electo legato, quod vice dotis datum est, dotem amittit, videlicet si legatum capere possit, quod elegit. Nam si capere non possit, ut scilicet si legata uxori sit tertia, aut quarta pars bonorum pleno jure, ut hic Dorothæus ait, quia lege Papia vir, & uxor regulariter inter se nihil capere possunt ex testamento, nisi decimam unam matrimonii nomine, & dotem prælegatam, & tertiæ partem usufructum. De qua parte vide Ulpianum libro regularum tit. de decimis: Et sunt hujus juris vestigia multa in his lib. de decimis, *l. qui uxori, de auro, & arg. leg. & de tertiæ partis usufructu in l. parus, de præscrip. verb. & l. verbis, l. Lucius, §. maritus, ad Treb. l. pen. de usur. & l. ult. de usufr. leg. & generaliter de incapacitate uxoris aut conjugum invicem, l. un. C. de his, qui se deserunt, lib. 10. & l. ult. de iis, quibus ut indign. Si ergo uxor legatum, quod ei datum est ita, ne dotem peteret ab heredibus, per errorem elegerit, quod capere non potest: cum putaret, se ejus esse capacem, tum integra est ei repetitio dotis, sive actio ex stipulatu, quæ est sententia hujus legis, sicut creditori evicto fundo soluto pro re aut pecunia debita, integra est actio pristina, *l. si quis aliam, l. qui res 98. de solut.* Sicut item patrono, qui elegit legatum, quod falso sibi testamento liberti relictum putabat, integra est petitio bonorum possessionis contra tabulas: nec quidquam electio legati facta per imprudentiam ei officit, *l. mater, de inoffic. testam. l. Paulus 1. inf. de bonis libert.**

Ex libro vigesimo nullæ leges sumptæ sunt.

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XXI. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XVI. de Jure codicill. Ab intestato factis codicillis relicta, etiam postea natus intestati successor debet: quicumque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli: nam unus casus est, nec interest, qui succedit, dum intestato succedat. Ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli, & (ut manifestius dicam) intestato patre familias mortuo, nihil deserant codicilli, sed vicem testamenti exhibent: testamento autem facto, jus sequuntur ejus.

HÆC lex differentiam facit inter codicillos factos ab intestato, & codicillos factos ex testamento: quia qui facti sunt ex testamento, pertinent ad testamentum, quod quoquo tempore testator fecit, sive id fecit ante codicillos, sive post, pertinent ad test. id est, jus testamenti sequuntur, & ex eo viris accipiunt, adeo ut si non valeat testamen. non valeant etiam codicilli: si rumpatur testamentum, forte agnatione postumi præteriti, rumpantur etiam codicilli, *l. 3. §. ult. l. 14. hoc tit. l. 1. C. eod. tit.* Illi autem codicilli, qui sunt facti ab intestato, non rumpuntur agnatione postumi, *l. pen. hoc tit.* Ideoque fideicommissa (nam legata in eis relinqui non possunt) in eis

eis relicta debentur à quocunque herede legitimo, etiam à postumo, qui natus est post codicillos factos, maxime si fideicommissa non nominatim relicta sint à certa persona, quæ ab intestato succedere potest, sed simpliciter hoc modo, L. Titio peto 100. dari, L. Titio centum dari desidero: vel generaliter, *quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor, ejus fidei commissio, l. 3. hoc tit. l. 9. de leg. 3.* Ita relicta fideicommissa, quisquis legitimus heres extiterit, ab eo præstari debent. Nam unus casus est, inquit, in quem scilicet fideicommissa relinquuntur, puta si quis sibi ab intestato heres, aut bonorum possessor erit. Itaque quicumque heres erit ab intestato, fideicommissis obstringitur. Testamento autem facto plures sunt casus, in quos legata, aut fideicommissa relinqui possunt. Primus, si quis sibi ex institutione heres erit, Titio dato centum: Secundus, si quis repudiatur institutione, sibi ex substitutione heres erit. Tertius, si quis testamento irrito, vel rupto, vel rescisso, ab intestato sibi heres bonorumve possessor erit. Quartus, quisquis quoquo jure, id est, testamento, vel ab intestato sibi heres erit. Testamento ergo facto plures sunt casus, nec temere in unum casum relicta legata, aut fideicommissa, & in alterum relicta intelliguntur, *l. si quis testamento, de leg. 2. l. qui liberis, §. ult. de vulg. subst.* Unus vero ille casus, in quem fideicommissa ab intestato codicillis relinquuntur, omnes tenet, quicumque succedunt ab intestato, & ut ait eleganter codicilli facti ab intestato nihil desiderant: codicilli facti ad testamentum, desiderant ut valeat testamentum. Codicilli, inquam, facti ab intestato nihil desiderant, sed per se subsistunt, & vicem testamenti exhibent: Et ait, quia scilicet paterfamilias creditur ab intestato succedentibus suis, vel agnatis, sua sponte relinquere legitimam hereditatem, *l. 6. & 8. hoc tit.* Atque ita habentur, perinde atque si heredes scripti essent, *l. 3. hoc tit.* Codicillus factus ab intestato est imago, seu imitatio testamenti, sicut epistola fideicommissaria, aut libellus fideicommissarius est imitatio codicilli, *l. un. §. sancimus, C. de lat. lib. toll.* Codicillus, inquam, factus ab intestato instar testamenti est, quia per se subsistit ut testamentum, nec pendet ex potestate judicii alterius. Codicillus vero factus ex testamento pro parte testamenti est, & observationem juris inde traditam subsequitur, & servat, *l. 14. hoc tit. l. pen. test. quemadm. aper.*

Ad L. LXXXIV. de Leg. II. Si quis servo suo fideicommissam libertatem relinquit, & aliud quid adscripsit: quidam dicunt, quia placebat, ab herede eum manumitti debere: futurum esse, ut non admittatur ad fideicommissum: sed hoc iniquum est: in hujusmodi enim persona utriusque quodammodo dies cessit, & libertatis, & pecuniæ petendæ: adeo ut putem, si mora fiat præstandæ libertati, etiam fideicommissio moram videri factam: & usurarum onus accedere: nam & cetera, quæ medio tempore adquisivit domino, dum moratur præstare libertatem, eidem restitui oportere, rectissime responsum est.

Quidam servo suo fideicommissariam libertatem, & certæ pecuniæ fideicommissum reliquit pure: libertatis dies cedit ab adita hereditate, quia ab herede manumitti debet, quem testator rogavit, ut servum manumitteret: fideicommissi pecuniarii dies cedere videtur ex apertis tabulis lege Papia, vel hodie mortis testatoris tempore. Quod si ita est, ut quidam existimabant teste Paulo, proculdubio inutile est pecuniarum fideicommissum, quia dies ejus cedit inutiliter, nempe eo tempore, quo nondum cessit dies libertatis, servo proprio inutiliter legatur sine libertate, quæ competat statim, atque dies legati cedit, alioqui inutile est legatum. Et ideo æquius esse ostendit Paulus, ut hoc casu dicamus diem fideicommissi pecuniarii non cedere ex apertis tabulis, vel à morte testatoris. Denique non ante cedere, quam cesserit dies libertatis, non cedere ante aditam hereditatem, quod & confirmant *l. 8. quand. dies leg. ced. l. 8. C. de fideicommiss. l. qui concubinam, §. cum in testamento, tit. seq. l. un. §. libertati-bus, C. de cad. toll.* alioqui fideicommissum intercederet, si dies ejus cederet maturius. Et simili modo Paulus ait

A moram, quæ fit ab herede præstandæ fideicommissaria libertati, & fideicommissio pecuniario fieri, quoniam utrumque eodem die cedit, & ex mora usuras accedere pecuniæ per fideicommissum relicta, & omne quodcumque servus heredi interim acquirit, *l. quæsitum, §. ult. sup. tit. prox. l. is, qui fideicommissum, tit. seq. l. impuberem, §. item si servo, ad leg. Corn. de fals.*

Ad L. XI. de Annis leg. Cum in annos singulos legatur: plura legata esse placet, & per singula legata jus capiendi inspicitur. Idem in servo inspicendum ex persona dominorum.

In hac l. si in annos singulos alicui dena legata sunt, ostenditur, quod est ex Masurii Sabini sententia, quæ obtinuit, plura esse legata, non unum, *l. 4. hoc tit. l. 10. quando dies leg. ced. & ideo, non semel ejus legati dicendum cedere, sed per singulos annos in ingressu cujusque anni, l. 12. hoc tit. l. 1. quando dies usufruct. & per singulos annos inspicere conditionem legatarii, an jus capiendi legati habeat, vel conditionem dominorum ejus, an jus capiendi legati habeant, l. 23. qu. dies leg. ced. quia nonnisi ex persona dominorum, quibus per servum acquiruntur legata, cum servo testamenti factio est, l. debitor, §. servo, de leg. 2. Idemque dicimus de annis legatis, quum scilicet legantur annua dena, quia nihil interest legentur dena in annos singulos, an quotannis, vel annua tantum, *d. l. 12. §. novissime, l. pater, §. ult. de cond. & demonst.* Et recte Justinianus in *l. 45. C. de episc. & cler.* quæ est Græca constitutio, καὶ ἑκάστου ἑἶρος τὴν ἀξίαν τῶν ἀγορῶν, id est, per singulos annos actionem nasci, quia quot anni sunt, tot etiam sunt actiones, tot legata. Et primi quidem anni legatum purum est, cujus dies cedit statim à morte testatoris: sequentium autem annorum legata sunt conditionalia: inest enim hæc conditio, si vivat legatarius, quia annua ei testator relinquit alimentorum causa, ut haberet, quo tolleraret vitam suam. Vita ergo amissa, annua legata finem accipiunt, & ejus quidem anni, quo moritur legatarius, legatum heredi ejus debetur, si solutum non sit, sed non sequentium annorum, *l. 4. & 8. hoc tit. l. 1. §. si in annos, ad leg. Falcid.* Denique legatum relicta in annos singulos, vel in dies, aut menses singulos, vel quotannis, quot diebus, quot mensibus, vel alio modo, si relicta sint annua quædam, vel diurna, vel menstrua, cum anima legatarii legata expirant, hæc sunt certa. Cur tamen aliud dicatur in stipulatione videamus. Stipulatio concepta in annos singulos una est, non multiplex, & perpetua, id est, quæ non finitur morte stipulatoris: & dies ejus cedit semel, non per annos singulos, & conditio stipulatoris ex conditione domini, in cujus potestate stipulator est, semel inspicitur, non per singulos annos, *l. Senatus, §. ult. de mort. cau. donat. l. 16. §. ult. de verb. oblig.* Ratio differentie inter legata, & stipulationes pendet ex providentia testatoris, & consilio, & ex mente contrahentium. Testatores annua legata, sive pensiones annuas relinquunt, ut vitæ consulant eorum, quibus ea relinquunt, ut se tueantur, & inde se alant præbito annuo demenso, & eas quidem pensiones annuas non prudentibus, vel frugi hominibus relinquunt, non his, qui industria, aut facultatibus valent, sed inopibus, vel ignavis, prodigis, luxuriosis, quibus si unam ingentem summam dederint, eam statim sint absumpturi, dantur, inquit Martialis, *vitiis annua, vel mensura, &c.* Datur cibus minutatim. Prudentibus hominibus legare annua, dimetiri victum injuria est potius, quam honor, quæ arguit tacite illorum vel imprudentiam, vel ignaviam, quæ nulla in eis est, quoniam ipsi satis sunt sibi idonei ad hanc rem procurandam. Relinquuntur igitur iis tantum annua, qui sibi providere non possunt. Ideoque ea legata personis eorum coherent, & cum personis eorum exstinguuntur, nec transeunt in heredes eorum, quia tacitam conditionem habent, *si vivat legatarius*, cujus scilicet victui, & cultui consulere voluit testator. Qui autem stipulanti promittit pensionem annuam, non agit, ut stipulatoris vitæ consulat, quandoquidem non inchoat*

choat contractum, sed id quod agit stipulator, qui auctor est stipulationis contrahendæ, subsequitur & promittit, cujus stipulationis mens est, ut sibi, suisque heredibus consulat in perpetuum, & paret reditum annuum, *l. si pactum, de probat.* in qua dicitur, nos sæpe tam nostris heredibus, quam nobismetipsis cavere. Denique divisio pensionibus per annos consulitur promissori potius quam stipulatori. Et hæc est ratio differentiæ, quæ valde notanda est, quia si animus forte promissori fuerit ut stipulatori consuleret, & stipulatori, ut sibi consuleretur, ignavo forte, aut prodigo aut egeno, tum idem juris erit in stipulatione, quod in legato. Plures scilicet erunt stipulationes, & morte stipulationis interituræ, *l. sancimus, §. ven. & ult. C. de donat.* Et retro si divisio pensionibus in annos, animus fuerit testatori parcendi heredi suo, non consulendi legatario, qui forte providentia testatoris non indiget, tum idem juris erit in legato, quod in stipulatione, id est, legatum erit unum & perpetuum, cujus dies cedit semel tantum, *l. si cum præfinitione 20. & l. Firmio, §. ult. quand. dies leg. ced.* Eadem ratio idem jus efficit in utroque negotio. At quia sæpe alia est ratio legati, alia stipulationis annuæ, inde orta est illa differentia inter stipulationem annuam & legatum annuum.

Ad Leg. VII. de Servitute leg. *Cum a pluribus heredibus instituitis via legata est, quia partem non recipit, singuli heredes in solidum conveniuntur, quia & uno ex heredibus adente vindicari potest.*

SI a pluribus heredibus legata relicta sunt, eorum nomine tenentur, vel pro virilibus portionibus, vel pro hereditariis, juxta *l. turpia, §. ult. & l. si heredes nominatim, de l. 1.* Et hoc si legata divisionem recipiant, si pro parte præstari possint. Nam si divisionem non recipiant, ut si ab omnibus heredibus legetur via, vel iter, vel actus, vel aqueductus, quia harum servitutum usus est individuus, nec cedi, præstari, aut relinqui pro parte potest, *l. via, de servit. l. 2. §. ex his, l. stipulationes non dividuntur, de verb. oblig.* Ideo singuli heredes hujus legati nomine in solidum tenentur, & in potestate legatarii est, à quo in solidum petat viam sibi legatam, vel uno tantum ex pluribus heredibus adente hereditatem, ab eo viam in solidum vindicare potest, quæ est sententia hujus legis. Unde colligitur Accursius, diem servitutis legatæ, veluti viæ, cedere ab adita hereditate, quod est falsum, quantum ad transmissionem attinet, ut Bartolus recte sensit, idemque Dynus, quia dies legati viæ, vel alterius servitutis prædiorum, si pure, vel in diem legata sit, cedit statim a morte testatoris, ut a Justiniano constitutum est, restitutum jure antiquo, ut olim obtinuit lege Papia, ex apertis tabulis testamenti. Et ita nihil vetat accipi *leg. 3. hoc tit. nimirum ut dies legata viæ cesserit ex apertis tabulis.* Quantum vero ad delationem legati attinet, ut scilicet via peti, vindicari, aut repudiari possit, verum est, non ante diem ejus cedere, quam per additionem heres exstiterit aliquis, a quo petatur, aut vindicetur, quia si nemo adeat, nihil in testamento scriptum valet, *l. ult. §. ult. comm. præd.* Et eadem distinctio, sed alia ratione, aliove modo fit in servitutibus personarum per legatum, aut fideicommissum relictis, veluti usu, usufructu, habitatione, quoniam harum servitutum dies nunquam cedit, quantum ad transmissionem attinet, quia non possunt transmitti ad heredes, sed cum anima legatarii exspirant, *l. unica, §. libertatibus, C. de caduc. toll.* Quantum vero attinet ad delationem, petitionem, aut vindicationem, dies earum cedit ab adita hereditate, *l. 2. quando dies leg. ced. l. un. §. dies, quando dies usus fr.*

Ad L. XXVII. de Adim. vel transf. leg. *Servus legatus est, & ei aliquid: si alienato eo adimatur quod ei legatum est, valet ademptio: quia & legatum potest procedere, si redimatur.* Ad §. Servo legato, & inter vivos manumisso, si legatum adimatur: nullius momenti ademptio est. Igitur legatum, quod ipsi datum est, capiet. Nam est servus in servitutem cecideris, non tamen legatum ejus rescutabitur: novus enim videtur homo esse.

Hæc lex confirmat differentiam, quam lib. 9. supra in l. proxima idem Paulus constituit inter venditionem & manumissionem servi. Sed lex proxima est de servo testamento manumisso, & postea vendito, vel manumisso inter vivos. Et ita de vendito ponamus speciem: Testator servum suum Titio legavit, eidemque servo aliud quid legavit, deinde servum eundem vendidit Cajo: postea factis codicillis ad testamentum, ademit servo eidem, quod ei dederat legatum. Inutilis videtur esse ademptio, quia venditione servi facta, mera & libera voluntate ademptum videtur legatum servi Titio relictum, *l. 18. hoc tit.* atque etiam legatum eidem servo relictum contemplatione Titii, nisi aliud senserit venditor, idemque testator, *l. 46. & 86. de condit. & demonstrat.* Hac ratione videtur ademptio legati servo relictis inanis esse. At contra Paulus ait, ademptionem valere, quia fieri potest, ut convalescat legatum servi Titio relictum ex nova voluntate, puta redempto servo, *l. 14. hoc tit.* Quo legato convalescente, consequens est & legatum servi Titio relictum convalescere: non frustra ergo adimitur, quod ex casu convalescere potest. Et argumentatur hoc loco eodem modo, quo in l. prox. sup. datio legati, id est, datio servi, quod Titio legatum est, valere potest, si redimatur servus a testatore ex recenti voluntate. Ergo & ademptio legati servo relictis in eundem casum, puta, si redimatur, valere potest. Et hæc de servo Titio legato, cui & legatum adscriptum est, ac postea alii vendito. Nunc dicamus de eodem servo postea manumisso inter vivos, puta vindicta. Finge: testator servum Titio legavit, & eidem servo aliquid, deinde eundem servum manumisit inter vivos: post, Titio legatum ademit, an valet ademptio? Hæc ostendit non valere, quia satis manumissione servi Titio legatum ademptum est, nec illud spectatur, quod manumissus casu quodam potest redigi in servitutem, quia hunc casum in libero homine spectari inhumanum & incivile est. Ideoque eo non inspecto dilucide præcidimus, Titio legatum ademptum, quod satis manumissio adimit, inutiliter ademptum esse: legatum tamen sibi relictum manumissum capere posse, quia manumissione extinctum non videtur. Legatum autem Titio relictum avanuit, nec rescutatur etiam manumisso rursus redacto in servitutem testatoris, quia alius homo est, non idem, qui fuit ante, quia novus homo est, quod latius exposui in *l. qui res, §. aream, de solut.* Liber homo redactus in servitutem capite minuitur, & novus homo est. Servus, qui mutat dominum, qui ab emptore redit ad venditorem, capite non minuitur, & idem homo est. Et casum servitutis, adversamque fortunam in libero homine spectari inhumanum & incivile est: nulla est inhumanitas in servo considerare novum hominem. Et ita magna est differentia inter manumissionem & venditionem servi legati. Itaque in l. prox. sup. docui vendito servo, cui legatum erat relictum cum libertate, si postea codicillis adimatur libertas, valere ademptionem, quia redire potest in potestatem testatoris per redemptionem. Eo autem manumisso non valere ademptionem, quia in libero homine teterrimum & ominosum est illud spectare capite minui, & libertatem, quam adeptus est, admittere potest.

Ad L. XXXI. de Cond. & demonst. *Julius Paulus Nymphidius: quæstisti, si ita in testamento cautum esset: Stichus, si rationes reddiderit, cum contubernali sua liber esto: eisque decem heres dato: an Stichus mortuo antequam rationes redderet, vel pariatore, vel reliqua habente, libra esset mulier: & an de legato idem accipiamus? Libertate data si rationes reddideris, hanc conditionem rationum reddendarum, ut jussus videatur reliquis reddere, si qua habet, cum fide actus sui, quæ si nulla sunt, puri: accepisse libertatem videbuntur: & si post aditam hereditatem decessit, competente libertate, etiam legatum eos secutum est, quia si, cum adhuc reliqua haberet, decessit: sub eadem conditione & contubernalis ejus libertatem accepisse videtur, & defecta videbitur conditione. Sed non ineleganter illud dicitur, Stichus, si quidem sub conditione manumissum, contubernalem autem*

ejus pure: & illam conjunctionem non ad conjungendam conditionem, sed ad necessitudinem demonstrandam pertinere.

Ad §. Tunc demum pro impleta habetur conditio, cum per eum fiat, qui, si impleta esset, debiturus erat.

Hæc lex proponit dominum, Stichum servum actorem rerum suarum, testamento liberum esse jusse cum sua contubernali sub hac conditione, si Stichus actus administrati rationes reddiderit, eisque legavit decem millia: conditio adscripta libertati, videtur etiam adscripta legato, alioqui inutile esset legatum quasi pure relictum servis propriis sine libertate, leg. prox. inf. Illo loco, *est conditio etiam legato insita sit, &c.* Contubernalis autem dicitur, quæ juncta est servo quasi uxor & concubina, conjuncta conserva, Varroni 1. de re rust. non uxor proprie, vel concubina, quia cum serva connubium aut concubinatus, qui connubii imitatio est, legitimus non est, l. si alienæ, hoc tit. l. 3. C. de incest. nupt. Sed si proprio nomine uti licet, contubernium est, hæc autem mulier & ipsa non nupta, non uxor, non concubina, quæ justam uxorem imitatur: sed contubernalis: servi etiam & servæ ejusdem familiæ invicem contubernales dicuntur. Plautus in Milite: *nisi quidem illa nos vult, qui servi sumus, propter amorem suum omnes crucibus contubernales dari.* Quæritur autem hic (quam quæstionem ait sibi fuisse a P. Nymphidio iudice quodam propositam) & sunt hi fere qui a Paulo notantur, a quibus consultus fuit, Nymphidius, Latinus Largus, Nezenius & Licinius Rufinus. Quæritur, inquam, Sticho servo mortuo, antequam actus sui rationes redderet, an contubernalis ejus fiat libera, & perveniat ad legatum? Et Paulus ita distinguit: Aut Stichus pariator vita decessit, aut reliquator, pariatori ex adverso respondet reliquator. Pariator dicitur administrator, qui nulla reliqua debet domino, qui quantum accepit, tantum erogavit, cujus denique ratio & calculus accepti & expenli atque utraque pagina par est. Reliquator autem, qui plus accepit, quam expendit, Gallice, *quand la recepte doit a la mise.* Si Stichus pariator fuerit, pure videtur accepisse libertatem, quia nulla sunt reliqua, quæ reddat & rationem reddere, nihil aliud est, quam reliqua reddere. Insunt quidem & alia huic conditioni, quæ explicantur in leg. seq. ut ponere calculum & instrumenta ad eam rem pertinentia exhibere: sed caput ejus præcipuum est redditio reliquorum, id est, numeratio reliquarum pecuniarum. Cujus autem par ratio est, par etiam ei ratio est adscribenda, l. 22. de manum. testam. non reliquatio ulla. Itaque Stichus si decesserit post aditam hereditatem, a quo demum tempore libertas ei competiit, quasi pure legata, l. qui libertatis, §. servus, de evict. l. 4. in fin. C. de test. manum. Liber igitur vita decessisse videtur, & pro sua parte legatum transmississe ad heredem suum: contubernalem quoque ejus sequitur pars legati, quia & hæc libertatem pure videtur accepisse, quum Stichus pariator invenitur. At si Stichus reliquator sit, & antequam reliqua redderet cum fide actus sui, quæ qualis exhibeatur docet Callistratus in l. sequenti: si, inquam, antequam reliqua redderet, cum fide actus sui vita decesserit, defecisse videtur libertatis utrique datæ conditio. Et similiter conditio legati eis dati, atque ideo, nisi mulier reliqua solverit de suo aliqua ratione (nam de peculio non potest) non potest ad libertatem & legatum pervenire. Et ita Juliano videtur, quod conditio rationum reddendarum etiam contubernali injuncta sit his verbis, *si rationes reddiderit, cum sua contubernali liber esto.* Et ita ex Juliano est proditum in l. si servo, de statuliber: neque Paulus hoc loco negat. Sed hoc tantum tentari posse dicit pro muliere his verbis, cum sua contubernali, non esse eam junctam Sticho, ut in conditione libertatis & legati jungerentur, sed ut demonstraretur conjunctio & necessitudo, quæ erat inter eos. Itaque soli Sticho conditionem adscriptam videri, pure autem contubernali libertatem datam, atque legatum. Sed meo iudicio magis Juliani sententia est probanda, quia conjunctionem illam & necessitudinem satis demonstravit testator, dicendo contubernalem. Nec amplius dicendo cum sua contuber-

Tom. II. Post.

nali, magis videbatur eam conjunctionem & necessitudinem demonstrare velle, & si verum amamus, quantum verba indicant, conditio utrumque tenet, sed hoc quasi animi gratia Paulus tentat, fecunditas est ingenii Pauli nostri. Quod additur in extremo hujus legis, *tunc demum impleta habetur, &c.* accommodari potest ad superiorem speciem hoc modo, ut si Stichus plus expendit actum domini administrando, quam accepit, qui plusquam pariator est, quia ei debetur, nihil autem ipse debet, pariatori autem nihil debetur, nec ipse debet & per heredem mora fiat, quominus rationes dispungantur, quod servo sit debiturus, atque adeo interlit ejus non excuti, non dispungi rationem, tum conditio libertatis & legati pro impleta habeatur, & Stichus statim ad utrumque perveniat cum sua contubernali, ut in jure ubi legitur non impleri ex l. in jure, de reg. jur. l. Julianus ait, l. heres, in fine, l. cum pupillus, hoc tit. conjuncta l. 26. §. ult. de fideicom. libertat.

Ad L. XL. de Jure filii. Ita fidei heredis commissus: Rogo fundum Titio des, de quo te rogavi. Si Titius capere non possit, non evitabit heres pænam taciti fideicommissi. Non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est. Quemadmodum nec ille palam dat, qui ita scribit: Rogo vos heredes, in eo, quod a vobis petii, fidem præstetis, immo in priore specie majorem fraudem excogitasse videtur, qui non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quæ circa tacitum fideicommissum habetur. Quamvis enim fundum nominaverit: non tamen cognosci potest, de quo sit rogatus heres: cum diversitas rerum, obscurum faciat legatum.

Ad §. Patronus si tacite in fidem suam recipiat, ut ex portione sua præstet: cessare fraudem dicitur: quia de suo largitur.

Pertinet hæc lex ad tacita fideicommissa, quæ in fraudem legum incapacibus relinquuntur, non quidem palam & aperte, sed herede roganti testatori fidem dante tacitam incapaci restituendi fideicommissi: quæ ex causa fideicommissum recipit in fiscum, quia uterque legibus fraudem facere nixus est. Quod si gerit verbis suis testator, ut palam incapaci relinquere videretur fideicommissum, neque tamen re ipsa id palam reliquerit, etiam in dolo versatur, & quidem multo majore, ac proinde tacitum fideicommissum est, ut si ita dixerit, *heres meus rogo te fundum Titio dare, de quo te rogavi*: si modo jam antea eum tacite rogaverit, & heres tacitam fidem accommodaverit. Cæterum si non accommodavit, non ideo fideicommissum intelligitur esse tacitum, & apud heredem remanet potius, quam apud fiscum recidit. Et ita est accipienda l. 3. hoc tit. quæ alioqui cum hac lege pugnaret. Cum autem jam ante interpositam fidem tacitam testator obtegere conatur obscuro & insidioso sermone, ut in exemplo supradicto, majore odio dignus est, quia & pejore fraude id facit, quam si tacite duntaxat heredem rogasset incapaci aliquid restituere, pejore, quam si dixisset non expresso nomine fideicommissarii, nec adjecta fundi appellatione, hoc modo, *heres meus rogo te, ut in eo, quod a te petii, fidem præstet, l. Lucius, §. ult. de leg. 1.* quia hoc modo legum tantum verba & iusta eludere conatur, quæ incapaces faciunt, nec minus tacite loquitur, quam si nihil dixisset palam. Quum autem dicit, *heres meus rogo te fundum Titio dare, de quo te rogavi*, qualitatem rei relicte exprimit, & nomen heredis, non verbis tantum legis Juliane & Papiane, sed etiam sententia & interpretatione. Denique legibus omni ex parte quasi præstigiator fucum facere conatur, dum quasi palam dissimulat se agere, quod re ipsa agit tacite, dum nominat fideicommissarium proprio nomine, & rem quoque relictam designat, puta fundum. Errat in hoc sermone fraus; in hac generali appellatione fundi, qui generali sermone utitur, non palam, sed obscure loquitur: in obscuro sermone errat semper fraus quædam & dissimulatio major, ideoque semper fit interpretatio contra eum, qui obscure est locutus, l. veteribus, de pact. nec tam insidiose agit, qui tacet prorsus, quam qui obscure loquitur. Quum autem quis dicit generaliter fundum, cum diversis sint fundi, obscure loquitur, quia non apparet quem dixerit: diversitas

C c c c

fun-

fundorum obscurum fideicommissum facit: in obscuro quid dictum, in ambiguo utrum dictum sit quaeritur. De qua separatione obscuri ab ambiguo vide *d. l. veteribus*.

Ad *s. Patronus*. Tacitum fideicommissum est, si heres tacite rogante testatore in fidem suam recipiat, atque promittat se aliquid daturum incapaci ex bonis testatoris, non si ex suis propriis bonis ei donaturus, veluti inter vivos, quia unusquisque de suo liberalis esse potest, & incapax legatorum, non continuo etiam est incapax donationum inter vivos. Itaque si patronus testamento liberti heres institutus ex portione legitima, quae debetur reverentiae patronali, tanquam res alienum, tacitam fidem interponat, se aliquid redditurum incapaci, fisco locus non est, quia largitur de suo, non de testatoris bonis, quae intelliguntur eo deducto, quod aëris alieni loco est, & deducto cætero omni aëre alieno; nec tamen etiam id, quod de suo tacite recipit se daturum, invitus præstabit incapaci, imo nec capaci si cavisset, *l. 27. s. si patronus, l. 60. ad Trebell. l. cum patronus, de leg. 2. l. si patronus, de donat. l. 45. & 46. de bonis liberti*.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XXI. QUESTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LV. ad Leg. Aquil. Stichum, aut Pamphilum promissi Titio: cum Stichus esset decem (milium) Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit. *Quæstum est de actione legis Aquiliæ. Respondi: Cum vilioris occidisse proponitur: in hunc tractatum, nihilum differt ab extraneo creditor: quanti igitur fiet æstimatio? utrum decem (milium) quanti fuit occisus: an quanti est quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? & quid dicemus, si (&) Pamphilus decesserit sine mora? an pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? & sufficiens fuisse pluris, cum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.*

HUJUS legis verba prima specie satis aperta videntur, cæterum subobscura sunt: Stipulanti promissi Stichum, aut Pamphilum, cum Stichus esset decem, Pamphilus 20. Stichus scilicet vilior, Pamphilus pretiosior: electio est mea, utrum velim dare. Porro stipulator Stichum, qui vilioris erat pretii, occidit ante moram, Basil. *περὶ τῆς νεοθεσμίας*, id est, ante tempus, quo alterutrum dare debui, antequam me interpellaret stipulator: non ideo omnino liberor, quia Pamphilus, qui superest, manet in obligatione, ut in *l. 2. s. Scævola, de eo, quod certo loco, l. si in emptione, s. pen. de contr. emp.* Pamphilus, inquam, qui superest manet in obligatione, ut addit *lex cum res, s. sed si Stichus, de leg. 1.* quæ opponitur ab Accursi. omnimodo præstandus est, qui superest: vel, inquit, mortui pretium. Sed ea lex de mortuo sua morte, suo fato loquitur, non de occiso, de quo agitur. Et sane morte Stichi, quæ promissori competit electio, ei non debet auferri, ut non possit se liberare offerendo mortui pretium: mortui, inquam, non occisi ab extraneo, vel stipulatore: nam in pœnam occisoris solus Pamphilus, qui superest in obligatione, & in petitione est, solusque debet præstari, quia est pretiosior, ut eo nomine promissor in occisorem agat pœnali actione ex primo capite l. Aquil. quod est de occiso, quia injuriam ei stipulator fecit cum damno. Lex Aquil. utrumque exigit, & damnum, & injuriam, *l. 49. s. 1. h. t.* Et in ea actione, non quanti fuerit Stichus, sed quanti Pamphilus, spectatur, quem promissor occiso Sticho necesse habet dare, non offerens occisi pretium, & in hunc tractatum, inquit, nihilum differt ab extraneo creditor, id est, stipulator: nam sive extraneus, sive stipulator vilioris servum, puta Stichum, occideris ante moram, mihi qui promissit Stichum, vel

Pamphilum in extraneum, vel stipulatorem competit actio l. Aquil. in qua non tantum venit commodum medi tempore, quod per eum servum acquirere potui, sed venit etiam id quo pluris est Pamphilus, quem nunc necesse habeo dare. Est autem, ut initio posui, tanto pluris altero: idque ita procedit, etiam si postea eodem Pamphilo mortuo ante moram mihi plena liberatio contigerit, quia satis est, quod mea interfuit semel, vel momento temporis Stichum non occidi: satis est Stichum fuisse pluris cum occideretur, vel retro intra annum, ex quo occisus fuit: intelligitur fuisse pluris, etsi minoris fuerit, quia præstatio Stichi me liberasset à præstatione Pamphili, qui longe pretiosior est. Constat enim in lege Aquilia tanti hominem occisum æstimari, quanti is plurimi fuerit: & ideo plena est electio, vel quanti plurimi venire potuerit in anno proximo retrorsum non prorsum, computando in anno præterito, cessim, à *reculons*, repetitis 365. diebus, ex quo occisus fuit aut mortifere vulneratus, *Lat. lex, l. ita vulneratus, hoc tit.* Cajus Aquilius hujus legis oculos habuit in occipio. Et hoc dicimus non tantum, si stipulator Stichum prius occiderit, mox Pamphilus mortem suam obierit ante moram meam, sed etsi prius mortem obierit Pamphilus intra annum, deinde ab stipulatore occisus Stichus fuerit, quia verum est, eo anno Stichum vixisse cum Pamphilo, atque ideo pluris fuisse. Semper autem in hoc judicio repetitur, & retro ducitur æstimatio hominis occisi, nec si vel momento fuerit pluris anno præterito, minuitur ea æstimatio ex post facto, quæ est sententia hujus legis. Verum quoniam lex loquitur de Sticho tantum occiso ante moram, videamus quid sit dicendum, si cum promississem Stichum, aut Pamphilum, stipulator post moram meam Stichum occiderit, an mihi in eum competat actio legis Aquiliæ? Et ex contrario hæc lex, quæ loquitur tantum de occiso ante moram, argumentum præbet, mihi non competere actionem legis Aquiliæ adversus stipulatorem, qui Stichum occidit post moram, quia nihil damni feci, aut sensi, nihil mea interest, nec enim amisi, quod adquisiturus erat Stichus, si occisus non fuisset, quia id post moram ad me non pertinisset, sed ad stipulatorem. Nec necesse habeo Pamphilum dare, qui superest, quia Stichus, qui alioqui mihi perisset post moram, non mihi periit, sed stipulatori, qui eum occidit. Si stipulatori petiit, ergo pro eo est, ac si Stichum elegisset, & ei præstitissem. Proinde liberor omnimodo. Et nihil mea interfuit Stichum à stipulatore non occidi, & ut lex proxim. supr. ait de Sticho, qui solus est promissus, occiso post moram à stipulatore, stipulator eum occidendo post moram, sibi potius, quam mihi injuriam fecit. Nam suum periculum fecit, eum hominem occidendo, quod alias meum fuisset, eo homine sua morte defuncto, vel occiso ab extraneo post moram: nemo autem injuriæ, quam ipse sibi fecit, non alii actionem habet. At notandum est in specie eadem legis proximæ, & promissi Stichi tantum, non Stichi, aut Pamphili, Sticho à stipulatore occiso ante moram, non nihil esse discriminis inter eam speciem, & speciem hujus legis, quæ est de Sticho, aut Pamphilo sub disjunctione promisso. Idque satis arguit quasi finitima vicinitas harum legum, quæ data opera contracta fuisse videtur, ut intelligeremus Sticho à stipulatore occiso ante moram, multum interesse, solus Stichus promissus fuerit, an Stichus, aut Pamphilus, quod idem & in hac l. hæc verba demonstrant, *in hunc tractatum*, inquit, nihilum differt ab extraneo creditor, quasi diceret non in superiore tractatum, qui non est de Sticho, aut Pamphilo promisso, sed de Sticho tantum promisso, & occiso à stipulatore ante moram. Et sane in superiore tractatu, videlicet legis proximæ, ab extraneo creditor differt. Nam si extraneus Stichum, qui solus simpliciter promissus est, occiderit, stipulatori datur actio in extraneum, non quidem legis Aquiliæ, quæ soli domino datur. Actiones in personam, quæ solis dominis dantur, hæc sunt: actio legis Aquiliæ, condictio furtiva, vel rerum amotarum, aquæ pluviz arcendæ, finium regundorum, arborum furtim cæsarum. Ergo stipulatori in extraneum, qui Stichum occidit ante moram datur quidem, sed non actio legis Aquiliæ, quia non fuit do;

dominus occisi mancipii, sed datur actio de dolo, quia ejus principaliter interest, l. arbitrio 18. §. ult. de dolo. Domino autem, id est, debitori non datur in extraneum actio legis Aquiliæ, quia occiso Stichio ante moram ab extraneo, debitor omnino liberatus est, nec ejus quidquam interest. At si stipulator ipse eum servum occiderit, tunc debitori, etsi sit liberatus, datur in stipulatorem actio legis Aquil. quia stipulator ei injuriam fecit cum damno medii temporis, quo per eum servum aliquid adquisiturus fuit, denique damnum ei injuria dedit, ut Græci dicunt in l. 54. hoc tit. οὐκ ἔστιν ἵππευσι καὶ ποσειδῶνι καὶ παρὰ τὸν ἀσπαστὸν. Stichio autem sub disjunctione promisso, aut Pamphilo, ut in h. ostenditur, nihilum differt ab extraneo stipulator, quia sive hic, sive ille occiderit, debitori competit actio legis Aquiliæ: vel quod nunc necesse habeat Pamphilum dare, qui solus remansit in obligatione.

Ad L. LVIII. de Fidejussor. Si à colono stipulatus, fidejussorem accepi: una stipulatio est plurium pensionum: & ideo in universis pensionibus fidejussor tenetur.

Ad §. Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Stichio solvendo, & is decessit.

Qui colono locaverat fundum quendam in iultrum, in quod omnes locationes olim fieri solebant, id est, in quinquennium, constituta certa pensione sive mercede in annos singulos, fidejussorem accepit simpliciter, quem dedit colonus: simpliciter, inquit, in id quod conductor, sive colonus debitor esset: Paulus ait fidejussorem teneri in universis pensionibus annorum quinque, quia illa stipulatio, cui se fidejussor simpliciter obstrinxit, una est stipulatio plurium pensionum: una stipulatio, quæ amplectitur pensiones omnes, ut stipulatio in annos singulos una est stipulatio plurium pensionum, ut diximus in l. 11. de ann. lega. Nam & hæc, de qua hic agitur, tacita intelligitur esse concepta in annos singulos, quæ simpliciter concepta est in id, quod colonus debitorus est. Et adde etiam, cum fidejussorem teneri ob pecuniam dotis sive instrumentorum fundi, l. 52. §. pen. hoc tit. quia in omnem causam conductionis fidejussor intercessisse intelligitur, quæ in principale obligationem venit. Hoc exposito subjungit Paulus, cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, &c. perpetuat Basil. παραχρηστικῶς, quod est productum, l. si servum, §. an filius. de verb. oblig. id est, perpetuam facit obligationem, quæ sine facto debitoris re debita perempta, erat peritura, fidejussoris obligationem etiam durare. Et proponitur hoc loco regula vetus, quæ dicitur, facto suo debitorem principalem non tollere obligationem suam, sed perpetuare, id est, producere, ut si servum promissum promissor occiderit, vel si in eo solvendo moram fecerit, & post moram servus suo fato interierit, d. l. si servum, §. seq. Ad quam regulam additur, etiam moram, vel aliam culpam debitoris principalis perpetuare fidejussoris obligationem: cum facto suo, inquit, reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio. Et in d. l. si servum, §. accession. quæ ait, rei principalis culpam fidejussoribus quoque suis, qui locum ejus obtinent, perpetuare obligationem, addita hac ratione, quia in totam causam sponponderunt, quæ scilicet in obligationem deducta est, & reos tenet, etiam si simpliciter accepti sint, quod & initium hujus l. docet. Unde apparet, quam ei sit apte hæc subiecta sententia, cujus ratio ducitur ex nostræ legis initio, nimirum, quia fidejussor etiam simpliciter acceptus, in omnem causam fidejussisse intelligitur, quæ principali obligatione continetur, non etiam in id, quod ex mora rei officio judicis accedere potest, ex mora rei perpetuari ipsius rei, atque etiam fidejussoris obligationem, non etiam augeri, l. centum, & l. ult. de eo, quod certo loco. Item ex mora rei damnari ipsum reum, vel etiam fidejussorem ejus posse in usuras, vel in id, quod interest officio judicis, l. quæro, loc. l. 10. rem pup. sal. fo. l. 1. §. bellissime, ut leg. nom. caveat. l. initio, C. de pact. inter emp. & vend. Et mora rei igitur etiam fidejussorem officio judicis posse damnari in usuras, vel in id, quod interest, non tamen in id etiam obligari, id est, in obligatione non esse, quod officio judicis accedere

Tom. II. Post.

A potest. Hujus d. scriminis, & sententiæ effectum docui lib. 4. supra, ad dictam legem ult.

Ad L. XIV. Ad leg. Cornel. de fals. Filius emancipatus, cum scriberet patris testamentum, jussu patris, servo communi Titii & sui legatum adscripsit. Quæro, quis exisus questionis sue? Respondi: plures quæstiones conjunxisti, & quidem quantum ad SC. quò prohibemur nobis, vel his, quos in potestate habemus, adscribere legatum, emancipatus quoque filius eadem pœna tenebitur, licet jussu patris scripserit. Excusatus enim is videtur, qui in potestate est, sicut servus: si tamen jussu ex subscriptione testatoris appareat: sic enim inveni senatum censuisse.

Ad §. Sequens quæstio est, an quoniam placet, id quod illicitum scriptum est, pro non scripto esse: quod servo communi scribens, & alterius adscriptum est, utrum in totum pro non scripto sit, an quantum ad eum tantum, qui adscripsit, ceterum socio totum, debeat, & inveni, Marcellum apud Julianum adnotasse: nam cum Julianus scripserit, si sibi & Titio scripserit, aut servo communi, cum pro non scripto sit, facillime queri posse, quantum Titio, & socio adquiratur: ita adjicit iste Marcellus, quomodo socio debeatur, si quasi falsum nomen servi subducitur? quod & in præsentii quæstione observandum est.

Ad §. Maritus servum dotalem manumisit, & in testamento ejus legatum sibi adscripsit: quæsitum est, quid mulier ex lege Julia consequi possit? Respondi, & patronum incidere in pœnam edicti D. Claudii dicendum est: & filium emancipatum, licet præteriti possint petere bonorum possessionem. Ergo, si nihil habet patronus ex bonis liberi, non tenebitur mulieri. An ideo teneri potest, quod adiectum est in lege, aut dolo fecit quò minus ad eum perveniat? Sed nihil perfectum in fraudem mulieris: non enim adversus illam hoc excogitavit. An ideo non denegamus huic actiones, quoniam alii restitutus est? atquin cum is, qui sibi jussu testatoris legatum adscripsit, etiam si fidei sue similiter jubente testatore commisisset, nisi id alii restitueret: Senatus jussit, eum nihilominus legato abstinere, idque apud heredem remanere cum onere fideicommissi.

Quæstiones hujus legis, quæ sunt tres, pertinent ad Senatusconsultum Claudianum, & Libonianum, ex quibus Senatusconsultis pœna legis Corneliæ de falsis tenetur scriptor alieni testamenti, qui in eo sibi, vel ei, quem habet in potestate hereditatem, vel legatum, vel quodcumque aliud emolumentum adscripsit, dictante testatore, neque id, quod sibi adscripsit, capit, sed pro non scripto est, & consequenter apud heredem remanet, vel coheredem, vel substitutum, non recidit in fiscum, quia, ut Plinius ait 2. epistol. in iis, quæ pro non scriptis sunt, delatori locus non est, l. 1. & ult. de iis, quæ pro non scriptis. Initio autem hujus legis hæc proponitur species: filius emancipatus, cum patris testamentum scriberet jussu patris, servo communi suo & Titii legatum adscripsit, quæritur, quid de hac specie statuendum sit? Et respondet Paulus, duas præcipue oriri posse quæstiones. Prior quæstio est, an filius emancipatus, qui jussu patris sibi adscripsit, vel servo suo in totum, vel pro parte, servo, quem habebat communem cum Titio, an teneatur ex SC. Claudiano pœna legis Corneliæ de falsis quasi falsarius? Et respondet teneri, quia patri ea in re obtemperare non debuit, quæ SC. prohibetur. Et aliam esse rationem filiis. qui excusatur, si jussu patris sibi aliquid adscripsit, cum dictante patre, patris scripserit testamentum: si tamen jussu patris, vel ex generali subscriptione ejus appareat, ut si pater per scripto testamento manu filii. ita generaliter subscripserit, quod dictavi, & recognovi. Hæc generalis subscriptio, & necessitas potestatis excusat filiumfam. ut & servum, ne teneatur pœna falsi, & ne quod sibi adscripsit, amittat. In filio emancipato, vel alio quolibet extraneo specialis subscriptio exigitur ad evitandam pœnam, & ad capiendum legatum, quod sibi adscripsit, ut puta, quod Lucio Titio dictavi, quodque sibi adscribere jussi, & recognovi, l. 1. §. inter, l. seq. prox. §. & quatenus, hoc tit. Generalis subscriptio extraneum, in quem nullum jus testator habuit, non excusat: filiumfam. vel servum excusat, quia parenti necessitatem habuit, l. in fraudem, §. ult. de his, quib. ut indign. l. si tacitum, ad leg. Falcid. & ita Cor-

C c c e 2

nc.

nelius Tacitus 3. annali. refert adolescentem quendam, qui erat in potestate patris, se purgasse crimine civilis belli, quod patris iussa non potuisset detrectare. Quæ tamen purgatio jure nostro in atrocibus criminibus non admittitur, quia in eis est liber quilibet, & juris sui, nec ulli parere necesse habet, & mori malle debet, quam facinus admittere, quod sceleris atrocitatem habet, l. 11. §. si tutoris, quod vi, aut clam, l. nec interest, ad l. Jul. de vi priv. l. 2. C. de sepul. viol. Et ita quoque de servo, aut filiofam. qui sibi jussu domini, vel patris aliquid adscripsit, quod factum atrocitatem non habet, nominatim senatum censuisse Paulus scribit, eum esse venia dignum. Posterior quæstio pendet ex specie L. initio proposita, quæ talis est, an, quod filius emancipatus jussu patris legatum adscripsit servo communi suo, & Titii in totum pro non scripto sit, an quantum ad filium emancipatum, qui scripsit, non quantum ad Titium socium ejus, ac proinde an Titio totum legatum per servum adquiratur: quod non potest adquiri scriptori alteri domino: Et huic quæstioni Paulus respondet ex notis Marcelli ad Julianum. Nam cum Julianus scripsisset libros 21. Digestorum, ut opinor, si quis sibi, & Titio legatum adscripsit, vel si quis servo communi suo, & Titii legatum adscripsit, quia certe pro non scripto est, quantum ad scriptorem attinet, facile quæri posse, quantum conjuncto, vel socio, id est, Titio adquiratur, vel debeatur, plane significans pro non scripto esse, quantum ad eum duntaxat, qui scripsit. Cæterum quæri posse, utrum adquiratur Titio totum legatum, an pars? Et priori quidem specie, quod notandum, cum sibi, & Titio adscripsit legatum, Paulus ipse definit lib. 3. Sentent. tit. de leg. at. totum legatum ad Titium pertinere: si quis, inquit, sibi & Titio legatum adscripsit, magis est, ut totum legatum ad conjunctum pertineat. Idemque, ut indicat, l. si servus communis, de auctor. tutor. Marcellus sensit cum Juliano, ac in posteriori specie, videlicet cum servo communi Titii, & suo legatum adscripsit, Juliano existimante etiam totum legatum ad Titium pertinere. Marcellus in notis ab eo dissentit. Hac ratione, quia ex Senatusconsulto Claudiano servi nomen, cui legatum adscriptum est, circumscribitur, & pro non scripto habetur. Et ideo nihil ei servo relictum videtur. Denique nihil eo nomine per eum servum nec scriptori, nec ejus socio adquiri potest: planeque totum legatum circumscribitur. In priori specie, cum adscribit sibi, & Titio, Titii nomen non subducitur, non circumscribitur, quia ipse nihil scripsit. Itaque magna est differentia inter priorem, & posteriorem speciem. Et sententia Marcelli in hac posteriori specie etiam Paulus accedit.

Ad §. Maritus. Tertia, & ultima quæstio est in hoc §. Maritus servum dotalem manumisit: si solvendo sit, & dives, manumissio valet. Et si donante uxore id fecit, nihil eo nomine uxori præstat. Sin vero quasi negotio uxori gesto id fecit, volente uxore, id præstat uxori conditione ex lege Julia, quod ad eum ex liberti bonis pervenerit jure patronatus: si invita uxore id fecit, id omne quodcumque ad eum quoque jure pervenit ex liberti bonis uxori præstare tenetur, quod scilicet jure patronatus ad eum pervenerit, quodve dolo malo fecerit, quo minus ad eum pervenerit conditione ex lege Julia etiam constante matrimonio. Quod vero alio jure, quam patronatus ad eum pervenerit, id præstare tenetur uxori actione de dote, soluto matrimonio, quæ omnia ostenduntur in leg. dotalem 62. & 4. aliis seqq. sol. matrim. Inde quæritur, si maritus servum dotalem manumiserit invita uxore, vel negotium gerens non invita uxoris, & testamento liberti legatum sibi adscripsit, quid mulier ex lege Julia, id est, conditione ex lege Julia consequi debeat? Respondet Paulus, patronum, qui sibi legatum adscripsit testamento liberti incidere in pœnam edicti Divi Claudii, id est, in pœnam falsi, nec legatum capere posse. Edictum D. Claudii subsequutum est statim Senatus. quo idem probavit Senatus, quod edixerat D. Claudius, atque ideo dicitur Senatus. Claudianum, l. 3. C. de his, qui sibi adscrib. Et ita de majore sexagenario ducente uxorem, quod Svetonius adscripsit edicto Claudii, id Ulpianus lib. regul. tit. 16. tribuit Senatusconsulto Claudiano. Ac similiter, quod

A edicto D. Marci tribuit l. si venri, §. de reb. auct. jud. poss. id Senatusconsulto tribuit facto auctore D. Marco lex 1. in quib. cau. pign. Non tantum orationes, quas per se habebant principes in Senatu, vel per quæstores solebant sequi SC. sed etiam edicta principum. Sed ad rem. Certum est, filium emancipatum, vel patronum præteritum, id est, neque institutum, neque exheredatum, qui modo legatum sibi relictum non agnoverit, quia eo agnito, probat judicium defuncti, posse petere bonorum possessionem contra tabulas. Sed non si ipse sibi hereditatem, aut legatum adscripsit, cum adhibitus esset ad scribendum testamentum patris, vel liberti, l. 6. §. ult. hoc tit. Ergo neque legatum, neque hereditatem capit, quam sibi adscripsit, neque admittetur ad bonorum possessionem contra tabulas, etsi nihil aliud ex liberti bonis ad patronum pervenerit, non tenebitur uxori conditione ex lege Julia, quia nihil cepit ex bonis liberti. Posset tentari, eum teneri ex clausula legis Julæ, aut dolo malo fecit, quo minus ad eum pervenerit, l. si vero, §. adjuvatur, sol. matrim. Sed ait Paulus, non videri dolo fecisse, qui sibi legatum adscripsit jussu testatoris, quia id non fecit in fraudem alterius, non est dolus malus, nisi qui lædit alterum, & fraudem fecit alteri. Id patronus, inquit, non excogitavit in fraudem suæ uxoris, sed jubenti testatori morem gessit. Rursus tentari potest, patronum posse capere legatum, quod sibi adscripsit jussu liberti hac ratione, quia id conditione ex lege Julia mox uxori restitutus est, ergo & propter uxorem, cui restitutus est, valeat legatum, sicut evenit sæpe, ut propter fideicommissarium, qui rogatus est restituere legatum, valeat legatum, quod incapaci relinquitur, l. cogi, §. hi, qui, ad Treb. l. 1. §. pen. si quis aliq. test. prohib. l. avia, §. Titio, de cond. & demonstr. & Nov. 129. At respondet Paulus, id non admitti, esse certum ex eodem Senatusconsulto, nec propter fideicommissarium admitti quemquam posse ad legatum, quod sibi adscripsit, sed abstinere se debere legato omnimodo, & legatum remanere apud heredem cum onere fideicommissi, si jubente testatore id scriptor testamenti, sive testamentarius sibi adscripsit, l. cum quidam 17. hoc tit. l. ult. de his, quæ pro non scrip. Ergo nec propter uxorem admittendum esse eum ad legatum, etiam si uxori conditio competere posset ex lege Julia, quæ tamen nulla competit, quia patronus nihil habet, aut retinet ex bonis liberti.

* * * * *

D JACOBI CUJACII J. C.

In Lib. XXII QUÆSTIONUM PAULI.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LXXXIV. de Heredib. instit. Si servo fideicommissa data sit libertas: heres hunc eundem servum cum libertate heredem reliquisset: quæsitum est, an necessarius fiet heres? & humanius est, & magis æquitatis ratione subnixum, non fieri necessarium: qui enim etiam invito defuncto poterat libertatem extorquere, is liber esse jussus, non magnum videtur beneficium à defuncto consequi: imo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem.

Ad §. Idem probandum erit & in illo servo, quem testator ea lege emerat, ut manumitteret, si heres fuerit institutus: nam & hic, deposito beneficio testatoris, proprio jure poterit ad libertatem pervenire ex constitutione Divi Marci.

Ad §. Item & in eo, qui propria sua data pecunia, emptus est ab aliquo: nam & hic poterit ab ipso testatore libertatem extorquere.

SCIENDUM est, alios esse heredes voluntarios, qui non nisi volentes heredes fiunt, qui repudiare delatam hereditatem possunt. Alios necessarios, qui invitati, & ignorantes jure civili heredes existunt. Voluntarii fiunt heredes per aditionem hereditatis, hi existunt, id est, apparent confestim, etiam nolentes, aut nescientes, ἀναφαιρονται, ut Græci rectissime dicunt, id est, existunt, non fiunt, quia in eis non est necessaria aditione

tio hereditatis. Rursus ex necessariis, alii sunt sui, & necessarii, ut liberi, vel qui liberorum loco habentur, ut uxor, quæ convenit in manum viri jure veteri: liberi, inquam, & qui liberorum loco habentur, & sunt in potestate parentis, & gradu proximiores delatæ hereditatis tempore. Alii sunt necessarii tantum, non sui. Hi sunt servi proprii ultro à dominis eodem gradu ex testamento cum libertate heredes instituti, vel substituti in primum, vel secundum casum. Et ii quidem sunt necessarii ex testamento tantum si instituti sint, ii, qui sunt sui, & necessarii etiam ab intestato, & (quæ est alia differentia) suis non etiam necessariis tantum jure prætorio datur, si hoc malint beneficium hereditate abstinenti se. In servis necessariis heredibus desidero, ut eis ultro dominus cum hereditate largiatur libertatem sua sponte, & gratuito non coactus: nam si, ut hoc loco ostenditur, heres, qui pure rogatus est servum manumittere, eum servum heredem instituerit cum libertate, erit ei heres voluntarius, non necessarius, quia debitam magis ab eo ex causa fideicommissi, quam gratuitam libertatem accepit, l. proxime, de ritu nup. l. 1. C. de libert. Potuit enim servus, qui data est testamento prioris domini fideicommissaria libertas, heredi invito extorquere libertatem per prætorem fideicommissarium, l. 4. in fine, inf. quibus ad lib. procl. l. de libertate, de fideicom. libert. l. Titius, de action. emp. l. mulier, §. non est, ad Trebell. l. vix, de jud. Itaque libertatem ille servus habet beneficio prioris domini potius, quam beneficio heredis, qui eam non tam dedit, quam paruit defuncto, qui eam dederat prius: non dat beneficium, qui dat, quod etiam ut daret compelli potuit. Beneficium est, ut ait Seneca, quod quis dedit, cum illi liceret non dare; nec quisquam id se dedisse, aut fecisse jactat, quod non dare, aut non facere potuit. Et est aliquid, quod dominus servo præstare debeat, ut cibarium. Nemo id dixit beneficium. Unde sicut Papinianus ait in l. unum ex familia, §. 1. de leg. 2. facultas necessariorum electionis non est propriæ liberalitatis beneficium: ita dicimus facultatem necessariorum manumissionis, non esse propriæ liberalitatis beneficium, non esse proprium beneficium, sed alienum. Denique dicamus, quod necessarium in heredem confertur, neque legatum, neque fideicommissum, neque donationem, liberalitatem, aut beneficium esse. Et recte lex si quis pro uxore, de donat. inter vir. & ux. non donare eum, qui necessarius oneribus, quæque subire debet, succurrit: quam in rem etiam vulgo affertur lex rem legatam, de adim. leg. Sed perperam: nam ejus legis sententia hæc est, si rem legatam postea testator vendiderit, distinguendum esse, utrum urgente necessitate rei familiaris, an mera voluntate vendiderit, quoniam eo casu legatum ademisse intelligitur, non esse beneficium cum urgente necessitate vendidit, l. 1. §. si rem, de legat. 3. Et hoc si vendiderit. At si rem legatam postea donaverit, omnimodo ademisse videtur legatum, nec supradictæ distinctioni locus est, quia nemo in necessitatibus in eo, quod necesse habet dare, liberalis existit, quæ verba significant necessitatem imminentem rei familiaris, sive imminentem egestatem, neminem urgere posse ad donandum: urgente necessitate rei familiaris neminem donare, ac proinde supradictæ distinctioni locum non esse. His vero consequenter, ut subjicit in hac lege, si quis cum libertate servum heredem instituerit, quem suis nummis, non servi nummis ea lege emerat, ut manumitteret, in eum non contulit beneficium libertatis, quia & citra ejus factum suo jure servus erat perventurus ad libertatem ex constitutione Marci ad Aufidium Victorinum, cujus sæpe fit mentio in libris nostris, etiam non addito tempore, intra quod manumitteretur, l. ult. qui sine manu. l. naturalis, §. quod sitale, de præscr. verb. Et ideo servus ille, quem heredem instituit cum libertate, ei non fiet heres necessarius, quia ei libertatem acceptam non fert, sed legi venditionis, & constitutioni Marci. Idemque erit si quis servum emerit servi nummis, non suis, interposita inter eum, & servum fidei manumittendi statim post emptionem, & deinde eum cum libertate heredem instituerit. Nam & ei servus ille non fiet necessarius heres, quia libertatem dedit, quam & ei invito servus extorquere potuit ex constitutione Divorum fratrum ad Urbicum Maximum, l. 4. de manumiss. l. 8. C. de liber. caus. l. qui se dicit, de judic.

* * * * *

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXIV QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLVI. de Action. emp. Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei exstiterit: cogetur implere venditionem.

SI quis alienam rem vendiderit, venditio dicitur esse satis illicita, l. 1. C. de comm. rer. alien. Et quemadmodum scriptum est in l. cum hic status, §. si focer nurui, de donat. int. vir & ux. si focer nurui nuntium remisit: vel si ipsi confoceri nuntium remiserint, quod ad ipsos attinet, finitum esse diremptumque matrimonium, sed non quod ad conjuges. Ita licet nobis dicere, venditionem rei alienæ, quod ad ipsum emptorem, & venditorem attinet, consistere, & nasci obligationem ultro citroque, sed non consistere quod ad dominum in fraudem domini: dominum rem emptori auferre posse. Si quis ergo rem alienam vendiderit, deinde ejus rei dominum acquirerit, ut si medio tempore, inquit, id est, ante traditionem heres domino rei exstiterit: nunc non potest quasi dominus retractare venditionem, sed eam adimplere cogitur, puta rem tradere, & cætera, quæ jure venditi continentur, vel si eam tradiderit, non potest quasi dominus vindicare, auferre, aut evincere emptori. Improbis ille est, qui evincit, qui vendidit, l. 1. de except. rei vend. l. vindicantem, de evict. Et ita, si quis rem alienam pignori dederit, deinde ejus rei dominus esse ceperit, pignoris conventioni stare debet, possessionemque ejus rei tradere creditori agenti hypothecaria, l. rem alienam, de pig. act. l. 1. de pig. l. 5. C. si alien. res pig. Neque obstat huic sententiæ lex si servo, qui, & à quibus man. quam objicit Accubi servo alieno manumisso, deinde adquisito manumissori, negatur confirmari manumissionem, & manumisso competere libertatem. Confirmatur tamen pignus, & venditio rei alienæ, dominio postea adquisito. Cur non & libertas, seu manumissio? Ratio est, quia ex manumissione nulla nascitur obligatio, qua adstringatur persona, aut res ulla manumissoris. At ex conventionione pignoris, venditionisve nascitur obligatio, quæ nexam tenet rem pignoratam, & obstrictam personam tenet debitoris, aut venditoris. Ideoque impleri pignoris, aut venditionis conventio debet, & bona fide. Et improbe resistit debitor, aut creditor, quo minus eam impleat: differentia est. Non recte Accursius respondit ad eam leg. ipso jure ab initio non valere manumissionem servi alieni, venditionem rei alienæ ipso jure valere, l. rem alienam, de contrab. empt. quia certe nec venditio valuit ab initio, quod ad dominum attinet: & in pignore rei alienæ, quod Accurs. fatetur ab initio ipso jure non valuisse: idem tamen est, quod in venditione, ut scilicet ex æquitate dominii acquisitione convalescat pignus, ut & venditio.

Ad L. XXIX. de Novat. Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt: perit privilegium dotis, & tutela, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutela actio novatur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem: ut solet dici in his actionibus, quæ tempore, vel morte finiri possunt.

Hæc lex ostendit, duo esse genera novationum, & inter ea differentiam constituit unam. Una est novatio voluntaria, alia necessaria. Novatio voluntaria fit per stipulationem: novatio necessaria fit per litis contestationem. Voluntaria fit ex consensu debitoris, & creditoris per stipulationem Aquilianam, vel per stipulationem novandi causa interpositam, qua quis ab alio stipulatur quod sibi alius debet, l. 5. quando ex fact. tut. Necessaria fit ex necessitate, ut docet lex ult. de separ. nimirum iudicio accepto, quod

quod, ut ait *Linter*, §. si Stichum, de verb. oblig. invitus debitor accepit lite cum eo contestata, vel cum defensore ejus, vel cum alio ejus vice, quia lite contestata quasi contrahitur cum adversario, cum quo lis contestatur, l. 3. §. idem scribit, de pec. Lis contestata in ll. nostris, lis contestata in lib. Ciceronis: utrumque idem potest. Litis contestatio contractus est, & obligatio nova. Nam & secuta condemnatione actio pristina convertitur in actionem judicati, atque ita novatur, l. si fundus, §. si pluris, de pignor. l. pen. §. ult. de usur. rei judic. C. Sunt autem innumeræ differentie inter hæc duo genera novationum. Prima sit ea, quæ hic proponitur. Novatio voluntaria perimit privilegium, quod habuit prior actio, ut si quod debebatur actione de dote, post divortium: vel actione tutelæ, post pubertatem, quæ actiones privilegiaræ sunt, transferatur, & deducatur in stipulationem novandi animo, ut olim obtinuit, ut hodie necesse est ex constitutione Justiniani, id est, ex l. ult. C. de novat. specialiter expresso novandi verbo. Hodie non est novatio, nisi dictum sit, ut novatio fieret, & ex ea constitutione certe Tribonianus in hac lege illum articulum inseruit specialiter, si id specialiter actum est, ut in l. usumfr. de verb. oblig. l. 31. §. 1. hoc tit. Novatio autem necessaria, quæ sit lite contestata, non tollit privilegium, non nocet actori, quia necessaria est, non voluntaria, l. 22. de tut. & ras. dist. Et litis contestatione, ut Paul. subjicit hoc loco, quod etiam subjecerat dictæ legi 22. ut probat l. 87. de reg. jur. litis contestatione, inquam, per quam fit novatio necessaria, maxime ex parte rei, deterior non fit conditio actoris, sed plerumque melior, & deterior fieret conditio actoris litis contestatione, si ei perimeret suum privilegium. Tantum vero abest, ut litis contestatione deterior fiat conditio actoris, ut imo fiat sæpe melior. Nam litis contestatio actionem perpetuat, & in tutum redigit, quæ morte actoris, aut tempore erat interitura, l. 1. & 3. de feriis, l. ult. de fidejuss. tut. l. nam posea, §. si is, cui, de jurejur. l. ordinata, de lib. causa, l. 1. §. sed interdum, l. 2. ne de fiat. defunct. l. 139. de reg. jur. Quod ipsum etiam efficit novatio voluntaria, id est, perpetuat actionem, l. 24. de mort. cau. domni. Excipit Accursius actionem de dolo, quæ litis contestatione non perpetuatur, sed omnino perit intra biennium, etiam si intra biennium coepta sit actio, necdum peracta, quod & verum est, l. ult. C. de dolo. Item litis contestatione omnes actiones etiam pœnales, quæ oriuntur ex delictis, ad heredes transmittuntur ab utraque parte, l. 87. & 164. de reg. jur. l. omnes, l. sciendum, de oblig. & act. l. un. C. ex delict. defunct. Et hæc est differentia proposita in hac l. Addi possunt aliæ complures. Novatio voluntaria pignus perimit, quod accessit priori obligationi, cum id actum est, ut in universum ab obligatione discederetur, l. seq. ut scilicet perimeretur prima obligatio tam civilis, quam naturalis; ut & privilegium facta novatione voluntaria non aliter perit, quam si id actum sit, ut a prima & principali obligatione in universum discederetur, etiam abjectio privilegio, l. 2. de privil. credit. sive de reb. aut. jud. possid. Contractus ex conventionem legem accipiunt, ex eo, quod actum est inter contrahentes, l. 1. §. si conveniat, de pos. l. contractus, de reg. jur. At si quid secus non convenit, si nihil exceptum sit, sed si simpliciter inter aliquos novus contractus habitus sit, in universam causam, quæ præcessit, haberi intelligitur, ut de fidejussore simpliciter accepto diximus in l. 58. de fidejuss. Et quod dicitur novatione voluntaria pignora, vel hypothecas perimi, verum est, novatione legitime facta, l. 18. hoc tit. non novatione facta illegitime, ut interventu mulieris contra SC. Vellejan. l. aliquando, §. 1. ad Vell. quia ea novatio est sine effectu, eamque Vellejanum SC. improbat, l. 16. in fine, eod. tit. vel etiam interventu servi, qui domino expromittat novandi causa pro debitore domini. Omnis expromissio novatio est, sed non legitime fit interveniente servo, l. quod servus, de pec. §. præsera, Inst. quibus modis obl. sol. Novatione autem necessaria pignus non perimitur, quia si lis contestata sit cum debitore, vel cum alio defensore debitoris, non tollitur obligatio principalis, quæ tamen tollitur facta novatione voluntaria interventu novæ personæ, d. l. 18. l. solum, de pignor.

A act. l. un. C. etiam ob chirogr. pec. Et prout tollitur, aut manet prior obligatio, vel naturalis, satis est manere naturalem, ita & accessionum omnium obligatio tollitur, aut manet. Qua ratione, & novatione voluntaria fidejussor, aut mandator, qui accessit primæ obligationi, liberatur, l. 4. C. de fidejuss. non novatione necessaria, l. 23. & 28. C. eod. tit. Item, quæ novatione voluntaria facta usuræ consistunt, id est, currere desinunt, quæ accedebant priori obligationi, d. l. 18. & l. 27. hoc tit. Facta autem novatione necessaria, id est, lite contestata usuræ currunt, l. 1. C. de usur. l. lite, de usur. quæ lex 35. juncta cum d. l. 18. hoc tit. ut utriusque inscriptio similis exigit, hanc differentiam monstrat. Item facta novatione voluntaria, pœna, quam præstari convenerat, si ad diem pecunia non solveretur, non committitur, l. 15. hoc tit. facta novatione necessaria, non ideo minus pœna committitur, vel pœnalis stipulatio, l. 90. de verb. oblig. Item separationis beneficium impetrare creditores non possunt facta novatione voluntaria: facta necessaria possunt, l. 1. §. illud sciendum, & l. ult. de separ. Postremo novatio voluntaria tutorem, aut curatorem obligatum tenet, etiam post depositum officium: non etiam novatio necessaria, si judicium accepit nomine pupilli, & secuta fuerit condemnatio post depositum officium: nam actio judicati non datur in tutorem, sed in adolescentem, l. 5. quæ ex fact. tut.

Ad L. XX. Ad municip. Domicilium re, & facta transfertur, non nuda contestatione: sicut in bis exigetur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari.

C Sciendum est, originem potissimum, id est, nativitatem, vel domicilium, id est, incolatum nos subijcere oneribus reipublicæ, & non cives tantum ea sustinere debere, sed etiam incolas. Cives origo facit: incolas domicilium, l. cives 7. de incolis §. b. 10. C. Et domicilium cujusque ibi est, ubi larem fovet, ubi sedes, & tabulas rationum suarum habet, ubi serum, & fortunarum suarum summam constituit, ubi assidue versatur, negotiatur, ubi majorem suorum bonorum partem habet, ubi festos dies agit, utitur foro eodem, balneo eodem, spectaculis iisdem, l. in lege, de verb. signific. l. si eum libertatis, in fin. de fideicom. liberi. l. ejus, §. 1. inf. hoc tit. l. 2. C. ubi Senas. vel Clarissimi viri. Marcus Tullius pro Archia poeta, iisdem verbis, quæ & auctores nostri usurparunt in definiendo domicilio utitur. An domicilium in Italia non habuit is, qui tot annis ante civitatem datam, sedem omnium rerum, ac fortunarum suarum Romæ collocavit? Origine vero, & patria germana mutari non potest, l. 4. C. de munic. & orig. Domicilii, & cœli unicuique libera est electio, & mutatio, domicilium mutare quisque, & in aliam civitatem transferre potest, perfoluto, si ita mores ferant (ut quandoque tulere Atheniensium mores) eo tributo civitati, in quam migrarunt, quod μετοικισμός dicitur, nam & ipsi incolæ μετοικοι dicuntur, ἀξιοπλογο δ' εὐρόν, quasi dicas cassa palcarum civitatum, & prædiis etiam, quæ habuerunt in ea civitate, à qua migrarunt in aliam, publicatis, si ea non vendiderint antequam migrarent, nisi princeps specialiter eis concesserit, ut ea bona retinerent, l. certis, C. de jur. fisc. à quo principe coepta eadem exigi licentia mutandi domicilii, ut indicat l. 12. in fin. de excus. tut. & hodie cum sit nimis libera cuique facultas mutandi domicilii, quod cum sua pernicie compertæ sunt pleræque civitates, in dissensionibus civilibus, præstaret ne quis temere mutaret domicilium inconsulto principe: antequam principes rerum potirentur in urbe, mutare cuique liberum erat domicilium: mutare autem domicilium re ipsa, aut facto, non nudis verbis, aut nuda animi destinatione: alioquin plerique incolæ vocati ad munera civilia ea defugerent in fraudem reipub. facta nuda protestatione mutandi domicilii, puta, dicendo, non amplius utor hoc domicilio, mutatio domicilii, facta opus est, id est, reali emigratione.



JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XXIII. QUÆSTIONUM PAULI.
RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XI. de Usuris. *Cajus Sejus, qui rem publicam gerebat, sceneravit pecuniam publicam sub usuris soluis. Fuit autem consuetudo, ut intra certa tempora non inlatis usuris, graviores infligerentur. Quidam debitores cessaverunt in solvendis usuris: quidam plus intulerunt: & sic effectum est, ut omne quod usurarum nomine competeat, etiam pro his, qui cessaverant in usuris, suppleatur: questum est, an illud, quod amplius ex consuetudine pœnæ nomine à quibusdam exactum est, ipsi Sejo proficere deberet, an reipublicæ lucro cederet? respondi, si Cajus Sejus à debitoribus usuras stipulatus esset, eas solas reipublicæ præstari oportere, quæ secundum formam ab his exigi solent: etiam si omnia nomina idonea sint.*

Ad §. Quid si servus publicus obligationem usurarum reipublicæ adquisivit: æquum est, quamvis ipso jure usuræ reipublicæ debeantur: tamen pro defectis nominibus compensationem majorum usurarum fieri, si non sit parata reipublica universorum debitorum fortunam suscipere. Eadem fere in tutoribus Marcellus refert.

CAJUS Sejus liber homo cum esset curator Reipublicæ ejusdem, vel administrator rerum ad eam pertinentium, ex pecunia publica nomina fecit, nempe pluribus publicam pecuniam sceneravit, non eundem, sed diversæ pecuniæ separatim plures facturus debitores, nimirum sceneravit primo centum: 2. alia centum: 3. alia centum: 4. totidem. Et à singulis suo nomine, vel simpliciter stipulatus est quotannis cujusque pecuniæ præstari solitas usuras, quæ in ea civitate frequentabantur, id est, quæ usitata, & receptæ erant, exempli gratia, aureos sex in centenis, quæ sunt usuræ semisses. Ea erat in illa civitate consuetudo, ut civitati semisses usuræ à debitoribus penderentur, quæ & civiles dicuntur usuræ, & modicæ à Plinio 14. natur. histor. & civitati eas ex more deberi, ab altero Plinio lib. 7. & 10. epist. Erat & alia consuetudo in ea civitate, ut non solutis semissibus usuris intra certa tempora, veluti intra triennium, pœnæ nomine debitoribus publicis usuræ graviores infligerentur, verbi gratia, centesima, quæ in centenos quotannis reddunt duodenos: ut eis, inquam, graviores infligerentur ex die contracti scenoris, ex die pecuniæ scenori occupatæ, nullis solutis usuris, quod notandum graviores ex die contractus infligi possunt, non si jam quædam usuræ solutæ sint, ne usuræ usuris accrescant, quod semper prohibitum fuit, sed jam solutis usuris quibusdam majores infligi possunt ex die cessationis, ex die, quo debitores cessaverunt in solvendis minoribus, quas tamen solverant jam aliquot annis, majores ex die cessationis infliguntur in futurum: non ex die contractus in præteritum, quia hoc esset usuris jam exactis superadjicere usuras, usurarum usuras exigere. Et ita est explicanda l. 17. b. s. Redeamus ad nostram speciem. Primus, & secundus defecti facultatibus cessaverunt in solvendis usuris, & nullas omnino unquam usuras intulerunt, 3. & 4. qui idonei erant, non solutis intra præstituta tempora usuris semissibus Cajo Sejo, curatori reipub. coacti sunt solvere centesimas ex die contractus, & hæ centesimæ sufficiunt ad id omne, quod usurarum nomine competeat. Quo etiam modo Paulus locutus est in l. lecta, in fi. de reb. cred. Denique centesimæ, quæ exactæ sunt pro ducentis, quæ acceperunt 3. & 4. sufficiunt ad usuras semisses quadringentorum, quæ acceperunt 4. debitores: atque ita sufficiunt pro iis, qui cessaverunt, vel defecerunt, id est, quod plus est in centesimis, quam in semissibus usuris id explet, quod ii, qui cessaverunt usurarum nomine inferre debebant: Quæritur, utrum id Cajo Sejo proficere debeat, id est, utrum majores usuræ, quas extorsit 3. & 4. Cajo Sejo proficere debeant, ne scilicet deperditorum nominum

primi, & secundi debitoris periculum agnoscat, sed eas majores usuras compenset cum deperditis nominibus, an vero potius eæ majores usuræ cedant lucro Reip. eas Respub. sibi vindicat ex consuetudine, quæ non solutis ad diem levioribus usuris, debitores publicos subjicit gravioribus. Atque ideo contendit Respub. majores usuras suo lucro cedere debere, quas Cajus Sejus exegit à 3. & 4. ac præterea Cajum Sejum nominum primi, & secundi periculum agnoscere debere. Contra Cajus Sejus majores usuras contendit sibi, non Reip. debere proficere, ex diverso sumpto argumento ex eadem consuetudine, quæ non aliter majoribus usuris subjicit publicos debitores, quam minoribus ad diem condictum non solutis. Et ait hoc casu, majoribus suppleri minores, quarum nomina defecerunt, atque ita pro soluto minores solutas, & Reipub. solutum, & satisfactum esse videri. Denique Remp. omnium pecuniarum consecutum minores usuras, ac proinde nihil ei debere pœnæ nomine. Et hoc est, quod ait Paulus, si Cajus Sejus usuras à debitoribus stipulatus sit, suo nomine scilicet, vel simpliciter: nam liber homo alteri stipulatur inutiliter; atque ita, si Cajus Sejus sibi adquisierit obligationem usurarum, eas solas usuras reipub. præstari oportere, quæ secundum formam, id est, consuetudinem à debitoribus publici exigi solent, usuras solitas, id est, semisses: etiam si, inquit, non omnia nomina idonea sint, id est, etiam si quædam nomina defecta, & deperdita sint, ut nomen primi, & secundi. Nam periculum eorum non pertinere ad curatorem Reip. si quod redigit ex majoribus usuris, suppleat minores, quæ defecerunt in persona primi, & secundi. Perperam vulgo hoc loco legitur affirmate, *etiam si omnia nomina sint idonea*. Et rectius Basilica negate, *καὶ μὴ τὰ πάντα ἔχοντα εἶναι εὐποροῦν*, id est, *etiam si omnia nomina idonea non sint*, & interpres quoque Dorotheus *καὶ τὰ μάλιστα τινες τῶν χρηματικῶν ἐλασσων εἰς ἀπορίαν*, id est, *licet debitores quidem perducti sint ad inopiam*: qui tamen Dorotheus in ponenda specie hujus l. mirum in modum hallucinatur, & in hoc tamen est utilis, quod docet textum Basilic. non esse corruptum, in quo negative legitur, & summæ hujus l. congruentissime, etiam si non omnia nomina idonea sint: & ita ut dixi pro C. Sejo respondet Paul. Confligebat & in hac quæstione consuetudo eadem ipsa secum. Ea enim utraque pars nitebatur, pars Reip. & pars C. Seji. At secundum C. Sejum curatorem Reip. Paulus pronuntiat, ei proficere majores usuras ad supplenda nomina deperdita, quæ si majoribus suppleantur, satis est, nec amplius quidquam Resp. à C. Sejo exigere potest, quia habet solutas usuras quadringentorum. Ergo vel debet Resp. fortunam omnium debitorum suscipere, id est, in totum agnoscere, & approbare quod Cajus Sejus gessit in contrahendis nominibus, vel si ab eo rationem reposcat nominum defectorum, eum admittere cum defectis nominibus compensantem majores usuras, quæ implent omne id, quod competeat pro defectis nominibus eorum, qui everfi facultatibus usuras inferre nequiverunt. Ad hæc quærit Paulus illo loco, *quod si servus publicus, &c.* quid sit dicendum, si servus publicus civitatis obligationem usurarum civitati adquisierit, id est, si à debitore Reip. stipulatus sit usuras sibi præstari, vel reipub. vel simpliciter, nihil refert: nam quoquo modo stipulatus sit, obligatio per servum publicum Reip. ipso jure acquiritur, l. 1. l. 3. l. 15. de stip. serv. Priore casu Cajus Sejus sibi quæsit obligationem usurarum, non Reipub. quia per liberam personam obligatio acquiri non solet, l. 24. §. ult. b. s. l. 3. quod vi, aut clam, l. solutum, §. pen. de pign. act. Hoc vero posteriore casu per servum publicum ipso jure obligatio usurarum Reip. quæsitæ est. At quod attinet ad rationem majorum usurarum compensandam cum defectis nominibus, æquum est eam servari in utroque casu, sive curator Reip. usuras stipulatus sit, sive servus publicus, si non sit parata Resp. omnium nominum suscipere periculum, quæ ex pecunia publica contraxit curator, vel servus Reip. Et in fine h. legis eadem fere de tutoribus Marcellum referre ait, cujus sententia ab eodem Paulo latius explicata est in l. queritur, de admin. tut. ut scilicet nomina, quæ tutores fecerunt ex pecunia pupilli, si sint partim integra, & ido-

idonea, partim defecta, & deperdita, & male contracta post A pubertatem, ea conditio deferatur adolescenti, non ut integra probet, deteriora improbet, non ut partim nomina probet, partim improbet, sed ut omnium nominum fortunam suscipiat, aut recedat ab omnibus, perinde atque si sibi tutores negotium gessissent, non pupillo, atque adeo, ut tum rejectis omnibus nominibus majorum usurarum, exactio tutoribus proficiat: satisque ab eis pupillo pecuniæ pupillaris præstari usuras solitas, & pupillares, quæ forte minores sunt ex more regionis, nec necesse habeant pupillo præstare majores, quas perceperint, *l. tutor, qui repertorium, §. si tutor pecuniam, de adm. tut.* Fere autem ait, eadem fere in tutoribus Marcellus refert quod Accursius nescit, ut explicare debeat, quia Marcellus non scripsit, ut Paulus, nominatim de majoribus usuris à tutoribus perceptis compensandis pro defectis nominibus, adolescente nolente suscipere omnium B debitorum periculum, sed tantum id ex Marcelli sententia colligi potest, & consequens est ejus, quod scripsit, optionem adolescenti deferri, ut, aut nomina reprobet, aut agnoscat omnia. Fere ergo idem in tutoribus Marcellus scripsit, non iisdem verbis, sed sensu, & effectu eodem.

Ad L.VI. de Naut. scen. Fœnerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando, quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non posuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum, propriisque fœneratoribus obligatarum, si quid superfuisset, pignori accepit: quasitum est, nave propria perempta, si qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat, intra præstitutos dies amissa nave, an ad cæterarum navium superfuuum admitti possit? respondit: Alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet. Sed cum trajectitia pecunia C ita datur, ut non alias petitio ejus creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit: ipsius crediti obligatio, non existente conditione, defecisse videtur: & ideo pignorum quoque persecutio perempta est: etiam eorum, quæ non sunt amissa. Si navis intra præstitutos dies periisset: & conditionem stipulationis defuisse videri. Ideoque sine causa de pignorum persecutione, quæ in aliis navibus fuerunt, queri: quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti poterit? scilicet tunc cum conditio exstiterit obligationis, & alio casu pignus amissum fuerit, vel vilius distractum: vel si navis postea perierit, quam dies præfinitus periculo exactus fuerit.

T Itulus de usuris, qui præcedit, fuit etiam de fœnore, sed de terreno, seu mediterraneo. Hic titulus est de fœnore nautico, quod & trajectitium dicitur, & maritimum. D Inter quæ duo fœnoris genera multum interest, nam fœnoris terreni usuræ legibus finitæ sunt, nec fœnerator quifquam modum eorum egredi potest: fœnoris autem nautici usuræ hodie etiam finitæ sunt ex constituto Justiniani. Sed si jus spectamus, quod obtinuit ante Justinianum, quodque in his Pandectis spectari semper oportet, quandoquidem Codex Justiniani repetitæ prælectionis, quem habemus post Pandectas editus est, usuræ maritimæ infinitæ sunt, ut Paulus scribit 2. *Sent. tit. 1.* Hoc est fœneratori nautico liberum est usuris immensis, & infinitis negotiatori navigaturo pecuniam fœnerari, ut 2. 3. aut 4. centesimis si velit. Ratio differentiæ ex eo pendet, quod pecunia terrena, quæ fœnori datur, sit periculo debitoris, qui eam accipit, id est, quod perempta ea pecunia terrena casu aliquo majore, aut peremptis cæteris, aut omnibus bonis debitoris, non ideo minus debitor teneatur in fortem, & in usuras, *l. incendium 1. C. si cert. pet. ult. C. hoc tit.* Pecunia autem maritima sit periculo fœneratoris, id est, creditoris, quia plerumque agitur, ut pecunia nautica, aut merces ex ea comparatæ navigent periculo fœneratoris, *l. 1. C. 3. hoc tit.* Et hæc ratio suscepti periculi permittit fœneratori infinitas, & immodicas usuras. Eademque ratio efficit, ut usuræ nauticæ etiam ex pacto nudo sine stipulatione debeantur, *l. 5. C. 7. hoc t.* cum tamen mediterraneæ pecuniæ usuræ non debeantur sine stipulatione, *l. Titius, de præscr. verb. l. 3. C. de usur.* Suscipit autem sæpe fœnerator pecuniæ nauticæ periculum naufragii, non omne periculum, non periculum jacturæ, aut incendii, non periculum piratarum. Potest tamen & omne si velit, quidni? Is autem,

qui pecuniam nauticam mutuam accepit, obligat se, & pignora sæpe, & hypothecas sub conditione simul, & in diem, puta, ut demum fœneratori teneatur reddere pecuniam, cum usuris maximis, si intra certum tempus, verbi gratia, intra tricesimum diem navigationis, navis pervenerit in portum, forte Athenarum. Sin autem naufragio perierit intra eum diem, ut neque sortis, neque usurarum fœneratori repetitio sit adversus eum, & ita in hac lege proponitur tota obligatio sub conditione, & in diem fuisse collata. Eademque conventio est apud Demosth. ut nave amissa, neque sortes, neque usuræ fœneratori reddantur. Conditione obligationis existente periculum delinit esse fœneratoris, & ei fors deberi incipit cum usuris maritimis, puta nave salva intra præstitutum diem perducta in portum. Conditione autem deficiente, puta nave amissa intra præfinitum periculo diem, periculum pertinet ad fœneratorem, & nihil ei debetur, *l. 4. b. s.* Hujus autem legis species hæc est: L. Titius negotiatori trans mare navigaturo pecuniam fœneravit, qua instrueret navem, & remigium omne, & compararet merces, quas eveheret, & fœneravit ea lege, ut naufragio amissa nave intra tricesimum navigationis diem, damnum pertineret ad fœneratorem; nave autem salva, & intra eum diem delata in portum Athenarum, pecunia ei reddetur cum maritimis usuris: & in eam rem, id est, in fortem, & in usuras placuit, ut merces eidem navi impositæ pignori essent, ut in specie *l. qui Romæ, §. Callimachus, de verb. oblig.* Et ita in oratione Demosth. *ἡ τὴν λαχρὸς ἀεὶ γράφω*, adversus Lacrii præscriptionem. Placuit etiam ex mercibus in navem propriam impositis totum debitum servari non possit, jure pignoris, ut aliarum mercium, quæ aliis navibus impositæ, & propriis fœneratoribus obligatæ erant, ὑπεροχῆ pignori esset: ὑπεροχῆ voco cum Thriphonino in *l. pen. qui pot. in pign.* quod Paulus hoc loco vocat superfuuum, id est, prævalentiam aliarum mercium, quodque impletis propriis fœneratoribus superfuuum est, *la plus value*: quæritur autem nave propria perempta intra tricesimum diem cum mercibus, ex quibus si non periissent, totum debitum Titius servare potuit, an Titius jure pignoris regressum habeat ad aliarum mercium aliis navibus impositarum ὑπεροχῆ? Et Paulus ait, regulariter pignorum majore casu amissorum, periculum ad debitorem quasi dominum pertinere, & ad fidejussorem ejus quali obtinentem ejus locum, *l. 53. de fidejuss. l. pignus, C. de pigner. act.* Sed in specie proposita, quia fœnerator pecuniæ nauticæ fortunam, & periculum in se suscepit intra præfinitum diem, nave amissa intra eum diem, ei perire pecuniam, atque adeo perimi principalem obligationem creditæ pecuniæ, quali defecta conditione obligationis, & consequenter perimi obligationem pignorum omnium, etiam eorum, quæ non sunt amissa, id est, obligationem hyperochæ aliarum mercium aliis navibus impositarum, quæ salvæ manserunt; quum principalis obligatio non consistit, nec pigneratitiam, quæ sequitur, & accedit locum habere. Et secundum hæc recte concludit, non aliter Lucium Titium posse admitti ad persecutionem hyperochæ jure pignoris, quam si exstiterit conditio principalis obligationis, nave salva in portum delata, non si defecerit conditio nave amissa intra præfinitum diem, quia omnis obligatio perimitur: ut contra nave salva omnis obligatio manet. Ponit 4. casus, quibus solis integra est fœneratori persecutio hyperochæ, jure hypothecæ. Primus est, si exstiterit conditio principalis obligationis, nave intra diem salva delata in portum. Secundus casus hic est, si navis alio casu perierit, quam quem in se Titius recepit. Fac recepit casum naufragii, & subito incendio exustam esse navem cum mercibus pigneratis, hoc etiam casu perit navis, perit pecunia, perire merces navi impositæ debitori, creditori integra est principalis obligatio, atque etiam obligatio hyperochæ cæterarum mercium. Tertius casus est, si nave salva delata in portum, debitor vili pretio vendiderit merces proprio fœneratori pigneratas, quæ in propriam navem impositæ erant, si eas vendiderit minore pretio, quam sit in toto debito. Nam id quod plus est in debito, manet in obligatione principali, *l. creditor, de rebus creditis.* Et id sibi cre-

creditor jure hypothecæ ex hyperocha servare potest. Quartus est, si navis perierit post diem periculo præfinitum, quia & hoc casu principalis obligatio manet; ergo etiam obligatio hyperochæ pignoratitia.

Ad L. XIX. de Op. no. nuntiat. Sciendum est, denegata executione operis novi, nihilominus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem prætor denegat.

Hæc l. ostendit eum, qui nuntiavit novum opus ædificanti, qui prohibuit molientem ædificare, ne ædificaret temere, ei denegata postea executione novi operis, veluti vicino satisfaciente de opere restituendo, quod fecerit, si forte id eum non jure fecisse pronuntiatum postea fuerit, l. prætor ait, §. 1. & l. stipul. §. 1. hoc tit. vel etiam procuratori denegata executione novi operis, qui nuntiaverat no-

vum opus, & à vicino, cui nuntiatum erat, oblata satisfactio de opere restituendo, conventus procurator interdicto, ne vis fiat ædificanti, non satisfecit judicatum solvi. Quam ob causam procuratori denegatur persecutio nuntiationis novi operis, la poursuite, l. 7. hoc tit. denegata, inquam, executione novi operis. Et cui denegata est integras esse legitimas actiones, id est, civiles actiones de servitutibus, quibus intendat, vicino non esse jus ædificandi: ut & denegata statim ab initio novi operis nuntiatione, ut fit à prætore ex certis causis, veluti si quis rivum reficere, vel cloacham purgare velit: vel si dilatio operis periculum allatum sit, l. 5. §. si quis rivus, hoc tit. denegata ergo statim ab initio nuntiatione novi operis, & prohibita edicto prætoris, ei, cui denegatur integram manere actionem in rem confessoriam, vel negatoriam. Et ita est proditum nominatum in l. pen. §. pen. de rivis. Unde sic concludamus: denegato uno jure, non videri etiam denegatum aliud: denegata una actione, non videri denegatam aliam actionem.

Benedictio, & gloria, & sapientia, & gratiarum actio, & honor, & virtus, & fortitudo
Deo nostro in sæcula sæculorum, Amen.



JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES.

AD HERENNIJ MODESTINI
DIFFERENTIARUM
LIBROS NOVE M.

Anno 1587.

AD LIBRUM PRIMUM.

Ad L. XL. de Adoption. & emancipat. & aliis mod. quib. patria pot. solvit. Adrogato paterfamilias, liberi, qui in ejus erant potestate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur: simulque cum suo patre in ejus recidunt potestatem: quod non similiter in adoptione contingit: nam nepotes ex eo in avi naturalis retinentur potestate.

Ad §. Non tantum cum quis adoptat, sed & cum adrogat, major esse debet eo, quem sibi per adrogationem, vel per adoptionem filium facit. Et utique plena pubertate, id est, decem & octo annis eum præcedere debet.

Ad §. Spado adrogando, suum heredem sibi adsciscere potest: nec ei corporale vium impedimento est.

B civili differentia introductæ sunt, non inter res tantum, sed & inter personas, atque inter actiones, & judicia, quæ Modest. his 9. libr. persecutus est. Et primo quidem libro differentiam, quæ est inter adoptionem, & arrogationem, quarum una proponitur in l. 40. de adopt. quæ est ex hoc libro primo. Adrogari paterfam. id est, eum, qui sui est juris, vel potestatis, principis auctoritate, adoptari autem filiumfam. patre, qui eum habet in potestate, eum dante in adoptionem imperio magistratus. Et adrogati quidem filios transire una cum adrogato in familiam, & domum adrogatoris, in familiam adrogantium filios, tanquam nepotes adrogatoris ex filio; atque adeo non tantum eum, qui adrogatur, sed etiam filios ejus capite minui: nam mutant familiam: adoptati autem filios, quum scilicet pater dat in adoptionem, manere in potestate avi naturalis, qui filium suum dedit in adoptionem, nec transire in familiam adoptatoris, sed remanere in potestate avi naturalis: quandoquidem eos retinuit in potestate, & solum filium dedit in adoptionem: ergo adoptati filios capite non minui, id potissimum ostendit l. 2. §. ult. & l. 15. h. t. quia scilicet non mutant familiam. Mutatio familiaris capitis deminutio est. Avo autem naturali mortuo, quod not. Gl. filios adoptati recidere in potestatem adoptatoris, Gl. perperam, adoptatoris, pro adrogatoris. Id vero omnino falsum est, & plane circumscribenda illa glossa, quia morte avi naturalis, nepos, quem retinuit avus in potestate, filio dato in adoptionem, plane sui

Dddd

ju



ODESTINUS Lib. IX. differentiarum exposuit omnes differentias, quæ jure civili introductæ sunt inter res negotiæ civilis, & inter personas: adeo ut pervenerit ad patrem, & filium, & docuerit hæc libris, quid distet pater à matre, quid filius à patre, quæ diligentia & nos accuratissimos reddere debet in jure, vel discendo, vel docendo, ne vel minimum quidquam omitamus unquam. Si quid scriptum sit de filia, ne temere id trahamus ad filium, & sic de similibus. Multæ enim jure

Tom. II. Post.

juris sit : nec enim potest recidere in potestatem patris sui naturalis, qui non est suæ potestatis : qui est in potestate aliena, non potest habere filium in potestate. Denique non potest filius ejus recidere in ejus potestatem, l. 21. ad leg. Jul. de adult. Ergo nec recidere potest in potestatem adoptatoris, id est, ejus, qui patrem adoptavit. Quod adeo verum est, ut nec si postea filius à patre in adoptionem datus, nepote ex eo filio retento in potestate, soluta adoptione per emancipationem reciderit in potestatem patris naturalis, forte per adoptionem, mortuo avo nepos possit recidere in patris sui potestatem, idque ostendit l. 41. seq. Non est dubium, quin & alias hoc libro differentias Modestini adjecerit, quæ intercedunt inter adoptionem, & adrogationem; veluti in adrogatione exiguntur consensus solius patrisfam. qui se dat adrogandum. In adoptione autem non tantum consensus patris, qui filiumfam. dat in adoptionem, requiri, sed etiam filii, ne invitatus mutet familiam, quod ostendit l. 5. b. t. Idem adrogationem fieri causa cognita, non temere, non profuse. Adoptionem, patre scilicet rem peragente fieri sine causæ cognitione, l. 15. §. ult. b. t. quod & Gellius ostendit lib. 5. c. 19. Item ante constitutionem Antonini, qui permisit adrogationem impuberis patrisfam. impuberem adrogari non potuisse, ne causa quidem cognita, quod Ulp. docet lib. sing. reg. tit. de adopt. Adoptari autem potuisse dante patre in adoptionem, etiam infantem, l. 42. b. t. ita, quantum fieri poterit, quæ defuncti Modestini semper supplebimus, quæ semper verisimile erit eum non præterisse. Verum maxime notandum est, his libris eum non tantum exposuisse differentias, quæ essent inter hanc rem, vel illam, vel actionem, vel personam, sed etiam quæ essent inter easdem res communia, eum eadem saliva, eadem manu explicasse, ut ex hac lege apparet: in qua subjiciuntur, quæ sunt communia inter adop. & adrogat. ut puta adrogatorem, vel adoptatorem, eo quem sibi filium sumit, quem sibi filium asserit ætate majorem, annis saltem 18. esse debere; ut si velit adoptare, vel adrogare juvenem 20. annor. ipsum attigisse jam debere 38. annos. Debet enim adoptio imitari naturam, quæ & imago naturæ dicitur in l. filia, de lib. & post. debet igitur adoptator major esse adoptato: portentum esset, si minor esset pater filio: nec fictiones recipiuntur in jure portentosæ, & alienæ à rerum natura: Obiterque notat hoc loco Modestini. illum numerum 18. ann. quo adoptator, vel adrogator superare debet ætatem adoptati, vel adrogati conficere plenam pubertatem, ἀξιορὰ τῶν ἠβύλων, ut loquitur Arrianus in Indicis: pubertatem conficere annos 14. in maribus plenam pubertatem 18. ann. illa ætate 14. ann. non omnes re ipsa pubescere, id est, non omnes induere lanuginem illam: hac vero ætate 18. ann. neminem esse, qui non pubescat: qui tardius pubescit, vel hac ætate ad extremum pubescit. Item commune hoc esse utriusque adoptionis, quod spadones adrogare, vel adoptare sibi filium possunt, quamvis generare vix possint propter illud corporale vitium, quo affecti sunt, quodque illis dat spadonem nomen. Spado, inquit, heredem sibi adsciscere potest adrogando, nec ei corporale vitium impedimento est, subintellige adoptando, ex l. 2. sup. Et suum heredem, inquit, adsciscere. Potest adoptio esse sui heredis assumptio. Castratus vero idem non potest, id est, cui verecundior illa pars penitus abest. Et varietatis ratio est in promptu, quia fictiones juris, quam minime fieri potest, à natura recedere debent, l. confessionibus, §. 1. de interr. in jur. sac. Et adoptio nihil aliud est, quam fictio juris. Adoptatus fictitius filius, à qua fictione longe recedit, si adoptat is, cui pars illa penitus deest, veluti castratus: parum vero, aut prope nihil à natura recedit is, qui parte illa, quamvis non valet admodum, non caret tamen, ut est spado: & hæc sufficiunt ad hanc legem. Docuit etiam hoc lib. differentiam causarum, & negotiorum, quæ geruntur à pupillis.

Ad L. XXXVIII. de Pigneratitia actione, vel contra. Pupillo capienti pignus propter metum pigneratitiæ actionis necessaria est tutoris auctoritas.

Ad L. XI. de Fideicom. libert. Ex causa fideicommissi servo li-

bertatem dare sine tutoris auctoritate pupillus non potest.

Hæc differentia ex eo nascitur, quod in aliis causis pupillis sit necessaria tutoris auctoritas, in aliis non item. Harum scilicet causarum discrimina hoc libro Modestini executus est, quod enarrabo quam brevissime fieri poterit. Si quid pupillus, qui ejus ætatis est, ut intellectum capiat, stipuletur sibi dari, non est necessaria tutoris auctoritas, & generaliter alium sibi potest pupillus obligare sine tutoris auctoritate. Item dominium, aut possessionem rerum alienarum, jure legitimo acquirere potest sine tutoris auctoritate, l. obligari 9. de auct. tut. l. pupillus, de acqu. rer. dom. l. 1. §. 3. l. quamvis 32. §. ult. de acq. poss. non est etiam pupillis, suis heredibus, aut necessariis ad acquirendam hereditatem necessaria tutoris auctoritas, quia ipso jure heredes existunt, etiam inviti; & invitis tutoribus, & æri alieno defuncti inviti obligantur, etiam si solvendo non sit hereditas. Sed beneficio prætoris se abstinere possunt sui heredes, l. 8. de acquir. hered. & eleganter Paulus 4. Sentent. apud Licinium Ruf. In suis heredibus, inquit, adeo ad mortem testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur, ut nec tutoris auctoritas pupillo sit necessaria, nec si forte solvendo non sit hereditas: Sic legendum, quamvis se abstinere possint. Et hæc quidem sunt causæ, in quibus pupillis necessaria non est tutoris auctoritas: aliæ sunt causæ, & multo plures, in quibus omnino est necessaria tutoris auctoritas, puta, si quid alienet de suo, venditionis genere, vel quocunque alio modo, veluti pecuniam, mutuum dando, vel solvendo pecuniam debitam. Nam & mutuum, & solutio species alienationis sunt. Et nullæ quidem hæc alienationes sunt, si fiant à pupillo, non adhibita tutoris auctoritate, d. l. obligari. Item si servos suos manumittat, necessaria est tut. auctoritas: nam & manumissio quasi alienatio est, d. l. obligari, l. alienatio. §. qui fideicommissario, de fideicom. lib. l. ult. C. de reb. al. non al. nec tamen proprie alienatio est. Ubi enim dominium, quod manumissione transferatur in alium? Alienatio est proprie domini translatio. Itaque manumissio proprie alienatio non est, l. prospexit 12. qui, & à quib. manum. Et ab alienatione quoque frequentissime in jure separatur manumissio. Sed idem plerumque jus obtinet in utraque, l. ex judiciorum 20. de accus. l. ult. C. ad l. Jul. majest. l. 3. §. sed quia, C. com. de leg. l. 9. C. de usus. tantum autem abest, ut pupillus servum suum ultro sua sponte manumittere possit sine tutoris auctoritate, ut nec pupillus heres institutus à locupletissimo quodam homine, & ab eo rogatus servulum forte suum manumittere suum, nec ex causa fideicommissi eum manumittere possit sine tutoris auctoritate, l. cum quasi 30. §. si vero pupillus, de fideicom. lib. quod & iis de causis hoc libro tractans Modestini. quæ desiderant tutoris auctoritatem, cum à pupillo peraguntur, scripsit hoc ipso lib. in l. 11. de fideicom. lib. quam proxime explicabimus. Hujus legis verba sunt brevissima, ut sunt fere omnes leges sumptæ ex his libris perbreves. Ex causa, inquit, fideicommissi servo libertatem dare sine tutoris auctoritate pupillus non potest. Causa est, quia etiam si manumissor libertum habiturus sit, & jura patronatus in eo, atque etiam si non gratuitam, sed debitam libertatem præstet ex causa fideicommissi in l. 1. C. de libert. & eorum lib. tamen non jure eam præstat sine tutoris auctoritate, non jure solvit debitam libertatem, sicut nec debitam pecuniam solvit recte sine tut. auctoritate. Et huic sententiæ Modestini d. l. 11. locus est indistincte, sive servum proprium, sive hereditarium pupillus heres institutus, rogatus sit manumittere: quia adita hereditate, dominium hereditarii servi adipiscitur. Eadem igitur, & in eo ratio intervenit, ut & eum, quasi servum proprium cum effectu alienare manumittendo non possit sine tutoris auctoritate. Ratio est aperte. Itaque Gl. male hoc loco aliud statuendum esse ait in servo hereditario. Quid si rogatus sit manumittere servum alienum, non suum, vel hereditarium? Et hoc quoque casu dico necessariam esse tutoris auctoritatem, quia non possit servum alienum manumittere, nisi eum redemerit à domino, atque emere non potest sine tutoris auctori-

toritate, sicut nec quodcunque aliud negotium civile gerere, ex quo mutua nascatur obligatio, & ubi redemerit, & acceperit, ac proinde acquisierit dominium ejus, etiam eum quasi jam proprium effectum, consequens est, ut non possit manumittere sine tutoris auctoritate. Iis addamus necessariam quoque esse tutoris auctoritatem, si pupillus se quoquo modo obliget alii, vel stipulanti promittendo, vel ex his causis, ex quibus ultro citroque obligatio nascitur; veluti empt. vend. locatione conduct. mandato, deposito, §. 1. *Instit. de auctor. tutor.* ex quibus quidem causis mutue obligationes nascuntur ultro citroque. Etiam hoc libro Modestini. adjunxisse, cum his de causis tractaret, pignus, constat ex l. 38. *de pign. act.* cujus verba hæc sunt: *Pupillo capienti pignus propter metum pigneratitiae actionis, necessaria est tutoris auctoritas.* Et merito conjungi debet eum d. l. 1. 1. Pignus igitur recte adjungit superioribus contractibus, ex quibus mutua obligatio nascitur: nam ex causa pignoris traditi creditori, soluta omni pecunia debita, ultro citroque nascitur actio pignerat. directa, quæ debitori competit, qui solvit omnem pecuniam, quam debuit, ut pignus recipiatur, vel quanti interest: & pigner. contraria, quæ creditori competit, ut recipiat impensas, si quas fecerit in rem pigneratam; & ideo propter metum pigneratitiae actionis directæ, qua quandoque pupillus, si pignus acceperit, obligaretur soluta omni pecunia, id genus pignoris ideo contrahere non potest sine tutoris auctoritate: quin etiam solvi pecunia debita non potest, nisi tutore auctore: alioqui debitor, qui solvit, non liberatur, l. 15. *de solut.* Illud etiam constat, necessariam esse pupillis ab extraneo heredibus institutis, heredibus voluntariis, necessariam, inquam, esse in adeunda hereditate tutoris auctoritatem, itemque in petenda bonorum possessione, & in accipienda hereditate fideicommissaria ex SC. Trebell. d. l. *obligari*, & l. *si ad pupillum, eod. tit.* quia & his modis, puta adeundo hereditatem, petendo possessionem defuncti, recipiendo fideicommissariam hereditatem, obligat se creditoribus hereditariis, vel in assem, vel in dodrantem, si sint fideicommissarii Trebelliani. Item se obligant legatariis, & fideicommissariis, quasi ex contractu, l. 3. §. *ult. quib. ex causis in poss. eatur, l. non enim, ad Trebell. l. pen. in fi. de separat.* Quare etiam pupilli iudicio experiri non possunt sine tutoris auctoritate, quia & lis contrahi dicitur, id est, iudicio accepto quasi contrahimus, & obligamur: hoc est, quod dicitur, pupilli non esse justam, vel legitimam personam, ut possit stare in iudicio sine tutoris auctoritate, l. 1. & 2. *C. qui legit. pers. habent standi in jud.*

Ad L. III. de Vulg. & pupil. substit. *Cum filio impuberi pater ita substituerit, Quisquis mihi heres erit, idem filio impuberi heres esto: placuit ad hanc substitutionem scriptos tantummodo ad hereditatem admitti. Itaque dominus, cui per servum hereditatis portio quaesita sit, ex substitutione impuberi heres effici non poterit, si servus ab ejus exierit potestate.*

Hæc lex argumentum præbet existimandi hoc quoque libro docuisse Modest. differentias inter substitutionem pupillarem factam filio impuberi nominatim, nempe hoc modo: *Titius filio meo impuberi heres esto, si moriatur, antequam in suam tutelam veniat*, vel: *Titius & Cajus, & Sejus heredes mei, filio quoque meo impuberi heredes sunt*: & substitutionem pupillarem factam non quidem nominatim, sed generaliter, his verbis: *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto.* Inter has duas, inquam, formas, sive species substitutionis pupillaris, hoc potissimum interesse, quod ex posteriori forma, *Quisquis mihi heres erit*, vocantur, non unus tantum ex heredibus, si pater plures sibi heredes scripserit, quamvis dixerit, *quisquis heres*, non *quicumque heredes*, sed vocantur omnes heredes, ut l. *si plures, de leg. 3. l. 4. §. ult. de leg. 1.* Omnes, inquam, heredes, quos sibi pater testamento heredes scripsit, & qui etiam (quod omnino necessarium est, quod formula substitutionis demonstrat) patri ex testamento heredes existerunt. Et hi quidem tantummodo ex hac substitutione vocantur, filio moriente intra pubertatem, qui patri ex testamento directo, & principaliter

Tom. II. Post.

heredes existerunt, non etiam si qui per eos jure potestatis hereditatem paternam acquisiverunt, non qui per eos heredes effecti sunt, ut si filiumfam. aut servum alienum sibi pater heredem scripserit, & filio impuberi forte exheredato, aut ex parte heredi instituto, ita substituerit: *Quisquis mihi heres erit, idem quoque filio meo impuberi heres esto*: non nominatis heredibus suis, mortuo filio intra pubertatem, ad substitutionem vocatur non pater, aut dominus heredis scripti, cui acquisita est hereditas, quia de illo non sensit testator, ut heres esset filii impuberis, sed vocatur filius, aut servus, qui heres scriptus est directo, videlicet, si pendente casu substitutionis exierit de potestate patris, vel domini: nam si manserit in ejus potestate, & ex substitutione proculdubio patri, vel domino acquireretur per filium, aut servum hereditas pupillaris. Et ita ex hoc lib. Modestini. est relatum in hac l. 3. & confirmatur l. *qui liberis* 8. §. *ult. inf. hoc tit. & §. substituitur, Instit. de pupill. subst.* Unde etiam Modestino addendum est, pluribus heredibus ex diversis portionibus à patre heredibus scriptis, si pater ita substituerit: *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto*: eos, qui patri heredes existerunt ex testamento, ex substitutione eas partes habituros, quas habuerunt ex institutione: vel, quod idem est, ex testamento pupillari, eos eas partes habituros, quas habuerunt ex testamento paterno. Ex paterno habuerunt diversas, & inæquales: ergo etiam ex testamento pupillari habebunt diversas & inæquales. Et hæc de hac posteriori forma substitutionis. *Quisquis mihi heres, &c.* Priori autem modo, quod Modestini. non omiserat, id est, nominatim facta substitutione pupillari: exempli gratia. *Si filius meus intra pubertatem moriatur, Titius ei heres esto*: vel, *Titius, & Cajus, & Sejus ei heredes sunt*. Mortuo filio intra pubertatem, atque ita exstante casu substitutionis, Titius solus, si solus sit substitutus, vel Titius, & Cajus, Sejus ad substitutionem admittuntur, etiam si patri heredes non existerint, & indistincte, sive eos pater sibi heredes scripserit, sive non, modo tamen patri aliquis heres existerit, alioquin destitit desertove testamento paterno, corrumpit pupillare testamentum, id est, substitutio pupillaris. Hæc differentia etiam expresse proponitur ab Ulpiano in d. l. *qui liberis, in principio, hoc tit.* nimirum, hanc substitutionem, quæ fit nominatim, esse puram: illam, quæ fit generaliter, *Quisquis mihi heres erit*, esse conditionalem: habere enim in se conditionem, si heres erit: magna est differentia. Et tamen quod quis posset objicere, legatum, aut fideicommissum ita relictum: *Quisquis mihi heres erit, Titio centum dare damnas esto*, non est conditionale, l. 3. *de legat. 1.* quæ conjungenda est cum d. l. *qui liberis*, quatenus sunt ex eodem auctore, & lib. Cur vero tam diverse in substitutione, & legato? Legatum non est conditionale: substitutio est conditionalis: nempe quia in legato conditio illa, *Si heres erit*, tacite inest, & satis intelligitur ab omnibus, etiam si non exprimitur: nec enim potest valere legatum, si heres non existerit is, à quo legatum relictum est: hæc conditio, quæ tacite inest, nec proprie ex scriptura testamenti venit, quæ alioqui ex scriptura testamenti non veniret, conditio, inquam, quæ tacite inest, non facit legatum conditionale, aut institutionem, aut substitutionem non facit conditionalem, l. *conditiones, de condit. & demonstr. l. 6. §. pen. quando dies leg. ced.* In substitutione autem pupillari conditio illa, *si heres erit*, quæ inest his verbis: *Quisquis mihi heres erit*, non inest tacite. Est igitur vere conditio, quia etiam si substitutus patri heres non existerit filio impuberi, heres esse potest, alio patri herede existente, videlicet si conditio illa substitutioni non sit adscripta. Plane igitur substitutio illa conditionem facit, at quæ facta est nominatim substitutio pupillaris pura est, atque proinde ex ea vocatur etiam qui non est heres scriptus à patre, quique heres scriptus repudiavit hereditatem patris, nec heres patri existit. Addenda est alia differentia inter hæc duo genera substitutionis. Si plures sint heredes scripti à patre ex diversis portionibus, & substituti sint generaliter his verbis: *Quisquis mihi heres erit*, ex substitutione, si patri heredes existerint, easdem partes ferent, quas tulerunt ex institutione. At si nominatim facta fuerit substitutio,

D d d d 2

tutio,

tatio, veluti: *Titius, & Cajus, & Sejus*, quos sibi pater heredes fecit, filio meo impuberi heredes sunt, ex substitutione habituri sunt non easdem partes, quas ex institutione tulerunt, ex testamento paterno, sed æquales partes: quia enumeratio illa personarum, *Titius, & Cajus, & Sejus*, eos exæquat invicem, *l. turpia, §. ult. de leg. 1. & l. si heredes, de leg. 1. l. nonnunquam, ad Trebell. lita liber, in fin. de statulib.* Et ratio differentiarum, cur ex substitutione generaliter concepta ferant substituti inæquales partes, quia etiam inæquales tulerunt ex institutione. Substitutione autem facta nominatim, cur ferant æquales, viriles, personales, ut loquitur, hoc est primum heredum personas cum enumerare, qui eorum nomina exprimit: non possunt personæ enumerari, nisi expressis nominibus propriis, quæ nominum designatio demonstrat testatorem inter eos fieri velle personales, & viriles portiones. Personarum enumeratio hunc habet effectum, ut faciat inter eos etiam personales portiones: at qui personas non enumerat, non nominat: ut qui heredes dicit, non demonstrat personas ipsas, quia nomina subicit, sed qualitatem personarum tantum, pro cuiuscumque qualitatis ratione videtur inter eos partes fieri velle, id est, pro rata partium, ex quibus scripti sunt.

Ad L. XXII. de Pœnis. In metallum damnati, si valetudine, aut ætatis infirmitate inutiles operi faciundo deprehendantur, ex rescripto Divi Pii à præside dimitti poterunt, qui æstimabit de his dimittendis: si modo vel cognatos, vel adfines habeant, & non minus decem annis pœna sua functi fuerint.

Hoc quoque libro Modestinus docuit quid distaret damnatio in metallum à damnatione ad gladium. Est quidem utraque damnatio capitis deminutio maxima, quia damnati servi fiunt pœnæ. Sed hoc interest, quod damnati in metallum, ut ostendit in hac l. 2. quandoque jussu præsidum, aut procoff. pœna solvi, & liberari possunt, ut puta, si adversa valetudine fontica, vel ætatis infirmitate operi metallico faciundo inutiles sint, maxime, ut ait, *si cognatos, vel affines habeant*. Quorsum hoc? possunt, inquit, dimitti, & pœna solvi, si cognatos, vel adfines habeant, à quibus scilicet alantur, ut recte Græci interpretantur, *διὰ τὸ ἔχειν συγγενῶν τρέφειν*: alioqui satius est eos non dimitti, ut à reipublica alantur, & in alia reipublicæ ministeria, quæ possint sufferri, quæ sint leviora transferri. Gl. male hoc loco hæc verba sic accipit, *si cognatos, vel affines habeant*, qui scilicet de illis dimittendis cum præside agant per libellum, ac si non possint ipsi, qui damnati sunt in metallum, per se præsidi libellum dare. Sane possunt, & ipsi. Nec igitur desiderat operam cognatorum, vel affinium ea in re. Non possunt quidem ipsi, qui in metallum damnati sunt Principi libellum dare, præsidi possunt: ad Principem eis non patet aditus, qui servi sunt pœnæ, vel qui sunt peregrini: ii non possunt libellum Principi dare, *l. 7. §. relegatum, de interd. & releg.* Quæ cum hoc dat specialiter relegato, ut possit principi libellum offerre, denegare videtur servo, & peregrino, veluti damnato in metallum, vel deportato in insulam, qui per se non possunt Principi libellum dare, nec eorum nomine per cognatos vel affines, quod per se non possunt, non poterunt per cognatos, vel affines, *l. quod aufertur, §. quod autem, de iure fisci, l. 2. §. 1. de administrat. rer. ad civit. pert. & l. queritur, de bonis libert.* Additur ergo in h. l. hic modus, hæcve determinatio, ut ita demum possint ex causa dimitti jussu præsidum, qui damnati sunt in metallum, *si cognatos, vel affines habeant, ad quos se recipiant*. Additur etiam alius modus, *si non minus, quam decem annis pœna sua functi sunt*, hi possunt dimitti ex causa non intra decennium, aut vix intra decennium: nam possunt quidam, & qui cognatos, vel affines non habent, ad quos dimissi se recipiant, dimitti, & exponi publicæ misericordiæ, & similiter quoque possunt intra decem annos dimitti ex iustissima causa, si ita præsidi videatur, quod & Trajani rescriptum ad Plinium demonstrat, dum jubet intra decem annos damnatos, nec ullo idoneo auctore liberatos, pœnæ suæ reddi. Senes autem, (quod maxime huc facit) ante decem annos damnatos, pœna metalli solvi, & distribui, inquit, Trajanus in ea mi-

nisteria, quæ non longe à pœna sint, velut ad balineum, ad balinei calefactionem, vel ad purgationes cloacarum, vel ad munitiones viarum: sed consultius erit, non aliter eos liberari, quam si habeant, ad quos se recipiant, & decennium quoque in opere metallico fecerint, quam decennii præscriptionem servari etiam l. 23. ostendit: *Cum quis per imperitiam à iudice in metallum damnatus est, nullo præfinito tempore certo*. Namque huic præfinitum videtur decennii tempus, quod tamen annotandum est, non servari in servo, qui sententia iudicis sub pœna vinculorum domino reddi iussus est: hic enim perpetuo vincus esse debet, atque adeo si manumittatur, deditiorum numero habetur, *l. 10. C. de pœn.* Illud etiam notandum est, ex hac l. 22. damnatos in metallum propter fonticum morbum, vel propter senium ætatis, pœna liberari jussu præsidum, nec necesse esse ob eam rem adire principem, quod & Plinius in epist. ad Trajan. ostendit: *In opus damnatos, vel in ludum, deprecantes dimissos jussu procoff. legatorumque.* (Cæsaris) *qui sunt præsides provinciarum, l. pen. de offic. præsi.* Neque vero huic sententiæ, qua dicimus, *eos posse dimitti jussu præsidis, nec requiri auctoritatem principis*, obstat l. Divi 27. *inf. hoc tit.* quam objicit Gl. quia ea l. non est de iis, quos præsides ad pœnam damnaverunt, & qui jam amplius eam pœnam sufferre non possunt, quos, ut dixi, liberare præsides possunt, sed loquitur eam lex de innocentibus, quos præsides condemnaverunt: vel, quod eis deficerent probationes, quibus purgarent innocentiam suam, vel, quod ipsi stulte de se confiterentur, & mentirentur: quorum pœnam præses semel prolata sententia, tollere, aut minuere non potest. Esset exemplo perniciosum, si iudex quam protulit sententiam, revocare posset. Igitur hoc casu necesse est adire principem, ut ipse mutet sententiam, quam qui dixit, non potest mutare, jam semel functus suo officio. Idque etiam ostendit *lex 1. §. ult. de quæst. Gl. male*, ut respondeat, ait *leg. Divi 25.* loqui de exulibus, quæ nullum in se habet. De exulibus merito condemnatis, quæ est aperte scripta de immerito condemnatis, & de innocentibus, & non de exulibus, sed generaliter de omnibus iis, qui tanquam innocentes aliqua pœna affecti sunt. Verum explicanda est differentia, quam initio proposui, & esse dixi inter damnatos ad metallum, & damnatos ad gladium, ad quam etiam respexit Modestinus. Levior est pœna metalli, quam gladii: nam metallici, ut docui, quandoque dimitti possunt, & absolvi, nec in ipsa pœna, vel per ipsam pœnam gladio unquam consumuntur, sed tamdiu vivunt, quamdiu natura patitur. Damnati autem ad gladium, nunquam dimittuntur: imo intra annum consumendi sunt. Paul. 5. Sentent. tit. 17. *Sane, inquit, qui ad gladium dantur, intra annum consumendi sunt*. Ulpianus apud Ruf. de abigeis: *Ad gladium, inquit, damnati, ut depugnent in arena, confestim consumuntur, vel certe intra annum debent consumi*. Longe igitur gravior est gladii, quam metalli pœna. Huic tamen sententiæ non obstat rescriptum D. Hadriani ad consilium Bœticæ provinciæ, cujus pars extat in l. 1. de abig. Et integrum apud eundem Licinium, quo Hadrianus jubet abigeos ad gladium damnari, quod in Licinio sic est ad verbum: *Si quis tam notum, aut tam gravis in abigendo fuerit, ut prius ex hoc crimine aliqua pœna affectus sit, hunc in metallum dari, quasi scilicet metalli pœna sit gravior, quandoquidem exasperanda est pœna in eos, qui puniti semel in idem crimen relabuntur, l. capitalium 28. §. solent, de pœnis*, qui, ut eleganter ait l. 3. in fi. C. de episcop. audient. impunitatem veteris admissi non emendationi potius, quam consuetudini deputaverunt, & l. 10. C. Theodos. de indulgen. crimin. indignum esse humanitate eum, qui post damnationem commisit in legem, cujus etiam pudore à quodam Philosopho comparatur vesti, quæ quanto obsoletior est, tanto incuriosius habetur. Verum ad illud rescriptum Hadriani, quo videtur graviores facere metalli pœnam, quam gladii, ita respondetur ab Ulp. in illo rescripto, *necessario pœnam gladii non esse accipiendam pro pœna ad gladium, vel ferrum, sed pœna pro ludo gladiatorio, quam mitiorem esse docet, quam ad metallum, & ad gladium*. Quam pœnarum differentiam ex hoc libro & Mode-

Mode-

Modestinum prodidisse credibile est, puta, id interesse inter pœnam ad gladium, & pœnam ad ludum gladiatorium, qua pœna qui affecti sunt, ut Ulpianus ibi docet, post quinquennium quandoque præmiis, vel rude donantur, si fortiter se gesserint in ludo gladiatorio, & dimittuntur. Credibile etiam est, Modestinum hoc ipso libro tradidisse differentiam inter eos, qui damnati sunt in metallum, & eos, qui in opus metalli, quæ differentia consistit in vinculis: nam damnati in metallum gravioribus vinculis premuntur, damnati in opus metalli, levioribus. Et in eo etiam, quod refugæ ex opere metalli, id est, qui disruptis vinculis aufugerunt, ut gravius reperti coercentur, damnantur in metallum: refugæ autem ex metallo, summo supplicio afficiuntur, & hoc ostenditur in l. aut damnum 8. §. inter eos, l. capitalium 28. §. in exsulibus, in fi. hoc tit. nec erat hæc metallicis, sive quibuscumque aliis hominibus, qui essent in vinculis, admodum difficile vincula rumpere, quoniam legimus apud Chryf. epist. 9. Ferrum aqua mollescere, mollescere, ac deinde facillime ictu lapidis frangi, & est plane similis locus apud Sophoclem: Βασις εὐδύστος, &c. Fragiles intinctione aquæ, perinde ac ferrum. Credibile est etiam Modestinum exposuisse, multum distare deportatos à relegatis, quod traditur in l. 7. §. hæc est differentia. de interd. & relegat. Reos in insulam relegari ad tempus, vel in perpetuum: in insulam deportari semper in perpetuum. Relegatos capite non minui, ideoque civitatem Rom. & libertatem retinere, & patriam potestatem, & agnationem, & connubium, & testamenti factionem, tam activam, quam passivam, & omnia denique jura civium Romanorum, & liberorum hominum, quæ omnia deportati amittunt: quia ad peregrinitatem rediguntur, atque ita mediam subeunt capitis deminutionem: ad tempus relegati, neque tota bona, neque partem bonorum amittunt: deportati amittunt omnia bona. Et eleganter l. ult. §. ult. C. de sentent. pass. ipsum per se nomen deportationis, omnium bonorum spoliationem esse, præfides provinciales in insulam relegare posse, non etiam deportare, l. 6. §. 1. l. 7. §. 1. de interd. & relegat. Notavi etiam paulo supra aliam differentiam: relegatum libellum posse dare principi, deportatum non item.



JACOBI CUJACIJ J. C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. II. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. XXIII. depositi, Vel contra. *Actioe depositi conventus, seruo constituto, cibariorum nomine apud eundem judicem utiliter experitur.*

DOCUIT hoc libro Modestinus inter depositum, & commodatum hoc in primis distare, ut est relatum apud Licinium Ruf. ex hoc ipso lib. tit. *depos. & commod.* quod iudicio commodati conventus, non tantum dolum, sed etiam culpam præstare cogitur, id est, desidiam, negligentiam, si negligentia ejus res commodata deterior facta fuerit, qui autem convenitur iudicio depositi, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est: adducta ratione differentiarum: quia in commodato plerumque solius commodatarii utilitas vertitur, l. 5. §. 2. *Commod.* vel certe utriusque, commodantis & commodatarii, ut in specie l. in rebus, eod. tit. Si ego & tu communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam susceperis, ego roganti tibi vasa mea argentea commodavero, commodatum hoc casu contrahitur utriusque causa, & utroque casu, sive in commodato vertatur solius commodatarii utilitas, sive utriusque: placeat commodatarium non tantum doli, sed etiam culpæ, sive negligentiarum rationem reddere, & præstare debere iudicio commodati. Nam & fiduciæ, id est, pigneratio iudicio, & in actione rei uxoriæ, & in actione ex empto vendito, ex locato conducto, & act. pro socio, dolus, &

culpa deducitur: quia utriusque contrahentis utilitas vertitur in his negotiis omnibus: at in deposito solius depositoris: cuius interest rem suam esse salvam, utilitas intervenit, non depositarii: & ideo satis abundeque depositori esse debet, si depositarius in ea re nihil dolo malo faciat, & si postulante quoque depositore, juret sese nihil in hac re dolo fecisse: quod omnino exigitur in lege DEI, Exodi 22. Satis igitur esse depositori, cuius solius utilitas intervenit, si depositarius præstet dolum, non etiam culpam, levem scilicet aut levissimam: nam lata culpa dolus est, id est, remissior nimis culpa. Hæc est ratio differentiarum inter depositum, & commodatum, cæterosque contractus, in quibus, ut in commodato, & dolus & culpa venit, quod non solius dantis gratia contrahatur, vel solius accipientis, sed utriusque. Depositum autem contrahitur dantis gratia non accipientis, non utriusque, quia de re omni sunt notissimi loci in jure, l. 5. §. nunc videndum, sup. comm. l. contractus, de reg. jur. Verum hæc ratio, quæ in deposito valet, non valet etiam in mandato, nec in alienis negotiis gestis sine mandato, nec in tutela, quod etiam in hoc libro locoque Modestini. monuerat, ut quod ex eo restat apud Licinium indicat satis. Sed est apud eum depravatam nimis: facile tamen suppleri potest. Monuerat Modestinus rationem, quæ efficit, ut depositori depositarius dolum duntaxat præstet, quod solius depositoris causa depositum contrahatur: eadem ratio non efficit, licet intervenerit, ut etiam in mandato & negotiis gestis, & in tutela, dolus duntaxat præstetur. Nam etsi in administratione negotiorum alienorum ex mandato, vel sine mandato, solius domini, ad quem negotia pertinent, utilitas versetur, & in administratione tutelæ, solius pupilli: tutor tamen, licet invitatus tutelam susceperit (tutela munus est publicum, quod injungitur nolenti) itemque procurator, sive sit voluntarius, sive mandatarius, id est, constitutus ex contractu mandati habito inter eum, & dominum negotiorum, non doli tantum, sed & culpæ nomine tenetur, etiam levissimæ, etiam admixtæ in re minima: id est, non tantum tenetur si mala fide negotia aliena gesserit, si ea ad suum commodum converterit, non ad commodum domini, quod bona fides tamen exigit, sed etiam si omnem diligentiam in negotiis, quæ gerenda suscepit, non adhibuerit, & per hoc aliquid domino deperierit. Et ratio hæc est: quia, qui aliena negotia suscipit, vel ultro, sua sponte, vel coactus (nihil refert) hoc in se quodammodo recipere, & polliceri videtur, se omnem curam, operam, diligentiam adhibiturum in ea re, quam administrandam suscepit: & ideo quasi ex conventionione non tantum doli, sed etiam desidiarum, negligentiarum, incuriarum, ineptiarum, & uno verbo, culpæ etiam levissimæ nomine domino tenetur, l. 3. C. mand. l. 7. C. arbitr. tut. l. 20. C. de negot. gest. Et generaliter, quicumque tractat aliena negotia, gravum eum, & vigilantem, & diligentem & asperum esse oportet, unde illud Martialis: *Sane certus & asper homo, procuratorem vultu qui præferat ipso.* In re nostra administranda leves, & lenti esse possumus, in re aliena, quam gerendam suscepimus, fide data, asperiores esse solemus, & diligentiores: quamvis solius domini utilitas versetur, ad quem negotia pertinent. Et multo magis, si non solius domini, sed utriusque utilitas in mandato versetur: ut si tibi mandavi, ut sub usuris pecuniam credas ei, qui eam pecuniam in rem meam mutuatus est: hoc enim in negotio & tua utilitas vertitur: quia sub usuris credis, & mea, quia credis in rem meam. Depositarius autem non est ex horum hominum numero: neque enim administrandum gerendumve quicquam suscipit. Itaque non eadem omnino ratio intervenit in iudicio mandati, negotiorum gestorum, tutelæ, quæ intervenit in deposito: verum quæ ratio efficit, ut in depositi actione dolus dumtaxat veniat, eadem nonnunquam etiam in commodati iudicio idem efficit, ut si non commodatarii, aut utriusque, ut posui supra, sed commodantis tantum utilitas in commodato versetur, ut in specie l. 5. §. interdum, commod. Si roganti quis sponsæ suæ, vel uxori commodaverit vestimenta sua, quo honestius culta ad se deducetur: vel si prætor ludos editurus, sceniciis rogantis, vesti-

vestimenta scenica commodaverit, hoc casu solius commodantis utilitas versatur: nec quicquam hoc casu distat commodatum à deposito. In utroque venit dolus duntaxat: contra quæ ratio efficit, ut in mandato, tutela, negotio gesto, dolus & culpa veniunt: nempe, quia id in se recepisse, & convenisse videntur, qui ultro se offerunt negotiis alienis, vel qui rogati, aut coacti negotia aliena gerenda suscipiunt, fide interposita, ea bene gerendi, & plerumque satisfactione rem dominis salvam fore. Eadem ratio locum habet in deposito: videlicet si conveniatur, ut culpam depositarius præstet, *l. 1. §. si convenit, depos.* vel si quis ultro interrogatus se deposito accipiendo offerat, eam culpam hic præstabit, quia affectavit rem apud se deponi, quique auctor fuit prior depositum apud se collocandi, *d. l. 1. §. saepe evenit, & cap. 2. extra, depositi*. Tunc dolus duntaxat venit in depositum, cum quis ultro deposuit apud amicum, qui se prior deposito suscipiendo non obtulerat. Et hæc quidem distinctio, quæ servatur in accipiente rem, quæ datur solius dantis causa: Hæc, inquam, distinctio solius nempe, ut ei, cui data sit res custodienda incogitanti, nec se offerenti deposito, non incumbat onus reddendæ rationis, si quid culpa ejus accidit, absque dolo malo, & videtur, ut dolum duntaxat præstet. Si autem affectanti rem apud se deponi, & se offerenti deposito, ut tunc præstet dolum, & culpam. Hæc, inquam, distinctio servatur etiam contraria ratione in dante rem solius accipientis causa, nimirum, ut si quis roganti rem suam dederit utendam, commodatarius præstet dolum, & culpam. Si vero ultro rem suam non roganti commodaverit, tum commodatarius præstet dolum duntaxat, *d. l. 5. §. interdum*, in quo §. nota tres casus poni, in quibus commodatarius dolum præstet duntaxat. Primus si ita convenerit, secundus, si sua duntaxat causa commodaverit, tertius etsi ultro non rogatus. Et hæc sufficiunt de prima differentia inter commodatum, & depositum. Secunda est: in judicio depositi, suo nomine damnatus, infamis est, *l. 1. C. depos.* quia non damnatur, nisi propter dolum malum, quæ damnatio, propter quam est dolus malus, nunquam non irrogat infamiam. Judicio autem commodati damnatus, quia propter culpam damnatur, infamis non est: ita Modest. scripsit. Ex quo sequitur, judicio commodati damnatum propter dolum, si ita convenerit, esse infamem perinde ac si damnatus esset actione de dolo, quam constat esse turpem, & famosam: quia & actio de dolo inest actioni commodati, quocumque bonæ fidei judicio dolus vindicatur. Quæcunque est actio bonæ fidei, eadem etiam dicitur malæ fidei apud Ciceronem, id est, de dolo malo. Ergo omnis actio bonæ fidei irrogat infamiam, si reus damnatur ob dolum, non si ob culpam. Et ideo summa meraque ratione præsumitur, & in cæteris omnibus judiciis, quæ ex edicto prætoris famosa non sunt, hanc distinctionem esse servandam, ut non sint quidem famosa ob culpam, ob dolum sint famosa, quod à Modest. proditum est de act. commodati. Ita de actione suspecti tutoris, & curatoris est expressum in *l. ult. C. de susp. tut.* ut sit ob dolum famosa, non ob culpam. Et sane ob levem culpam infamem fieri quemquam, imprudentem, stolidum, simplicem hominem, perquam durum, & inhumanum est, neque etiam edicto prætoris de infamibus receptum, id est, in judiciis, in quibus est dolus, & culpa, præterquam, quæ sequuntur, tutelæ, mandati, pro socio, & olim in judicio fiduciæ. Hæc judicia ob eam rem dicuntur esse *summæ existimationis* à Cicerone. Ex causa horum judiciorum omnem culpam, tametsi in minimis rebus admittam, sine ulla specie doli mali, inurere infamiam. Et ita indistincte esse expressum edicto, ut ex his causis damnati infames fiant, sive ob dolum, sive ob culpam sint damnati. Tertia differentia exstat in hac *l. 23.* aut per eam adsignificatur, si directa actione depositi conveniatur is, apud quem sunt deposita mancipia, vel jumenta, cibariorum, sive præbuit illis dum apud eum erant, nomine, apud eundem judicem experiatur utiliter, ut scilicet recipiat à depositore impensas cibariorum, & experiatur non quidem opposita compensatione, quia compensatio in actione depositi non admittitur, *§. in bonæ fidei. Instit. de*

actionib. quod etiam nominatim Paulus scribit 2. *Sententiar. tit. de depos.* sed experiatur instituta actione depositi contraria: apud quem? apud eundem judicem, apud quem conventus est directa actione depositi. *Glos. perperam, vel apud alium*, ne dominus in hanc rem sumpto alio judice, nimum destringatur, cum res possit definiri apud eundem judicem, *l. 22. de judic. l. 1. & 2. de quib. reb. ad eund. jud. eat. l. 6. C. arbitr. tut. l. ordinarii, C. de rei vindic. l. nulli, C. de judic.* Experiatur ergo apud eundem judicem cibariorum nomine contraria actione depositi. Adde, vel etiam retinebit hominem depositum, quoad ei reddantur cibariorum impensæ: nam ob impensas factas in rem depositam, etiam si non habeat compensationem depositarius, habet tamen retentionem rei depositæ, ut ex eodem Modestino paulo post demonstrabimus. Et hoc quidem ita se habet in deposito. Denique hæc est sententia hujus legis, cui subjecit statim hoc loco, sed integro libro Modestinus, aliud servari in commodato: nam commodatarius cibariorum nomine, quæ præbuit servo, vel jumento commodati improbe intentat actionem: quia naturali ratione cibariorum impensæ ad eum pertinent, qui servo, vel jumento utitur, *l. 18. §. possunt, commod. l. sicut, de usufr.* Et subjecit Modestinus, quod in *d. §. possunt* proponitur, necessarias tamen, & majores impensas commodatarium jure persequi, quas forte in ægrum, vel alias laborantem servum commodatum impendit. Majores, non modicas, & impensas valetudinis esse necessarias, ostendit *lex 2. de impens. in reb. dotal. fact.* Non omittam in *h. l. 23.* hæc verba, *servo constituto*, quæ non sunt apud Licinium ex Modestino hanc differentiam referentem, videri addita à Glossatore quodam ut intelligeremus Modestinum loqui de servo deposito, cui cibaria præbita sint, quæ simpliciter præbita dicuntur, de quo etiam proculdubio sensit Modestinus, sed sensit etiam de animali bruto quocumque. Nec debuit illius *Gloss.* conditor existimare, cibaria dici tantum de hominibus, quæ dicuntur etiam de brutis in *l. 3. §. simili, de pen. legat.* Nec igitur hæc ei fuit iusta causa supplendi illa verba, *servo constituto*, cum & de bruto idem dici possit. Quarta differentia inter commodatum, & depositum: si res deposita furripiatur, solus dominus habet furti actionem, quia hæc ratio datur ei, cujus interest, sive sit dominus, sive non: datur domino, non quod sit dominus, se quod ejus interest principaliter rem non esse surreptam. Solus, inquam, habet furti actionem, quamvis ob impensas in rem factas, etiam depositarii intersit rem retinere, quia etiam interest depositarii rem salvam esse si dolo caret, quia ex doli tantum causa obstringitur, non culpæ, *l. eum, qui, §. is autem, de furt.* Itaque soli domino competit actio furti si res deposita subripiatur, non depositario. At si res commodata subripiatur, quam ob rem commodatarius domino tenetur culpæ nomine, quod rem servavit negligentius. Furtum enim non est casus fortuitus, sed casus, qui semper imputatur patrifam. Rapina, vis est casus fortuitus, quia ei resisti non potest. Idecirco, quia commodatarius ex hac causa obligatur domino, & ideo ejus maxime interest, rem non subripi: furti actionem habet adversus furem, si modo solvendo sit. Ipse autem commodatarius, qui est solvendo, domino tenetur commodati, sed si solvendo non sit, sive in partem tantum solvendo sit, quia inanis est actio in totum, vel pro parte, quam dominus habet adversus commodatarium, tunc soli domino competit hæc actio furti, quod etiam Justinianus retulit in *l. ult. C. de furt.* ex jure veteri. Et alio tamen modo definit, nimirum, quod paucis perstringam, sublata illa distinctione, *Virum commodatarius sit solvendo, an non*: & domino, qui rem commodavit permessa electione, ut vel cum commodatario agat commodati, & dimittat furem: quo casu commodatario in furem est actio furti: an vero dimisso commodatario cum fure agat furti actione, hoc est novum jus Justiniani, *d. l. ult.* Ultima differentia hæc est: Actio commodati semper competit in simplum: actio depositi olim ex *l. 12. tab.* dabatur in duplum, ut ex Paulo 2. *Sentent.* refert idem Licinius: in inficiantem scilicet: hodie ex edicto prætoris actio depositi datur in simplum regulariter.

riter. Ex iis casibus, qui sequuntur in duplum, puta, si res deponatur fracta, & turbata ruinae causa, vel naufragii repentini, vel incendii, vel tumultus, l. 1. §. merito, de pos. & in inficiatorem tantum, §. sed furti, Instit. de actionibus. Et ratio redditur in d. §. merito, quia ex iis causis ruinae, incendii, naufragii, tumultus, res deponitur ex necessitate potius, quam ex voluntate: rapti tempore potius, quam accepto. Et ideo crescit perfidiae & inficiationis crimen, si fidem frangat ei, qui rem ex necessitate quadam tumultuatim apud eum deponere coactus est: & gravius coerenda. Quintilian. declamat. 245. *Depositum*, inquit, hoc eo magis vindicandum est, quod sepe secretum sit, citra probationem, quod sane fidem habeamus ei, apud quem deponimus, ut non immerito jure XII. Tabul. fuerit in omni causa vindicata inficiatio, & perfidia depositarii actione in duplum.

Ad L. XX. de Re judic. & effectu sentent. & de interlocut.

Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur: sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio convenus, in quantum facere potest condemnandus est ex D. Pii constitutione. Quod & in persona mulieris aequa lance servari, aequitatis suggerit ratio.

Hæc l. ostendit, vel subindicat hanc quoque differentiam tradidisse Modestinum, quæ versatur inter eas personas, quæ ejus conditionis sunt, ut à certis quibusdam personis, quibus obligatæ sunt, non in solidum, sed in id dumtaxat, quod facere possunt conveniri, & condemnari possint, quales sunt parens, patronus, maritus, socius, donator, filius exheredatus vel emancipatus, vel qui se paterna hereditate abstinuit: hi namque omnes, vel adversus filium, vel nepotem, cæterosque liberos, & adversus libertum, uxorem, socium, donatorem, creditorem, cum quo aliquis contraxit, priusquam sui juris fieret, hoc habent privilegium, ut in id dumtaxat, quod facere possunt, conveniantur, & condemnentur, exigantur. Ac primum quidem docuit Modestinus hoc lib. maritum, quo cum agit mulier, in id dumtaxat, quod facultates ejus ferre possunt, conveniri, & condemnari: non in integrum debitum: nempe sive mulier agat de dote, ut l. 17. hoc tit. sive ex aliis quibuscunque contractibus, ut in hac l. 20. Modestinus ostendit: *Si mulier cum marito de dote agat*, hoc est, ex jure antiquo, & natura actionis rei uxoriæ, ut non damnetur maritus, nisi quatenus ejus facultates patiantur, §. cum autem, C. de rei uxor. act. *Si mulier agat cum marito ex aliis contractibus, idem beneficium marito datur ex constitutione D. Pii, ut hoc loco Modestinus refert: qui locus est singularis iu hanc rem. Nam ante eam constitutionem non habuit hoc beneficium maritus, nisi cum mulier ab eo dotem repetebat soluto matrimonio, vel constante matrimonio, quibus scilicet casibus constante matrimonio dotis repetitio est: sed ex constitutione D. Pii, & ex aliis quibuscunque causis, muliere agente cum marito, idem beneficium marito datur, ne exigatur acerbe, nec supra quam facere possit. Recte autem ait, *ex aliis quoque contractibus*. Nam ex delictis maritum mulier condemnat in solidum, l. 52. hoc tit. l. 21. §. ult. rer. amot. Et ex contractibus non omnibus quidem maritus ab uxore conventus, in quantum facere potest condemnandus est, sed ex his tantum, qui iniri sunt inter virum & uxorem, constante matrimonio. Nam ex contractibus habitis post divortium, post solutum matrimonium, recte Albericus sentit hoc casu, virum tanquam extraneum soluta societate per divortium, uxori damari in solidum, ex l. divortio, de negot. gest. quæ hoc probat evidenter. Et similiter filius exheredatus, vel emancipatus ex his tantum contractibus, in quantum facere potest condemnatur, qui cum eo contracti sunt, cum esset in potestate patris, non si conveniatur ejus rei nomine, de qua cum eo contractum est, postquam sui juris effectus est, l. 3. sup. quod cum eo, l. 5. ad Senatuf. Macedon. Et prope simili modo maritus si conveniatur ex contractibus habitis post divortium, damnabitur in solidum: si ex contractibus habitis manente matrimonio, non nisi quatenus facere potuit. Sed addenda est exceptio, nisi contractus habitus post solutum matrimo-*

onium, sit appendix, sive accessio obligationis principalis contractæ in matrimonio, ut si divortio facto, constituerit vir se mulieri soluturum, quod in matrimonio mulieri debere cœperat, l. 3. de constit. pecunia. Constitutum est accessio principalis obligationis, & naturam principalis obligationis sequitur. Spectatur scilicet causa, & origo constitutæ pecuniæ potius, quam iudicii de constituta pecunia rigor, & potestas, quod non cœpit nisi post divortium, l. qui id, quod, de donat. Idem Albericus, rejecta Glossa rectissime notat, hoc beneficium marito dari non tantum si constante matrimonio de dote, quod potest certis casibus, non tantum igitur si constante matrimonio de dote, vel de aliis contractibus conveniatur, qui modo etiam initium cœperint constante matrimonio, sed etiam si conveniatur ex iisdem causis post solutum matrimonium, quod memoria & honor prioris matrimonii quo obligatio contracta est, exposcit. Et hoc quidem est præcipue, quod Modestinus proponit in hac lege. Verum in extremo legis, meo quidem iudicio, Tribonianus hæc appinxit verba: *Quod & in persona mulieris aequa lance servari, aequitatis suggerit ratio*. Tribonianus, inquam, cujus verba ut discernere possimus à verbis legum, & juris auctorum, longus usus & meditatio fecit, efficitque, ut, quod quidam ait, legitimum sonum digitis monstremus, hæc verba non habent legitimum sensum. Ex sententia igitur Triboniani, sive Justiniani quemadmodum ab uxore maritus nulla ex causa, quæ modo cœperit in matrimonio, condemnari potest, supra quam facere possit, ita nec uxor, quamvis ratio, quæ hoc induxit in viro, nempe reverentia, quæ ei exhibenda est, l. alia, §. ult. soluto matrim. cesset in uxore, cui ea reverentia non debetur. Itaque non video quæ sit aequitatis ratio, quam suggestisse hic dicit, cum non sit æqualis utriusque reverentia. Forte nec à Triboniano hæc verba sunt addita, quod facile crediderim, quia & à Basilicis absunt, quod notandum est. Certe Abbas Urspergensis affirmat iis libris, qui Irnerio curante luci restituti sunt imperante Lothario Saxone, Irnerium multa de suo adjecisse. Verum, quod ad rem ipsam attinet, inter Jurisconsultos fuit controversia, An mulier, quæ conveniretur à marito ex promissione dotis, idem beneficium haberet quod maritus, ne condemnetur ultra facultatis, l. ex diverso, solut. matrim. hoc colore, quod sit socia communis vitæ, l. 1. rer. amot. l. 52. hoc tit. l. 4. C. de crim. expil. heredit. non posse, inquam, uxorem conveniri ex causa, quæ ex illa societate vitæ dependerit: ex causa dictæ, vel promissæ dotis, non posse, inquam, conveniri ex illa causa, quæ pendet ex illa societate, ultra quam facere possit: ex aliis vero causis, quæ non ex illa societate proficiscuntur, vel non ad illam respiciunt, etiam eam non condemnari agente marito supra opes, & facultates suas, nusquam est proditum, nisi hoc uno loco suspecto. Verum, quæ ratio efficit, ut nulla ex causa, quæ originem cœperit in matrimonii causa, maritus ab uxore conveniatur in solidum, si solvendo non sit, nempe honor, & reverentia ei debita, quæ cessat in uxore: eadem quoque ratio id efficit in parentibus, & patronis utriusque sexus, quia & has personas liberas, & libertos venerari oportet. Itaque nulla ex causa eas conveniri, & condemnari posse supra facultates. Donator autem, quod est alterum membrum differentiae, cui non debetur reverentia, idem privilegium non habet, nisi cum ex causa donationis convenitur: hoc solo casu non damnatur ultra quam facere possit, l. prox. §. ult. sup. non si conveniatur ut debitor ex alia causa, aliove contractu, quod donationis causa stipulanti promisit, ab eo avare non exigitur: sed pro modo tantum facultatum ejus, ita ut ne egeat, ut ei relinquatur quod victui suppetat, quod tamen ex alia causa debet, eo nomine convenitur, & exigitur in solidum. Et donatori similis est socius, qui etiam hoc privilegio utitur, si actione pro socio, tanquam socius conveniatur, l. 10. hoc tit. Unde apparet satis inter eas personas, quæ hoc beneficium habent, ne condemnentur supra facultates, aliquam existere distantiam: alii hoc habent, ne ulla ex causa condemnentur, ullove contractu, alii habent ex una causa tantum, donationis, aut societatis.

Eit

Est & alia differentia inter donatorem, & maritum, cæterosque omnes, qui idem beneficium habent, quod solus donator ex causa donationis convenitur, deducto, & detracto omni ære alieno, quod aliis ex dissimili causa debet, id est, eo omni ære alieno in primis detracto, æstimatur quantum resideat in bonis donatoris, quantumque facere possit, ut pro residui tantum modo ex donationis causa condemnetur, d. l. prox. §. ult. sup. Maritus autem, & reliqui, qui idem beneficium habent, veluti socius, patronus, parens, vel filius emancipatus, nullo deducto ære alieno, conveniuntur, & occupantis agere melior conditio est, nisi aliquis postea privilegiarius existat, qui præferri desideret, & prior ad suum commodum pervenire, l. & exheredatum 49. inf. b. t. l. maritus, fol. matr. l. 3. quod cum eo, qui in aliena est pot. solus hoc donator habet, non cæteri. Pinguis succurritur donatori, quam marito, vel parenti, vel cui alii vero debitori, ne donator ex sua liberalitate inops fieri periclitetur, l. 50. de re judic. ne ei bene merenti sit malo sua benignitas, quæ utique ei esset maximo malo, si occupante agere donatario ipsi prius satisfacere cogeretur, quam veris creditoribus: neque donator verus est debitor, neque donatarius verus creditor. Et hæc quidem sunt differentiæ, quæ inter has personas intercedunt, quas ducto argumento ex hac l. 20. licet affirmare, omnes hoc libro tractasse Modestinum.



JACOBI CUJACIJ J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Lib. III. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. XXI. Quibus modis ususfr. vel usus amit. Si ususfructus civitati legetur, & aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere usufructum.

Ad L. XXXII. de Jurejur. sive volunt. sive necess. sive jud. Jurisjurandi gratiam facere pupillus non potest.

UNA tantum est, quæ proprie respublica dicitur, Romana scilicet. Cæteræ civitates: vel, quod idem est, cætera municipia respubl. per abusionem dicuntur, quia loco privatorum habentur, ut ait nominatim l. eum, qui, de verb. signif. Civitates loco privatorum habentur: loco pupillorum, leg. penult. C. de jure reipublicæ lib. 11. loco infantium, l. ergo, in fin. ex quib. causis major. 25. ann. loco minorum, l. penult. C. eod. tit. Certe in plerisque causis commune jus est civitatum, & privatorum, quas causas hoc libro exposuisse Modestinum verisimile est: nam iis libris non distantias tantum, sed etiam proximitates, communitates, affinitates rerum, & personarum exposuit, ut didicimus in lib. 1. l. 40. de adoptionibus. In plerisque causis idem jus est civitatum, & privatorum: ut in obtinenda restitutione in integrum, & supradictæ leges ostendunt, ut l. 8. l. 26. l. penult. ex quibus causis major. Idem jus est civitatum, & privatorum in causa immunitatis, quam non magis habent, qui conducunt vectigalia civitatum, quam qui conducunt vectigalia privatorum, l. 15. §. qui vectigalia conduxit, de excus. tut. Et quod in privatorum defensionibus observatur, ut quilibet extraneus admittatur ad defensionem absentis, etiam sine mandato: non tamen sine satisfactione: Idem observatur in civitatum defensionibus. Et hæc sunt verba, l. 1. §. ult. quod cujusq. univers. nomine. Et ut pupillus adversus sententiam dictam pro libertate in integrum restitui non potest, ita nec civitas, l. 9. de appellat. Et quæ præscriptio obstat pupillo, vel generaliter, quæ præscriptio temporis obstat privatis, obstat etiam civitatibus l. 1. C. de præscript. longi temporis, l. si mater, C. ne de statu defunctorum. Et ut contra pupillum indefensum dicta sententia nihil momenti habet, l. contra, de re judicata: ita nec dicta contra civitatem indefensam, l. 1. C. de

A jure reipubl. Et ut in pupillorum, sic in civitatum venditionibus Ædilitium edictum locum habet, l. 1. §. illud, de edil. edict. Adde & hanc communitatem: Pupillus jusjurandum, quod adversario detulit tutore auctore, ut leg. 17. §. 1. de jurejurando, quodve tutor pupilli nomine detulit deficientibus probationibus, ut l. 35. eod. tit. delati, inquam, jurisjurandi, eo modo, quo diximus, pupillus gratiam facere non potest, ut ait l. 32. hoc tit. lib. 3. Modestini, id est, jusjurandum pupillus, ei, cui delatum est, adversario suo remittere non potest, ne tutore quidem auctore, ut Glossa sentit recte, quia ea gratia, sive remissio donationis instar obtinet. Et tutor donator, vel auctor donandi esse non potest, l. Lucius 2. §. ult. inf. de administ. tutor. l. non omni. C. eod. tit. Theophilus hoc ipso loco addit etiam hanc rationem: quia vix tutori licet jusjurandum deferre adversario pupilli: neque enim ei licet, nisi deficientibus omnibus probationibus, in summa penuria, vel angustia probationum, d. l. 35. unde consequens est, vel consentaneum, nec tutorem auctorem esse posse remittendi semel delati jurisjurandi: cujus non est deferre, nec ejus est remittere. Et cum hoc Modestinus scripserit, puto eum adjecisse exemplo tutoris, & pupilli, etiam defensorem civitatis, administratorem rerum civitatis, quod detulit, id ei nominatim mandante civitate, ut exigit l. 34. §. 1. eod. tit. de jur. Et ut ibi Glossa supplet recte, deficientibus omnibus probationibus, exemplo tutoris, ejus, inquam, jurisjurandi gratiam facere non posse. Nam & ita l. præses, C. de transactionibus, civitati non nocere gratiam administratoris: verum in aliis quoque multis causis docuit hoc ipso loco Modestinus, longo intervallo distitas esse civitates à privatis hominibus: civitatibus usuræ pecuniarum creditarum debentur etiam ex pacto nudo, l. etiam ex nudo 30. de usuris: privatis non debentur nisi ex stipulatione, l. Titio, de præscriptis verbis, l. 3. C. de usur. Annuæ civitati relicta in perpetuum debentur, l. 6. l. 20. §. 1. l. pen. de annu. legat. privato relicta annua, vel in annos singulos, morte legatarii finiuntur, etiam si non vice alimentorum relicta sint, l. Gaius, eod. tit. Ususfructus, qui ad privatum hominem spectat, morte ejus finitur, quia personale jus est: ususfructus autem civitati relictus non morte, sed quasi morte finitur, ut Modestinus ex hoc libro 3. tradidit in l. 21. quib. mod. ususfruct. amitt. & utitur hoc exemplo: si aratrum in civitatem inducatur (hostile scilicet) ut passa est Chartago, Numantia, Saguntum, & pleræque aliæ civitates: civitas aratro conditur, aratro queque diruitur, & extinguitur: aratrum quasi mors est civitatis. Eo modo quasi morte finitur ususfructus civitati relictus, sive legatus. Itemque spatium centum annorum, ut in l. 8. de usufruct. leg. Præterea omnis civitas creditrix habet privilegium exactoris, id est, præfertur cæteris creditoribus in act. person. l. pen. de reb. auctoris. jud. possid. sive de privilegiis creditorum, l. 13. C. qui pot. in pign. non etiam omnis privatus creditor. Paucissimi sunt privati creditores privilegiarii. Privatus, cum quo testamenti factio est, heres institui potest. Quis hoc non scit? non etiam civitas: quia incertum corpus est: nisi à libertis suis ex Senatusconsulto, l. 1. C. de libertis univers. Sed posterioribus constitutionibus, & civitas à quibuscunque heres institui potest sublato jure veteri, l. hereditatis, C. de hered. inst. & postremo, res civitatum usucapi non possunt, l. usucapione, de usurp. & usuc. res privatorum usucapi possunt.



JACOBI CUJACIJ J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Lib. IV. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. XIV. de Spons. In sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est, ut in matrimonius, quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab

ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, A
quam septem annis.

Ad L. XXII. Ad munic. & de incolis. Ea, quæ desponsa est,
ante contractas nuptias, suum non mutat domicilium.

Ad L. IV. de Leg. tut. Quo defuncto, si liberi perfectæ atatis
existant, fiduciarii tutores fratris, vel sororis efficiuntur.

Ad L. IX. de Pollic. Ex pollicitatione, quam quis ob honorem
apud rempublicam fecit, ipsum quidem omnimodo in solidum
teneri, heredem vero ejus, ob honorem quidem facta promif-
sione, in solidum: ob id vero, quod opus promissum ceptum
est, si bona liberalitati solvendo non fuerint: extraneum here-
dem in quintam partem patrimonii defuncti, liberos in deci-
mam teneri, Divi Severus, & Antoninus rescripserunt:
sed & ipsum donatorem pauperem factum, ex promissione
operis cepti quintam partem patrimonii sui debere, Divus
Pius constituit.

LIBRO IV. docet Modest. quib. ex causis sepa-
rentur sponsalia à nuptiis. Multa nuptiæ, & spon-
salia inter se communia habent, alioquin ineptum
esset navare operam in explicandis negotiorum
differentiis, quæ nihil inter se commune habent, aut fini-
timum. Nudus consensus, & sponsalia efficit, & nuptias.
In utroque negotio exigitur consensus eorum, in quorum
potestate sunt ii, qui nuptias inter se, vel sponsalia consti-
tuunt: quæ causæ sunt impedimento nuptiis, sunt etiam
impedimento sponsalibus: & hæc omnia ostenduntur in
l. 4. 7. 15. 16. de sponsal. Item sponsa non minus quam nu-
pta jure mariti accusari potest l. Jul. de adult. l. si uxor, s.
Divus, & s. si minor, ad l. Juliam, de adult. l. propter, C. eod.
& retro inter sponsalia, & nuptias differentia existunt C
quamplurimæ. Ac primo docet Modestinus in l. 14. de spon-
sal. quæ est ex hoc libr. 4. in matrimoniiis contrahendis esse
definitam certam ætatem, nimirum in mare 14. in femi-
nis 12. annorum completorum, exactorum, ita ut ille at-
tigerit 15. illa 13. Et definita hæc etas est, ut opinor, sub
Augusto ll. Julia, & Papia: hasque ll. intelligere Macro-
bius in som. Scipionis videtur: dum ait, feminas propter
votorum festinationem, quam mares biennio maturius tutela li-
berari, id est, Julia, & Papia: in sponsalibus autem æta-
tem definitam non esse, & à primordio ætatis, inquit, id
est, à prima ætate, quæ est pueritia, quodcumque spon-
salia contrahi poterunt, nec expectari ætatem definitam
in nuptiis, modo qui sponsalia contrahunt, non sint mino-
res quam 7. annis, id est, modo non sint infantes. Nam in-
fantes non intelligunt quid agunt. Sed additur exceptio D
Nov. Leonis 109. nisi veniam à principe impetraverint:
venia petita à principe etiam despondere infantem, non
aliter. Et veniam, eleganter, aut potius singulariter vocat:
quod vulgus dispensationem. Nam & vox illa significat non
tantum dispensationem rei familiaris, sed etiam veniam:
& quam idiotismus vocat dispensationem, dabatur ea à
principibus, non à pontificibus: quas omnes tamen ponti-
fices sibi vindicarunt, magnumque inde arcæ suæ qua-
situm adquisierunt. Posset tentari in sponsalibus etiam ll. Ju-
lia, & Papia definitam ætatem esse, sicut in nuptiis: quan-
doquidem Suetonius in Augusto, c. 34. & Dio lib. 54. au-
ctores sunt his ll. Julia scil. & Papia, Augustum tempus
sponsas habendi coarctasse, & constituisse, ne quis sponsas
minores 10. annis haberet. Sed hoc vulgo non intelligitur
quid sit: hoc, inquam, quod ita illi auctores scribunt, E
non hoc significat ll. illis fuisse definitam sponsalibus cer-
tam ætatem: sed hæc est mens auctorum, quod & verba
Dionis satis abunde declarant, cum ll. Julia, & Papia cœ-
libatui multæ essent indictæ pœnæ, quæ postea sublata
sunt, C. de inf. pœn. cœlib. plerisque in fraudem legum
puellas sibi despondisse, ne cœlibum numero haberentur,
qui nuptiarum jam per sponsalia spem facerent: quos nec
habitos cœlibum numero credibile est, imo maritorum po-
tius. i. sponsos habitos, pro maritis, sicut l. pen. de militar.
testam. cingendis, habet pro cinctis, sic sponsos habitos, pro
maritis, qui tamen sponsi, quod post sponsalia contracta
different nuptias in longum tempus, ne hoc facerent ampli-
us, & ita vim legis eluderent: iisdem legibus cautum

Tom. II. Post.

est, ut si quidem vellent evitare cœlibatus pœnas, quas
sibi despondissent, ducerent uxores domum intra bien-
nium, id est, sponsi, qui despondissent minorem decen-
nio, non haberentur pro maritis. Sponsi, qui sibi despon-
dissent decennem, interim pro maritis haberentur, si mo-
do legitimo tempore eam uxorem ducerent, id est, bien-
nio post. Non vetuit Augustus sponsalia contrahi ante
decennium, quæ statim ab infantia completa contrahi sem-
per potuerunt, sed vetuit sponsos haberi pro maritis alios,
quam qui despondissent sibi, quam possent uxorem ducere
biennio post. Denique censuit hac in re, cum puella,
quæ excessit infantiam, statim atque eam excessit, contra-
cta sponsalia esse quidem legitima, sed immatura: unde &
Sueton. illo loco ait, recte Augustum coarctasse tempus ha-
bendi sponsas. i. diu habendi non sequente matrimonio,
cum sentiret, inquit, immaturitate sponsalium, sic legen-
dum omnino, non sponsarum, vim legis eludi, & fraudem
l. Julæ, & Papiæ fieri, ut autem immatura sponsalia Sue-
tonius dixit, quæ fiunt intra decennium, vel quæ quis con-
trahit cum minore decennio, ita immaturas nuptias, quæ
fiunt intra annum luctus, l. 1. C. de secundis nuptiis, & quod
idem est, Novella 22. de nuptiis, ἀπορί γάμοι, Plinius 4.
epistol. Nuptias lugentis, nuptias senis: quorum alterum im-
maturum, alterum serum est. Apulejus 8. Milefia: Ne im-
maturitate nuptiarum, indignatione justa mores acerbos mariti
suscitemus: quod etiam Dio ll. Julia, & Papia cautum ait,
ne sponsalia trahat ultra biennium, qui volet frui præmiis
maritorum, & evitare pœnas cœlibum: idem confirmat
l. pen. hoc tit. cujus inscriptio etiam est ad l. Juliam, & Pa-
piam: à qua legis definitione excipit unum casum: si qua
justa, & necessaria causa: veluti valetudo sponsi sponsæ-
ve, aut mors parentis, aut capitalis causa, aut peregrina-
tio, quam obire necesse sit, compellat sponsalia protrahere
ultra biennium, triennium, vel quadriennium, vel
etiam ultra annum: videlicet, cum quis despondit puel-
lam undecim annorum: nam interveniente justa causa,
non definit interim sponsus haberi pro marito: quæ om-
nia summe notanda sunt. Ex quibus satis intelligimus ve-
rissimum esse, quod in hac l. 14. Modestinus ait, definitam
non esse ætatem in sponsalibus. Adjecit etiam aliam differen-
tiam inter sponsalia, & nuptias, in l. 32. ad municip. quæ
est etiam ex hoc libro 4. Nuptia domicilium mutat, non spon-
sa: quia statim sequitur domicilium, forum, patriam ma-
riti, lexigere, de judic. l. 13. C. de dignit. lib. 12. idque do-
micihum etiam post mortem mariti vidua retinet, l. filii,
s. 1. ad municipal. Servius in illum locum Virgilii:

Et patriam Andromachen iterum cessisse marito,

Secundum jus locutus est: quia uxor viri domicilium se-
quitur. Domicilium viri est domicilium matrimonii, l. 5.
de ritu nupt. l. 1. s. domum, de liber agnosc. at sponsa nondum
ante contractas nuptias mutat domicilium. Adjecerat, mea
quidem sententia, etiam alias differentias Modestinus: puta,
patrem, in cujus potestate puella est, sponsalia dissol-
vere posse, non nuptias, l. 10. de sponsal. l. 11. C. de nupt.
l. dissentientis, C. de repud. In nuptiis testationem esse neces-
sariam, l. 4. de fide instrument. sicut in concubinato: quæ
conjunctio nuptias imitatur, & honesta, & legitima olim
fuit. Concubina uxoris loco erat: & constat necessariam
esse testationem, l. 3. de concubin. In sponsalibus autem
non est necessaria testatio, l. 6. de sponsalibus. Ac præterea
nuptam defunctum lugere maritum: & eam, quæ mari-
tum non luxerit, ex edicto prætoris infamia notari. Spon-
sam non lugere sponsum, l. 9. de his, qui not. infam. hic
honus debetur marito, non sponsæ. Exposuit hoc libro
Modest. quid distaret parens à patrono: ac primum qui-
dem in l. 4. de legit. tut. liberos parentis, qui filium, aut
nepotem impuberem manumiserit, parente defuncto, im-
puberis esse fiduciarios tutores, non legitimos, d. l. 4. Con-
tra & liberos patroni, defuncto patrono esse legitimos,
non fiduciarios tutores libertorum patronorum impube-
rum; cujus separationis, live differentia probabilis quæ-
dam ratio redditur in tit. de fiduc. tutor. Institut. quod
non explicabo, quoniam id repetendum ex jure vetustissi-
mo. Addamus alias differentias, quæ existunt inter patro-
nos,

E e e

nos,

nos, & libertos: si quid alienaverit libertus in fraudem patroni minuendæ portionis debitæ verecundiæ patronali, id patronus revocat actione Faviana, vel Calvisiana: Faviana, testato liberto. Calvisiana, intestato liberto, l. 3. §. si intestatus, si quid in fraud. patr. l. 2. C. eod. Et hoc quoque solum discrimen inter Favianam, & Calvisianam faciunt Græci interpretes ad l. 2. si à par. quis manum. fit. Contra vero, si quid liberi à parente manumissi alienaverint in fraudem parentis, parens nullam actionem habet, qua revocet, vel rescindat alienationem. Et ratio est, quæ est in d. l. quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem: quæ ratio ad multa potest adaptari. At non ita est iniquum, libertinis hominibus non esse eandem libertatem. Alienabit igitur filius emancipatus bona sua in fraudem patris: & retro, pater vendet omnia bona sua in fraudem filii, non etiam donabit, quia obstat tit. de inoffic. donat. non etiam dabit in dotem, quoniam obstat tit. de inoffic. dot. & interim ex eo intelligitur emancipationem, & manumissionem patris non facere libertum: manumissio domini facit libertum, non patris: nam manumissus ingenuus manet. Et iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum administrationem. Propterea libertates datæ in fraudem patronorum, ipso jure nullæ sunt ex l. Alia Sentia: quod Ulpian. nominatim scribit lib. reg. tit. 1. & confirmatur l. 9. de liber. cau. Libertates datæ in fraudem parentum, vel liberorum omnimodo valent: nusquam reperies eas, vel nullas esse, vel rescindi. Item libertates minuunt portionem debitam parentibus, aut liberis, non etiam portionem debitam patronis, l. 4. C. de jure patron. ubi tollitur hæc differentia: quia vult, ut etiam libertates minuant portionem debitam patronis. Postremo patrono præterito testamento liberti, competit tantum bonorum possessio contra tabulas, ut patrono, ut manumissori: parenti autem præterito à filio emancipato, duplici rimedio consulitur, data bonorum possessio contra tabulas, ut manumissori, & quasi patrono, & data querela inofficiosi testamenti, ut patri naturali, l. pater filium, l. filio, §. 1. de inoffic. test. l. 1. §. ult. si à par. quis manumiss. l. si à milite, §. ult. de milit. testam. Docuit etiam hoc lib. Modest. multum interesse, utrum quis ob honorem sibi decretum, vel decernendum decreto reipublicæ ex pollicitatione teneatur, an vero sine causa ex pollicitatione reipubl. teneatur: videlicet ob opus promissum, non ob honorem decretum, aut decernendum, sed ultro promissum, & liberaliter, quod modo ædificare cœperit. Nam ex pollicitatione non tenetur, qui reipublicæ pollicitus est, se opus facturum sine ulla causa, aliter quam si opus facere cœperit, nam quod cœperit, absolvere debet. Et docuit hanc esse differentiam, quod priori casu, cum quis ob causam reipub. ex pollicitatione tenetur ob honorem decretum, vel decernendum, tam in eum, quam in heredem ejus honore decreto, actio datur in solidum, posteriori autem casu cum quis non ob honorem opus promissum reipub. ædificare cœperit, si bona liberalitati persolvendæ non fuerint: ex rescripto Severi, suos heredes teneri tantum in decimam partem patrimonii, extraneos in quintam, quia & ipse donator in quintam partem duntaxat tenetur, si, ut ait, pauper factus sit. Recte, si pauper, non egenus, si ævus, non πτωχος: non est paupertas, habere nihil, sed est egestas. Egenus nihil potest præstare: pauper potest plerumque præstare, vel quintam partem polliciti. Et hæc differentia proponitur ex Ulpiano l. 6. de pollicitat. & ex Pomponio in l. pen. eod. tit. Et proponitur etiam ex hoc libro 4. Different. ex Modestino in l. 9. eod. & ex illa l. 9. & l. 6. manifestum fit in l. pen. in secunda parte, ubi ita legitur: sed si quis ob honorem, legendum esse omnino negative, sed si quis non ob honorem: nam priori parte eadem l. pen. docet, eum, qui promissit opus se facturum ob honorem decretum, vel decernendum teneri in solidum: deinde subjicit, eum, qui non ob honorem promissit, sed sine causa, non teneri in solidum, sed in quintam partem patrimonii duntaxat, heredesque ejus similiter, nisi sint liberi, qui tenentur in partem decimam tantum. Addamus aliam differentiam: donationis ultro in rempub. collatæ sine cau-

sa, non ob honorem, usuræ non exiguntur, ne ex mora quidem, l. liberalitatis, de usur. quod etiam in donatione obtinet ultro collata in privatum, l. eum, qui, de donat. at donationis factæ ex causa, & collatæ in rempublicam, veluti ob honorem, usuræ exiguntur ex tempore moræ. Et ita est accipienda l. 1. de pollicitat. & ita in concordiam adducenda cum d. l. liberalitatis. Ratio varietatis in comperito est, donator ex causa verus debitor est, non donator sine causa, l. & exhered. 49. de re judic.



JACOBI CUJACIJ J. C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. V. Differentiarum HERENNII MODESTINI.

Ad L. I. de Condition. & demonstr. Sub diversis conditionibus disjunctim positus liber esse jussus, eam conditionem eligere potest, quæ sibi levior esse videbatur, legato vero eo modo relicto, legatarium novissimæ conditioni parere oportet.

Ad §. Heredi decem dare jussus. & liber esse, & heredis heredi dando perveniet ad libertatem: quod non similiter in legatarii persona custodiri Publicius scribit.

IN hac l. proponit Modestinus duas differentias, quibus docet causam statuliberi longe divisam esse à causa legatarii conditionalis: utrique directe, & sub conditione quid datur testamento, huic legatum, & illi libertas. Et statulibero quidem adscriptis disjunctim variis conditionibus, quæ sunt in ejus potestate, veluti, Stichus liber esto, si Titio decem dederis, aut si Capitolium ascenderit, aut si Lusitaniam jeris: Stichus levissimam conditionem. i. faciliorem, & commodiorem sibi eligere, & implere, atque ita ad libertatem pervenire potest, Legato autem eo modo relicto: Lego Titio centum, si Cajo decem dederis, aut si Capitolium ascenderit, aut si Alexandriam jeris. Legatarius novissimæ, id est, novissimo loco adscriptæ conditioni, quasi novissimæ voluntati parere debet, si velit consequi legatum. Hæc est differentia inter statuliberum, & legatarium conditionalem, quæ proponitur in priori parte hujus l. Et confirmatur l. 87. hoc tit. l. 5. & l. 45. de manumiss. testam. Posui exemplum in conditionibus, quæ sint omnes in potestate statuliberi, nam si conditiones omnes sint collatæ in casum eventumque fortunæ, non est supradictæ electioni locus, quæ statulibero datur: sed si ex constitutionibus adscriptis statulibero, quædam sint in ejus potestate, quædam in casu, tunc quoque supradictæ electioni locus est, & una electa, ex iis, quæ sunt in sua potestate, & impleta, statuliber statim ad libertatem pervenire potest: nec necesse habet expectare eas, quæ sunt collatæ in casum. In legatis, atque etiam in tutelis, id est, tutelarum dationibus (ut definitur in l. 5. §. ult. de testam. tut.) longe alia ratione res geritur: novissimam enim conditionem impleri omnimodo necesse est, sive sit in potestate legatarii, sive in casu, d. l. 87. & l. 89. hoc tit. nec legatario conditionis eligendæ, quam adimpleat, ulla potestas est, etiamsi legatum ei sit relictum disjunctim sub diversis conditionibus. Electio est statuliberi, non legatarii. Statuliber servat scripturam testamenti, quæ illud, aut illud implendi potestatem facere videtur: & hoc favor libertatis expressit, qui & alias captures benigniores sententias explicat, ut ait l. pœnales 32. in fin. ad l. Falcidiam. Legatarius autem servat voluntatem, quasi videatur testator eam tantum conditionem impleri voluisse, quam adscripsit ultimo loco. Itaque cum quis dat libertatem, vel legatum sub diversis conditionibus disjunctim, obscura est voluntas testatoris, quia nescimus, volueritne eam solam conditionem impleri, quam novissimo loco adscripsit, an voluerit permittere statulibero, vel legatario electionem implendæ conditionis

cujuslibet, sed hic erit usui maxime illa regula, quæ dicit in obscura manumittentis voluntate iavendum libertati; hinc fit, ut electio permittatur statulibero, cum legatario vero stricto jure agatur, ut cogatur implere novissimam conditionem, siquidem ad legatum pervenire velit. Et hæc de priori differentia. In posteriori parte hujus l. Modestinus constituit etiam aliam differentiam inter statuliberum, & legatarium conditionalem: statuliber heredi decem dare jussus, hoc modo, *Si heredi decem dederis, liber esto*, dando heredi heredis (quod oportet intelligere in infinitum) ad libertatem pervenire potest, quod est certissimum, *l. cum ita datur 94. §. ult. hoc tit. l. 6. §. si filiusfamil. 4. l. si peculium 20. §. heredi 4. l. servus si heredi 34. de statulib.* Legatarius item heredi decem dare jussus, heredi heredis dando, ad legatum pervenire non potest. Primo enim heredi dare dicit, qui directo, & principaliter ex judicio defuncti heres est, non heredi heredis, qui & incertus ignotusque fuit testatori, quique non directo, sed per successionem heres testatoris est, *l. qui liberis, §. ult. de vulgar. & pup. subst. l. sciendum, de ver. signif. l. ult. de leg. 3.* legatarius (ita ut hoc inculcetur iterum) heredi 10. dare jussus, & legatum capere, heredi heredis dando non possit ad legatum pervenire. Sed addenda est exceptio, nisi aliter senserit testator: puta, ut & heredi heredis dando, legatarius perveniret ad legatum. Et hujus exceptionis sensum refert *d. l. si peculium, §. heredi*, quam etiam ita expriment Græci interpretes *40. Basilic.* Accursius male. Sensus illius §. est, statuliberum decem heredi dare jussus, heredi heredis dando, liberum fieri, legatarium autem heredi 10. dare jussus, heredi heredis dando, non aliter consequi legatum, quam si id senserit testator. Et ita est accipienda hæc posterior differentia. Ratio prioris differentia proficiscitur ex favore libertatis, posterioris vero differentia ratio, quam aperit *l. servus 34. de statulib.* hæc est, quia testator, qui statuliberum heredi decem dare jubet, non personam tantum certam demonstrat, nempe heredis, sed etiam domini futuri statuliberi. Denique, non tam certæ personæ heredis (quasi non liceret alii dare) dari voluit, quam domino statuliberi, & heres heredis utique statuliberi, pendente conditione, dominus futurus est) dari domino voluit: dabit igitur quocumque domino, vel heredi, vel heredi heredis, vel emptori, si heres vendidit statuliberum. Cum autem jubet legatarium dare heredi, personam tantum certam demonstrat cui det, non qualitatem personæ. Condicio igitur tum personæ heredis coheret, ac propterea in persona tantum heredis impleri potest. Hæc est vera ratio. Male autem Joannes, quem & Bartolus sequitur, hanc posteriorem differentiam ita firmat: *Statuliber heredi 10. dare jussus, heredi heredis dando liber fit: hæc est prior pars: statuliber autem legatario 10. dare jussus, heredi legatarii dando, liber non fit.* Verum quidem hoc omne est: verum est statuliberum legatario, vel cui alii extraneo non heredi, decem dare jussus in persona tantum legatarii, vel heredis conditionem implere posse, *l. cum ita datur, hoc tit.* non ergo in persona ejus, qui legatario, vel extraneo heres extiterit. Hoc est verum, nisi scilicet hic extraneus heredi testatoris heres extiterit, & deinde extraneus herede relicto, vita decesserit: huic enim heredi extranei statuliber dare poterit, quasi heredi heredis testatoris, ac poinde domino statuliberi, non quasi heredis extranei, qui nec statuliberi dominus fuit, ut extraneus, sed ut heres heredis testatoris. Et hæc est sententia hujus loci satis obscura, nec explicat in *l. 6. §. si filiusfamilias. Nam etsi quis, & c. de statulib.* Verum quidem est omne, quod in illa differentia constituenda Joannes ponit: at recte composita differentia non est. *Non ex omnibus veris*, ut dicunt, *elicitur semper vera conclusio*: sic licet quicquid ille statuit sit verum, non tamen ideo recta est differentia, quam statuit, nec enim recta est differentia, quæ utroque ex latere, non in eodem themate vertitur: sed in alio, atque alio. Exempli gratia: Non est recta differentia, si dixerit, hoc distare curatorem à tutore: quod curator rerum administrator sit: tutor autem damnatus tutelæ vere infamis sit. Illa autem differentia, quam fingit Joan-

Tom. II. Post.

nes, in eadem specie non vertitur, sed in uno latere in specie pecuniæ datæ heredi heredis, ex altero autem latere, in specie pecuniæ datæ heredi legatarii, quod vitium magis apparet in secunda differentia, quam idem Joannes, in priori non persans, & resiliens à priori, ita fingit, & proponit: *Statuliber*, inquit, *heredi decem dare jussus, heredi heredis dando, ad libertatem pervenire potest: legatario autem jussu heredis decem dare, heres legatarii dando heredi, ad legatum pervenire non potest.* Vera quidem sunt hæc omnia: quia conditio legati, quæ cohærebat personæ legatarii defecit legatario mortuo antequam daret, *l. à testatore, hoc tit.* Nec auditur ergo heres legatarii post mortem ejus offerendo decem. At hæc differentia non est recta: quia non in eadem specie, non in iisdem terminis, utraque ex parte consistit. In liberalitate ponitur, *statuliberum dare pecuniam heredi heredis*, in legato ponitur, non *legatarium* (quod poni par fuit) sed, *heredem legatarii*, non, *heredi heredis, primo heredi dare*: quæ species diversissimæ sunt. Differentiæ, quas his libris Modest. exponit, non sunt ineptæ differentia, non quæ versantur inter res, vel personas in causis speciebusve diversis, sed in una eademque specie: ergo nullam earum, quas Joannes fingit, Modestinus intellexit in hac posteriore parte legis: sed intellexit illam, quam exposuit initio, quamque Accursius secundo loco notavit. Et præterea quibus eam, quam exposuit differentiam, confirmavit, iisdem confirmari etiam eadem illa potest, allata simili differentia inter statuliberum, & legatarium conditionalem. *Statuliber dare jussus filiosfamilias, vel servo alieno heredi instituto, patri, vel domino dando liber fit, l. 6. §. si filiusfamilias, de statulib.* quia scilicet pater, vel dominus statuliberis etiam ante impletam conditionem dominus futurus est. *Legatarius autem filiosfamilias, vel servo alieno herede instituto dare jussus, patri, vel domino dando, nihil agit, l. qui heredi, hoc tit.* Quia certa tantum persona demonstrata est filiosfamilias, vel servi, & propterea in ejus persona tantum impleri conditio potest, *l. cum ita datur, eod. tit.* In statulibero jussu dare filiosfamilias vel servo heredi instituto, non est demonstrata persona nuda, sed persona domini futuri: qualis futurus est non tantum filiosfamilias, aut servus, sed etiam per eum pater, & dominus: & hoc satis est, ut vel patri, vel domino recte detur, ut & in patris, vel domini persona recte conditio adimpleatur. Ad damus etiam aliam differentiam inter statuliberum, & legatarium conditionalem, ex *d. l. cum ita datur*. Statuliber decem dare jussus heredi, vel extraneo, si nullus heredi heres extiterit, vel si extraneus vita decesserit, & tum statuliber pecuniam paratam habuerit, vel postea habere coeperit. *Jure constituto*, inquit, quia per eum non stat, quo minus det, sed ideo non dat, quia non est cui det; nulli dando, consequitur libertatem. In legatario aliud dicendum est. Legatarius decem dare jussus heredi, vel extraneo, herede defuncto nullo relicto herede, vel extraneo defuncto post mortem testatoris, tunc legatarius videtur defectus conditione, nec nulli dando, ad legatum pervenire potest. Sicut & jure eo redactus est, ut nulli ex iis, cui dare jussus est, dare possit, quoniam è medio sublatus est heres, vel extraneus post mortem testatoris: quod ostendit *d. l. cum ita datur, & l. si peculium, §. is, cui, de statulib.* In legatario servamus scripturam testamenti, & jus commune. Legatarius defectus est conditione: ergo non potest capere legatum. In libertate autem separamus jus statutum ab Imperatoribus favore libertatis, contra regulas juris communis. Hanc differentiam introduxit favor libertatis. Aliud est jus commune, aliud jus constitutum. Discrepant sæpe constitutiones à jure communi, & plurimum levi, aut nulla ratione. Qua de causa Macrino Imperatori (qui Jurisconsultus fuit, ut Capitolinus narrat) fuit aliquando in animo ita rempublicam constituere, ut res ex jure perageretur, non ex constitutionibus, sive jure constituto. Græci sic interpretantur, & in supradictis legibus, *d. l. si ita datur, & l. si peculium, & in l. 1. rer. amot.* quod sit contra regulas juris. Et ita quoque jus constitutum accipere oportet apud Gell. *lib. 12. cap. 13.* ubi audis, aut legis, aliquid constitutum esse, aut constitutionibus in

E e e 2

110-

tractum: recte existimabis id esse constitutum contra jus commune. Sed de iis haec tenentur.

Ad L. X. de Munerib. & honor. *Honorem sustinenti munus imponi potest: munus sustinenti honor deferri potest.*

Exponit etiam quid distet honor à munere: Honorem esse administrationem reipub. cum gradu, & titulo dignitatis: veluti duumviratum municipalem, qui honor est imago consulatus, itemque decurionatum, l. 5. de decurionib. qui honor est imago senatoris dignitatis. Decuriones sunt Senatores: municipales minores Senatores, Novelli. Majoriani, curia, minor senatus: Munus esse administrationem reipubl. sed sine titulo dignitatis, veluti syndicatam, scribatam, aut quaesturam municipalem, l. honor, de munerib. & honorib. Honorem sustinenti, veluti magistratui municipali, sive duumviro munus imponi non posse: contra, munus sustinenti honorem deferri posse: quae differentia inter munus, & honorem hic proponitur à Modestino. Unde tamen male colligit Gl. *consules municipiorum*, quia honorem gerunt reipublicae, non esse obnoxios fusionibus, sive intributionibus publicis: Collectis, ut loquitur. Male: nam qui ait, *honorem sustinenti munus imponi non posse*, de munere personali ait, sive corporali, non de munere patrimoniali, à quo qui patrimonium habet, nemo excusatur, quod Bartol. notat hac reprehensa Glossa. Addamus alias differentias, quas nec praetermiserat proculdubio Modestinus, Infamiam repellere ab honoribus, non etiam à muneribus, l. 8. & 11. C. de decurion. poenae causa reum prohiberi posse honoribus, non etiam muneribus, quia poenae immunitatem tribuere non debet, l. 7. §. ult. de interd. & releg. Municipem, quantum ad munera esse desinere, si senatoriam in urbe sit adeptus dignitatem: quantum vero ad honores, municipalem retinere originem suam, l. 23. ad municipalem, quae confirmat etiam aliqua ex parte sententiam à Modestino propositam hac lege 10. Surdus, & mutus ab honoribus excusantur, non à muneribus, l. honores, §. 1. de decurion.



JACOBI CUJACIJ J. C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. VI. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. LXIII. de Procurat. *Procurator totorum bonorum, cui res administrandae demandatae sunt, res domini, neque mobiles, vel immobiles, neque servus sine speciali domini mandata alienare potest: nisi fructus, aut alias res, quae faciliè corrumpi possunt.*

VIDE TUR in hoc libro Modestinus exposuisse, quae esset distantia inter procuratorem negotiorum, datum scilicet ad administrationem rerum alienarum, & procuratorem litium, datum ad actionem, vel defensionem, qui etiam procurator negotiorum nominumque dicitur: nam & lites negotia sunt. Procuratorem negotiorum recte fieri etiam impubere, si modo rerum intellectum habeat, l. 3. §. ult. de minor. sicut institutorem, l. 7. §. ult. de instit. act. procuratorem autem litium, vel litem esse non posse, nisi majorem XVII. annis, §. iustae, Institus, qui, & ex quibus causis manumit. majorem, inquit, XVII. annis, id est, qui attigerit XVIII. annum, l. 13. de manumiss. vindict. quae dum exigit, ne procurator ad litem, & actionem sit minor XVII. annis, id exigit, ut attigerit XVIII. annum, ut contra, d. §. iustae dum exigit ne sit minor XVII. annis, hoc vult, ut compleverit 17. annum aetatis, ut sit ex ephelis (sic vocatur, qui attigit aetatem pubertatis) quae etiam constat adolescentem in forum prodire, & pro aliis postulare posse, l. 1. §. initium, de postul. Longe aliter haec differentia à Doctoribus, etiam approbante Bonifacio pontifice in cap. 5. de procurat. in

Sexto: longe, inquam, haec differentia constructa est; nempe hoc modo: procuratorem negotiorum majorem esse debere XVII. annis: id quod de procuratore litium scriptum necessario intelligendum est in d. §. iustae, & d. l. 13. supino errore aptantibus ad procuratorem negotiorum: procuratorem autem litium majorem esse debere 27. annis: in quo satis probavi supra sufficere aetatem XVII. annorum inchoatorum; qua aetate cum possit quis esse patronus causarum sive litium, cur non etiam procurator? Imo, quia patronus, & procurator multo magis. Major enim est dignatio patroni, quam procuratoris. Non est etiam verum, quod in hoc tractatu de procuratoribus Bonifacii animus arbitratur consentiens cum iisdem Doctoribus, à quibus institutus erat, non à Jurisconsultis nostris, in e. 4. de procur. in d. procuratorem, qui habet liberam bonorum, vel litium administrationem, jusjurandum deferre adversario domini, cum eo transigere, & pacisci posse: procuratorem autem, qui generale mandatum, idem non posse, nisi id ei specialiter mandatum sit, ut transigere, ut pacisceretur, ut jusjurandum deferret, quod & transactionis speciem habet, & pacitionis: nam & hunc procuratorem, qui generale mandatum habet, ea omnia posse sine speciali mandato. Sufficere generale mandatum mox ostendam, alia proposita differentia inter procuratorem negotiorum, & procuratorem litium: vel eo maxime, quod nostris auctoribus nihil refert dicere, procuratori generaliter liberam rerum administrationem esse commissam, ut in l. 58. hoc tit. aut procuratorem habere generale mandatum, ut in l. 60. de procuratoribus: aut procuratorem esse totorum bonorum, vel universorum bonorum, universarum rerum, ut in l. 63. eod. tit. Haec omnia idem possunt, nec plus habet is, cui data est libera administratio bonorum omnium, quam is, cui datum est generale mandatum, quive factus est procurator omnium bonorum, quae pertinent ad mandatum. Dicimus ergo, procuratorem litium, vel litem, sive actionis, non posse pacisci sive transigere, vel jusjurandum deferre, nisi ei specialiter mandatum sit: quia nec ei solvi potest, l. 13. de pact. l. hoc jure, de solut. & liberat. l. 17. §. ult. de jurejur. Nec vero procuratorem litem quicquam aliud posse sine speciali mandato, nisi litem agere, litem exequi usque ad sententiam: procuratorem autem universorum bonorum, cui res administrandae sunt commissae; vel, quod idem est, procuratorem, cui generaliter libera administratio concessa est, qui quasi pene dominus est, ut ait Marcus Tullius pro Caccinna, pacisci posse, quatenus negotiorum domini exigit ratio: & pactum domino, vel prodest, vel obest, l. 10. §. ult. l. 12. de pact. Eidem procuratori debitorem domini recte solvere, & solvendo liberari, l. 11. de pact. l. qui hominem, §. si Titio, de solut. Eundem quoque procuratorem per stipulationem ad utilitatem domini veterem obligationem novare posse, l. 20. in fi. de novation. exemplo tutoris, qui ad utilitatem pupilli novare obligationes potest, l. 22. de administ. tut. Eundem etiam procuratorem (quae est alia novationis species) rem in judicium deducere posse, l. 12. de pact. l. licet, de judic. id est, in judicio petere, & exigere posse, etiamsi specialiter ei non sit actio mandata, quae domino debetur: & similiter jusjurandum deferre posse sine speciali mandato, quasi sufficiente generali, d. l. 17. §. ult. de jurejur. Transigere eum quoque posse de lite dubia, & incerta, modo exemplo tutoris id non faciat, de mitemendi causa, ut ait l. 46. §. ult. de administ. tut. Unde & in l. 60. de procurat. datum ait. mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpretatam, & c. pro decidendi, jam pridem ostendi esse legendam, ut in l. 46. §. ult. deminuenti. Decidere, & transigere, idem est. Inepta igitur haec locutio est, transigere decidendi causa, ac si diceret, transigere transigendi causa. Denique procurator universorum bonorum potest transigere dubie, perplexae, & incertae litem decidendae causa, non etiam deminuenti, non donandi causa: Neque enim, etsi ei permessa sit libera administratio, datumve generale mandatum, usquequaque ei permessa est libera administratio; non si deminue-

nucro, dissipare, donare bona mandatoris velit. Su- A
 priora denique omnia, quæ commemoravi, procura-
 tor, qui generale mandatum habet, agere & execu-
 ti potest ad utilitatem tantum domini, vel cum id nego-
 tiorum domini utilitas, vel necessitas efflagitat: & eo-
 dem modo, ad utilitatem domini, aliud pro alio, sine
 simplici mandato, permutare potest, l. 58. de procurat.
 Procurator, inquit, cui generaliter rerum administratio com-
 missa est, potest exigere pecuniam a debitoribus domini,
 novare, aliud pro alio permutare: quod est plane alienare
 rem domini, ut vice ejus aliam accipiat. Novare in hac l.
 58. non habent Florentini, sed est rectum tamen, & in Ba-
 siticis, *novare*. Recte igitur valgo additur, *novare*.
 Verum an etiam procurator universonum bonorum
 alienare, id est, vendere potest? an pignori obligare res
 domini? Sic videtur æque, si hoc negotiorum domini B
 exigat ratio, idque ostendit l. qua ratione, §. nihil an-
 tem interest, de acquir. rer. dom. & l. 12. de pignorat.
 act. certe fructus & alias res domini, quæ scilicet cor-
 rumpti possunt facile, quæ servando servari non pos-
 sant; puta tempore perituræ, subjectæ calibus fortuitis,
 calamitatibus consuetis, quarum retentio magis onerat
 negotia domini: eas, inquam, res, ille procurator sine
 speciali mandato vendere potest, ut Modestinus de his
 rebus tractans, proculdubio in hoc libro sexto scripsit
 in l. 63. de procurat. Hoc addita, non posse tamen
 procuratorem, qui habet liberam administrationem:
 sive, quod idem est, generale mandatum, non posse
 vendere res mobiles, aut immobiles, vel servos: servi
 non sunt res immobiles, sed moveantes, non posse, in-
 quam, cum vendere res immobiles, vel servos sine spe-
 ciali mandato: adde, nec pignori obligare sine speciali C
 mandato, ut & in mandato generali, quod proponitur
 in l. creditor, §. ult. mand. Qui locus est valde notan-
 dus. Id specialiter exprimitur, dato generali mandato:
*ut res mobiles, sive immobiles, sive servos, sive
 vendere velis, sive pignori obligare, sive emere*. Mandatum
 ibi generaliter scriptum est Græcè: sed mandato generali
 adjicitur speciale, ut vendere possit, & pignerare, quasi
 necessarium, vel igitur posse illam res mobiles, vel im-
 mobiles, vel servos tenere vendere, vel obligare: ex cau-
 sa, posse. Quidam? si negotiorum exigat utilitas, vel ne-
 cessitas: forte si res steriles sint, ut *litem veniant, s. redat
 l. 2. de petit. hered. si supervacui & inutiles servi sint, l. ult.
 C. quando decr. opus non est: si pecuniam confici necesse
 sit: ne agri inculti sint: ne ædificia ruant: ne pretiosa pi-
 gnora distraherentur: ne pœnæ, vel usuræ debiturum sor-
 tium excrescant, l. 7. §. ult. de jure delib. Et ita hæc lex
 explicanda est. Verum hic necesse est addi alias differen-
 tias inter hæc duo genera procuratorum. Servus procura-
 torem habere potest in administratione negotiorum, &
 rerum peculiarium, non in actionibus, quas & nullas ha-
 bet, suo vel alieno nomine, *l. servum, §. 1. hoc tit. l. 44. §.
 ult. de judic. Mutus & surdus ad administrandum procura-
 tores dari potest, non ad agendum, l. mutus, in princ. h. c.
 tit. Procurator factus ad agendum ante litem contesta-
 tam, alium in eadem re, sive lite, procuratorem facere non
 potest: procurator factus ad administrationem statim in
 eodem negotio alium procuratorem facere potest, l. si
 procuratorem, §. si quis mandaverit, D. mand.**

Ad L. XLVII. de Petitione hereditatis. Prædonis loco in-
 telligendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, ut non ca-
 pienti restituere hereditatem. E

Exponamus prius sententiam hujus legis, quam differe-
 rentiam, ad quam respicere videtur. Scicendum est pe-
 titionem hereditatis dari non adversus quemlibet posses-
 sorem, sed adversus eum duntaxat, qui hereditatem, vel
 rem aliquam hereditariam possidet pro herede, vel pro
 possessore, l. 9. hoc tit. id est, qui actori controversiam fa-
 cit hereditatis, quod utique facit qui possidet pro herede,
 quia contendit se heredem esse. Sed et si qui possidet pro
 possessore, qui impudenter asserit se hereditatem, aut quas-
 dam res hereditarias possidere, nec ullam adfert causam,

titulumve justum possessionis suæ, & opponit sese adver-
 sario tum petenti hereditatem, & cum eo iudicio eodem
 contendere paratus est: his etiam quasi pro herede pos-
 sessori hereditatis controversiam facere, & quodam-
 modo se heredem dicere videtur, quamvis id non di-
 cat nominatim: qui scilicet opponit dicendo se here-
 dem esse, & vicissim ipse se heredem esse dicere vi-
 detur: facit igitur controversiam hereditatis qui peti-
 torem hereditatis negat esse heredem, non etiam &
 hoc simul dicit se heredem esse, non tenetur petiti-
 one hereditatis, l. 43. hoc tit. quia controversiam non
 facit. Eademque ratione qui possidet pro herede, vel
 pro donato, vel pro legato, vel pro dote, non tenetur pe-
 titione hereditatis, quia non dicit se heredem esse; sed se
 dominum esse ejus rei, quam possidet ex causa emptionis,
 vel donationis, vel legati, vel dotis. Denique is tantum
 tenetur vero heredi petitione hereditatis, qui dicit se
 heredem esse, quod utique dicit qui pro herede possidet,
 vel dicere videtur. Quicumque possidet, nec ulla allata
 causa possessionis suæ cum eo, qui petit hereditatem judi-
 cium accipere non detrectat, id est, qui pro possessore
 possidet, qui uno verbo dicitur prædo, l. 11. in fin. hoc tit.
 pro possessore, inquit, possidet prædo: prædonis enim no-
 men passim in hoc tit. & innumeris aliis locis juris nostri,
 non tantum raptor & invasor rerum alienarum significa-
 tur, sed quicumque mala fidei possessor, quia etiam
 nullam vim adhibuerit in apprehendenda possessione, l.
 non solum 13. de noxal. act. s. & si heredis. Inst. de offic. jud.
 impudens possessor est: hujusmodi quidam est prædo, sub
 quo heres institutus testatori roganti in fraudem legum
 tacita fide promissit (cum alias non posset, aut non aude-
 ret expressim) se hereditatem restitutum ei, qui ex lo-
 gibus ex testamento capere non potest, *l. cum, qui, de his,
 que ut indig. quæ ait hunc esse mala fidei possessorem, er-
 go & prædonem esse: & hoc est quod ait Modestinus in
 hac l. 46. Prædonis loca intelligendus, & c. non capienti, id
 est, incapaci: unde sequitur etiam, heredem, qui testamen-
 to scriptus est, quique tacitam fidem accommodavit de
 bonis restituendis incapaci, dum, inquam, ita possidet
 hereditatem pro possessore, quia est mala fidei posses-
 sor, fisco teneri petitione hereditatis, ad quam pertinent
 omnia fideicommissa, & eripientur heredi scripto, quasi
 indigno, qui in fraudem l. tacitam fidem accommodavit;
 teneri autem fisco, ut hereditatem fisco restituat cum fru-
 ctibus omnibus, etiam iis, quos ex hereditate percipit an-
 te motam litem, vel percipere potuit, d. *l. cum, qui: quia
 prædonis loco intelligendus est. Senatusconsultum igitur
 Adrianum de petitione hereditatis, quod de bonis caducis
 loquitur, l. item veniunt 20. §. præter, hoc tit. & l. 46.
 apparet locum habere etiam in bonis ereptitiis (sic vo-
 cantur scilicet quæ fisco aufert indignis) sicut etiam
 locum habet in omnibus aliis bonis, quæ quacumque alia
 ratione recidunt in fiscum, veluti publicatione, vel alio
 modo, d. l. item veniunt, §. ait Senatus. Et hæc quidem,
 de petitione, sive vindicatione hereditatis. Idem est pe-
 titio & vindicatio. Modestinus hoc lib. tractavit ex adver-
 so vindicationes rerum singularum: vindicatio hereditatis
 datur tantum adversus eum, qui pro possessore, vel pro
 herede possidet: vindicatio rerum singularum datur ad-
 versus quemcumque possessorem, l. officium 9. de rei
 vindicat. non tantum si pro herede, aut pro possessore
 possideat, sed etiam si pro emptore, vel pro donato, vel
 quolibet alio titulo, quia lis domini est, l. 18. de usur.
 actio de dominio, l. 14. de servo corr. & nihil refert qua
 causa dicat se esse dominum possessor, qui mihi rem vin-
 dicanti controversiam facit domini ex causa emptionis,
 vel donationis, an ex causa hereditatis legitimæ, vel te-
 stamentariæ, modo se dominum dicat, sive adjiciat cau-
 sam quamlibet, sive non adjiciat, ut pro possessore pos-
 sessor in hoc iudicio in rem speciali justus adversarius est,
 justus contradicitor, *la partie est bien faite*. Sunt inter hæc
 duo judicia & aliz differentiz: petitio hereditatis est bo-
 næ fidei: & ideo non desiderat ut opponat exceptionem
 doli mali, quibus casibus ea locum habet. Item qui eam
 exce,**

exceptionem habet, quia iudicio tacite inest, cum sit iudicium bonæ fidei, *l. plane, l. ult. hoc tit. l. ult. in fine, C. eod.* actio in rem non est bonæ fidei, sed arbitraria, *l. qui restituere, de rei vindic.* petitio hereditatis est mixta tam in rem, quam in personam, *l. sed et si, §. pen. hoc tit.* non etiam actio in rem. Rursus in petitione hereditatis veniunt res defuncto commodatæ, vel depositæ, *l. & non tantum, hoc tit.* non etiam in actionem in rem, quia domini lis est. Servitutes prædiorum non veniunt in petitionem hereditatis, *d. l. & non tantum, & l. ult.* ubi redditur ratio, & constat tantum eas venire in actionem in rem, confessoriam & negatoriam. Petitione hereditatis tenetur qui ex venditione rei hereditariæ pretium redegit ex Senatusconsulto Adriano, *lit. veniunt, §. & ait Senatus, hoc tit.* sed non tenetur etiam actione in rem, quia ejus pretii, qui agit in rem dominus non est, sed tenetur actione negotiorum gestorum, *l. ult. de negot. gest. l. 3. C. de rei vindic.* Et postremo in petitionem hereditatis veniunt partus & fructus ipsius iudicii natura & potestate, quia his verbis iudicium petitionis hereditatis intenditur, si pareat hereditatem meam esse, & hereditatis nomen recipit augmentum & decretionem, augmentum fructuum vel partium, ideoque ipsius iudicii natura & potestate, in petitionem hereditatis veniunt partus fructusque, si ante litem contestatam percepti sunt, quia auferunt hereditatem, quæ postea petitur: veniunt autem officio iudicis, si percepti sunt post litem contestatam. Hoc ita se habet in petitione hereditatis: in actione autem in rem fructus & partus veniunt tantum officio iudicis, hi scilicet qui percepti sunt potest litem contestatam: nam ante litem contestatam percepti, separatim vindicandi sunt, *l. 2. C. de petit. hered.* nec enim qui petit rem hac formula, *rem meam esse ajo*, petit etiam fructus ante perceptos, quia rei appellatione fructus non continentur, quod nomen est juris, nomen universitatis. At initio hujus lib. 6. jam exposui duas differentias: una, quæ est inter procuratorem datum ad administrandum, & procuratorem datum ad agendum. Alteram, quæ est inter petitionem hereditatis, & actionem in rem specialem: singulæ differentiarum constant ex pluribus, & his quidem, quas docuimus esse inter petitionem hereditatis, & actionem in rem specialem, aliam sane licet addere: petitionem hereditatis non perimit præscriptione longi temporis, id est, decennio inter præsentem, & vicennio inter absentes, sed perimit tricennio, id est, spatio 30. annorum: actionem autem in rem specialem perimit præscriptione longi temporis, *l. hereditatis, C. de petit. hered.* Et ratio hæc est: quia actio in rem specialis est mera in rem, est in rem duntaxat, non in personam: petitio autem hereditatis mixta est actio, in rem, & in personam. Petitioni hereditatis duæ insunt actiones, una realis, altera personalis: & hæc per se, & illa vicissim per se, æque principalis est actio: personalis autem actio non perimitur, nisi tricennio, realis, decennio inter præsentem, aut vicennio inter absentes: hæc autem, quæ mixta est actio, qua personalis est, perimitur tricennio, non ceteriori tempore, non breviori tempore: qua vero realis est, perimitur vel decennio, vel vicennio. Mixta actio, vel tota æstimanda est ex parte, qua realis est, vel ex parte, qua personalis est. Cum quaeritur, quandiu duret mixta actio, qua ex parte, æstimabitur tota, & quidem si petitio hereditatis, vel quælibet alia actio mixta, tota æstimatur ex parte, qua realis est, injuria fiet actori, coarctata ei personali actione ad annos decem vel viginti. Itaque melius est totam actionem mixtam æstimari ex parte, qua personalis est, etiam producta actione reali in tricennium. Melius est jura & actiones, quæ cuique competere produci, quam coarctari. Itaque merito constitutum est actionem mixtam, veluti petitionem hereditatis, perinde ac si mere personalis esset, non perimi, nisi spatio xxx. annorum. Et hæc est differentiarum ratio. Hoc solum adjicio ad tertiam differentiam, quam eodem libro Modestinus exposuisse videtur, quæ est *l. 11. de servit. & l. 3. pro dere. & l. 3. de divers. & temporal. præscript.* quæ conjungendæ, & simul explicandæ sunt.

Ad L. XI. de Servitutibus. Pro parte domini servitutem acquiri non posse, vulgo traditur, & ideo si quis fundum habens, viam stipuletur, & partem fundi sui postea alienet: corrupti stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte neque legari, neque adimi via potest: & si id factum est, neque legatum, neque ademptio valent.

Ad L. III. pro Derelicto. An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet: & quidem si in re communi, socius partem suam reliquerit, ejus esse definit. Ut hoc sit in parte, quod in toto. Atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

Ad L. III. de Diversis & temp. præscript. Longe possessionis præscriptionem, tam in prædiis, quam in mancipiis locum habere manifestum est.

Hoc solum addi voluimus ad 3. different. quam hoc libro proposuisse Modestinus videtur, pertinere has II. quæ simul conjungendæ sunt & explicandæ. Plerumque, quod juris est in toto, sive universo, idem juris est in parte: Portio, ut Tertullianus ait, *universitati adæquatur*, Lex dilata in universum ordinem coangustari potest: & Cicer. 3. De legibus, & in Bruto: *Quod probatum est in universo, idem in parte probari necesse est.* Verum demontremus exemplo ex jure nostro petito. Quæ de tota re vindicanda a domino, cum ab alio possidetur, dicuntur & de ea re restituenda iudicio in rem cum fructibus perceptis post litem motam, & omni causa, eadem & de parte etiam, quæ vindicatur, intelligenda sunt, *l. quæ de tota, de rei vindic.* quod in toto legato legatario præstando juris est, non interveniente leg. Falcidia, ut scilicet non ideo minus totum id integrum legatum legatario præstetur, quod post mortem testatoris bona deminuta sint, idem omnino obtinet interveniente Falcidia in parte legati, quæ detracta Falcidia, apud legatarium remanere debet, id est, in dodrante, ut scilicet dodrans integer legatario præstetur, habita ratione bonorum, quæ fuerunt tempore mortis, non etiam habita ratione damni, quod hereditati contigit post mortem testatoris. Et hæc est sententia *leg. in ratione 2. §. rursus, ad leg. Falcidiam.* Item, quod dicitur de eo, qui ex asse heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem, idem obtinet & in eo, qui ex parte heres institutus. Eadem est ratio partis, & totius, *§. nihil autem, & §. si quis una, vers. quæ autem diximus, & c. Instit. de fideicom. heredis.* Quod dicitur de incapaci in totum, qui nihil capere potest ex testamento, videlicet, ut si servus ejus heres sit institutus, & antequam adiret hereditatem, jussu domini alienatus, vel manumissus sit, sine fraude ad hereditatem admittatur, post quam exivit dominio incapacis: idem omnino obtinet in eo, quem ex parte tantum leges incapacem fecerunt, quod proponitur in *l. si servus ejus, de acquir. hered.* Adjecit Modestinus, cum studiose hoc libro colligeret has causas, & cæteras omnes, in quibus, quod probatur in toto, probatur etiam in parte, adjecit, inquam, quod est in *l. 3. de divers. & temporal. præscript.* Præscriptionem longi temporis, quæ habet locum in prædiis rusticis, habere etiam locum in mancipiis prædiis cohærentibus, quia mancipia pars sunt prædiorum, *l. hæc atituali, §. bis illud, C. de sec. nupt. l. jubemus 2. C. de sacrosanct. Eccles. & Novell. 7.* ubi Julianus ait, *mancipia esse membra rerum immobilium*, id est, prædiorum: unde sequitur, ea mancipia usucapione non acquiri, sed præscriptione longi temporis. Denique, ea mancipia, quæ prædiis cohærent, pro rebus immobilibus haberi, non pro mobilibus: imo nec donari, vendi, legari sine prædiis posse, *l. si quis inquilino, de leg. 1. l. 2. l. 7. de agricul. & cens. lib. 11.* Addit etiam Modestinus quod extat in *l. 3. pro derel.* totius rei dominum desinere esse dominum nudo animo, nuda voluntate, hoc uno casu, si rem pro derelicto habeat. Et similiter partis rei dominum, qui scilicet rem communem cum alio habet pro indiviso, partis dominum esse desinere, si eam pro derelicto habeat: atque ita prorsus idem esse in parte, quod in toto. Verum statim subjecit in *d. l. 3.* (quasi versa pagina) hoc non esse perpetuum, non semper idem juris esse in parte, quod in toto. Nam & si totius rei dominus, totam rem

dere.

derelinquere possit, abjecto dominio rei, & exposito locupanti, non potest tamen partem derelinquere, & partem retinere, partim pro indiviso, scilicet quæ incerta est, & intellectu, non sensibus percipitur. Itaque natura non fert, ut possit derelinqui pars pro indiviso, quæ non est, sed intelligitur, partem certam derelinqui posse, nemo ambigit, quia pars certa veluti totum quoddam est. Et pari differentia, totius prædii dominum universo fundo servitutem veluti iter, aut viam acquirere posse; non etiam partem prædii pro indiviso, sicut nec unus ex dominis prædii communis pro parte dominii servitutem acquirere potest, quia servitus res individua est: quod & ex hoc libro relatam est in l. 11. de servit. Et quemadmodum ibi ostenditur, hoc adeo verum est, ut si totius fundi dominus viam sibi dari stipuletur, & postea, antequam ei via cederetur, fundum communicaverit alteri, veluti alienata parte fundi pro indiviso, hoc factum extinguat stipulationem, in eum casum eam deducendo, à quo incipere non potest: quia ex stipulatione cedi, & acquiri servitus pro parte dominii, quam retinuit non potest, l. si sub una, de verb. obligat. Si qui, inquit, viam ad fundum suum dare stipulatus fuerit, postea fundum, partemve ejus ante servitutem constitutam alienaverit, evanescit stipulatio. Si fundum totum alienaverit, cur evanescit? quia, fundum non habenti servitus acquiri non potest, quæ fundi est, non hominis, quæ jus prædii est, non hominis: si parte servitus acquiri non potest, & inquit, si fundum, partemve alienaverit ante constitutam servitutem. Cur hoc? quia post constitutam, & impositam servitutem, si fundum alienavit, servitus sequitur fundum, si partem alienavit, servitus retinetur per partem, licet per partes ab initio acquiri, & constitui non potuerit. Facilius retinemus, quæ acquisivimus, quam acquirimus, l. ut pomum, de servit. l. pen. §. ult. de verb. obligat. Subjungit Modestinus in d. l. 11. eadem ratione, pro parte servitutem inutiliter legari, & convenienter legatam servitutem in solidum, & que pro parte adimmi inutiliter: quia si ademptio valeret facta pro parte, pro eo esset, ac si pro parte servitus legata esset, quod jure non consistit, l. 2. 3. §. ult. de servit. leg. ubi exposuimus, & etiam in l. 2. §. ex iis, de verb. obligat. Sic igitur duobus exemplis propositis, uno in l. 3. pro derel. alter in d. l. 11. de servit. Modestinus docuit, non semper esse idem juris in parte, quod in toto: quibus exemplis forte, & hæc addiderat, eum qui partem tantum usus fructus petat, & totum usumfructum petiit, nec obtinuit: si rursus totum usumfructum petat, repelli exceptione rei judicatae, non etiam si partem usumfructus accrescentem, repudiante collega petat, quia usumfructus personæ accrescit, non portioni, l. & an eadem, §. 1. de except. rei judic. l. interdum, de usufr. accresc. Item rescisso in totum testamento paterno, rescindi etiam in totum testamentum pupillare, id est, substitutionem pupillarem, non etiam rescisso paterno testamento pro parte tantum: veluti fratre exheredato agente ex inofficioso testamento contra fratrem heredem institutum; qui querela agit pro parte tantum, atque ideo pro parte tantum rescindit testamentum: & satis est pro altera parte tantum testamentum paternum rescindi, ut subsistat in integro substitutio pupillaris, l. Papinianus §. sed neque impub. de inoffic. testam. l. in substitutione, de pup. substit. Item, evicto toto fundo, qui nunc est, puta, deminutus vi fluminis, pro toto fundo, qui fuit olim, emptori venditorem teneri evictionis nomine, hoc est certissimum. Evicta autem parte fundi, qui nunc est, verbi gratia, parte quarta, pro ea parte quarta, quæ nunc est, præstari evictionem, non pro parte ea, quæ fuit olim. Quæ differentia summa ratione nititur, ut intelligitur ex l. ex mille, de evict. Explicare autem rationem illam, sine longa digressionem, & mora non licet: itaque pergamus ad aliud.

Ad L. CVIC. de Reg. jur. Qui per successionem quamvis longissimam defuncto heredes constituerunt, non minus heredes intelliguntur, quam qui principaliter heredes existunt. Ad L. VII. de His quib. ut indign. Qui Titii testamentum falsum dixit, nec obtinuit: heredi ejus heres existere pro-

A *hibendus non est: quia non principaliter in Titii hereditatem succedit.*

Idem Modestinus docuit ex hoc libro in l. 194. de regul. jur. Eum qui per successionem, quamvis longissimam, (per seriem longissimam) defuncto heres existit (alieno nomine, non suo, veluti heredem heredis: & accipere heredem heredis in infinitum) cum non minus defuncti heredem intelligi, quam cum, qui directo, & principaliter suo nomine defuncto heres existit: puta heredem primum, proximum, quæ regula juris ita vulgo effertur, *heredem heredis esse heredem testatoris*, sed heredem per successionem, non suo nomine: non directo, sed beneficio alieno, non ex iudicio defuncti, sed alieno, l. ult. C. de hered. instit. l. antiquitas, C. de usufr. l. 22. C. de leg. l. Sempronius 1. de usufr. leg. l. codicillis, de annuis legat. l. 65. de verbor. signific. l. quamvis, §. 1. ad Trebell. Et hoc proposito Modestinus subjecit statim, *In multis tamen causis plurimum referre, utrum quis alicujus sit heres primus suo nomine, & ex iudicio ejus, an heres heredis*, idque ostenditur in l. 7. de his quib. ut indign. aufer. quæ est ex eodem lib. Modestini: *Qui Titii testamentum falsum, &c.* Titius scripsit Cajum heredem ex parte, & adjecit ei coheredes: Cajus erat illi proximus agnatus, hic Cajus spe obtinendæ totius hereditatis ab intestato jure agnationis tamquam proximus agnatus, ut excluderet coheredes, falsum testamentum dixit, nec obtinuit: non poterit testatori heres existere ex parte, quæ ei adscripta est, sed eam partem ei fiscus auferet, quasi indigno: non potest igitur, qui falsum testamentum dixit, nec obtinuit testatoris heres esse: heredis tamen alterius testatoris heres esse potest, quia principaliter in Titii hereditatem non succedit, sed per successionem: quæ est sententia d. l. 7. satis aperta.

Ad L. V. de Conjung. cum emanc. Si nepos exheredatus heres exstiterit ei, quem avus heredem fecerat, deinde pater ejus emancipatus testamento præteritus accipiat contra tabulas patris bonorum possessionem: jungi patri suo nepos non poterit, sed ut extraneus excludetur: quia non suo nomine avo heres exstiterit.

Idem ostenditur in l. 5. de conjung. cum emancipat. liber. Sententia hæc est: Filio emancipato præterito petenti bonorum possessionem contra tabulas, conjungi nepotem ex eo, quem avus retinuit in potestate, videlicet si nepos avo suo nomine, id est directe, & principaliter heres exstiterit, non etiam si ab avo exheredatus, heres exstiterit heredi avi: quia non suo nomine, sed per successionem avo heres exstiterit, & non ut nepos successit in hereditatem avi, sed ut extraneus quilibet institutus ab herede avi: & edictum illud de conjungend. cum emancipato liberis, quod dicitur edictum Juliani nominatim eos tantum admittit cum filio emancipato silentio præterito, qui petit hereditas suo nomine pertinet: quique nominatim heredes scripti sunt, l. 1. in princ. eod. tit. Non est dubium etiam adjunxisse Modestinum eos tres casus, qui notantur in l. sciendum, de verbor. signific. quibus etiam quod probatur in herede primo, non probatur etiam in herede heredis ex hac substitutione pupillari: *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto*, vocari heredem primum, non heredem heredis, qui & incertus testatori fuerit incognitusque, ac proinde qui non venit ex iudicio defuncti: In lege Ælia Sentia, quæ filio heredi permittit libertum paternum ingratum accusare, non contineri heredem filii, heredem heredis, & id licere filio heredi, non heredi heredis, & similiter, qui tertius est casus, operarum exactiones adversus libertum paternum habere filium heredem, non heredem filii: ac præterea, nobis licet addere etiam hunc casum ex l. ult. de legat. 3. à substituto impuberis instituti, qui patri directo heres existit ex substitutione pupillari, legata relicta deberi: à substituto impuberis exheredati, qui heredi primo heres existit, legata relicta non deberi, est manifestissima differentia. Et illum quoque casum licet addere, quem habuimus libro superiori, l. §. 1. de condition. & demonstrat. legatarium heredi decem dare jussum dando heredi primo, conditionem implere, & consequi legat.

legatum: dando heredi heredis, non implere conditionem, A nec consequi legatum: quia certa periona est demonstrata, cui soli daretur, id est, in cujus persona conditio impleteretur.

Ad L. X. de Suis, & legitimis heredibus. Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat, vel non manumissori bonorum possessio competat: mater defuncti submovetur.

Hæc lex pertinet ad jus antiquum, quo magna constituta erat differentia inter patrem, qui in emancipatione filii familias manumissor exstitisset; & patrem, qui in emancipatione filii familias manumissor non exstitisset, nec magnopere attinebat hanc leg. immiscere huic corpori Digestorum condito auctoritate, & nomine Justiniani, cum jam esset ab ipso Justiniano distinctio illa antiqua sublata, ad quam hæc l. 10. respicit, l. 4. C. de jure patron. & de bonis libertor. constitutione Græca, (cujus fit etiam mentio in eam rem in §. ult. de leg. agnat. success. quod & posteriores animadvertentes, qui considerunt Basilicæ auctoritate Leonis Philosophi, corpori Basilicæ, hanc l. inferere noluerunt. Et hinc interea apparet, multa ex jure antiquo Modestini. in suos libros Differentiarum contulisse: nec non conjectura ducitur certa, magnam partem eorum, quæ desiderantur ex iis libris, juris antiqui fuisse, & obsoleti præcepta & distinctiones. Verum qua in re hæc differentia plurimum verlatur inter patrem manumissorem, & patrem non manumissorem, videamus. Pater, qui filium familias potestate sua liberare in animum inducebat, ex XII. tabulis eum emancipabat, id est, vendebat extraneo. Nihil refert dicas, emancipare, aut mancipare, emancipationem, aut mancipationem, ut recte scriptum in Florent. l. actus, de reg. jur. Emancipare, tantumdem est atque mancipare: Mancipatio, sive emancipatio, est imaginaria venditio: emancipare, sive mancipare, est imaginariam venditionem facere. Igitur pater, qui volebat suum filium suis sacris, sua potestate absolvere, eum emancipabat, id est, vendebat extraneo nummo uno, nummo Cajano, ut Statius loquitur, qua in coemptione Cajus dicebat: ubi tu mihi Caja, & ego tibi Cajus, & inde appellatio nummi Cajani. Vendebat filium extraneo nummo uno, nummo Cajano: non venditio igitur, nisi fictitia: quia nummus non potest esse verum pretium. Venditio igitur erat imaginaria, per quam filius etiam redigebatur in imaginariam servitutis formam: id est, imaginarius servus fiebat emptoris, ut ait l. liberos, de cap. min. Eaque venditio fiebat hac lege, ut emptor imaginarius filium sibi venditum vindicta manumitteret: quo facto, manumissus non protinus fiebat sui juris, sed revertebatur ipso jure in potestatem patris naturalis. Ipso jure, ἀπὸ τοῦ νόμου εὐνοίας νόμος, tacito jure, ut Theophilus ait in §. præterea, quibus mod. jus patr. potest. solv. Deinde idem filius, qui redierat in potestatem patris naturalis ex prima manumissione, iterum à patre naturali eidem extraneo emancipabatur, eadem lege & conditione, ut vindicta manumitteretur; & iterum manumissus, mox ipso jure etiam iterum revertebatur in potestatem patris naturalis. Sequebatur deinde tertia emancipatio (nam venibat ter) vel ea lege interposita, ut emptor filium manumitteret. Qua re ita gesta, mortuo filio intestato, pater naturalis, qui cum non manumiserat, sed emptor imaginarius filio non erat heres legitimus, sed erat honorarius successor, veniebatque ad filii successionem per bonorum possessionem unde decem persone, sic nuncupabatur, & hac via præferebatur extraneo manumissori, §. sunt autem, Instit. de bonor. possess. Vel tertia illa emancipatio ea lege fiducia contracta, ea fide interpolita fiebat, ut emptor imaginarius, qui & tum pater fiduciarius dicebatur, filium non manumitteret ipse, sed patri naturali remanciparet, revenderet, & tum remancipatum sibi pater naturalis manumittebat tanquam servum suum ære comparatum, & re quidem ita gesta pater naturalis tanquam patronus, id est, manumissor, filio intestato præmortuo, heres erat legitimus, poteratque adire hereditatem filii, vel petere bonorum possessionem unde legitimi, l. 2. C. ad Sena-

usc. Tertull. Et potest etiam hodie omnino sine distinctione, ex constitutione Græca Justiniani: quia semper pater naturalis pro manumisso habetur, pro patrono. Proinde hæc erat differentia inter patrem, qui in emancipatione filii manumissor non exstiterat, & patrem, qui manumissor exstiterat, contracta in tertia mancipatione fiducia sibi remancipandi filii, ut à se manumitteretur, quod hic filio intestato heres erat jure legitimo: ille jure prætorio tantum. Et hæc filio intestato. Testato autem filio emancipato, & in testamento ejus exheredato, aut præterito patre, etiam differentia erat inter patrem manumissorem, & patrem non manumissorem. Nam si pater in emancipatione manumissor non exstiterat, ex causa præteritionis, vel exheredationis injuriøsæ, habebat tantum querelam inofficiosi testamenti, ut pater: si manumissor exstiterat ex contractu fiducia, præter querelam inofficiosi testamenti, quam habebat in assem, ut pater: habebat etiam, ut patronus præteritus bonorum possessionem contra tabulas, in portionem legitimam, quæ debetur verendiciæ patroni. Et hujus distinctionis antiquæ residet adhuc exuvia in l. si à milite, §. ult. de milit. testam. l. 1. in si. Si à par. quis manum. l. pater filium, l. filio, §. 1. de inoffic. testam. Denique pater præteritus, qui manumissor exstiterat filio testato, duplex jus habebat: jus patroni, & jus patris: pater, qui manumissor non exstiterat, jus patroni dumtaxat: filio autem intestato, hic vocabatur ad successionem filii jure honorario, excluso extraneo manumisso, ille autem jure civili: quæ summæ differentia erant inter patrem manumissorem, & patrem non manumissorem. Hoc tamen commune erat in utroque patre, quod quoquo jure veniret ad successionem filii intestati, honorario aut civili, matri præferebatur in successione filii communis. Quod & hodie obtinet, §. præferuntur, Instit. ad Senatusc. Tertull. Et hoc est, quod ait Modestini. in hac l. 10. Si ad patrem manumissorem, inquit, filii intestati legitima hereditas pervenerit, vel non manumissori bonorum possessio competat: bonorum possessio, quæ sic vocatur, unde decem persone, scilicet per quam præferebatur extraneo manumissori pater defuncti, quod confirmatur etiam l. 2. §. objicitur, ad Senatusc. Tertull. l. 2. C. eod. In hanc leg. 10. prima Glosa placet omnino: in secunda, hæc solum verba placent, & probari debent, veluti contracta fiducia: cætera sunt delenda. Porro illæ tres emancipationes, & manumissiones, quæ & hodie (quod mirum est) frequentantur in Moscovia, ut scribit optimus, & doctissimus vir Sigismundus Liber Baro, qui librum optimum scripsit de rebus Moscoviticis; & inter cætera refert, eos, qui volunt filium sui juris facere, ter alienare per imaginariam venditionem, & alienationem, ex 12. tabul. Nam ut ab initio dixi, hoc fiebat ex 12. tabul. nempe ex hac l. quæ extat in libr. Reg. Ulpiani: Si pater ter filium venundavit, filius à patre liber esto. Et fiebant sigulæ emancipationes, vel iisdem, vel aliis adhibitis testibus, vel eodem die, vel intermisso tempore, ut Paulus scribit 2. Sententiarum tit. 25. Et hæc de jure antiquo, cujus tamen cognitio est necessaria ad hanc l. 10.

Ad L. XVII. de Accusationibus. Si servum dominus in crimine capitali defendat, sistendum satisfato promittere jubetur.

Hæc lex ait dominum, qui servum capitali judicio defenderit, forte absentem, juberi, inquit, lege scilicet Julia publicorum judiciorum satisfato .i. datis fidejussoribus, promittere de servo quando usus erit sistendo in judicio, quod etiam ostendit l. 2. C. de accusat. Sistendum, inquit, satisfato promittere dicitur, quod congruit omnino cum regula juris, quæ dicit, Neminem esse idoneum defensorem sine satisfactione: sine satisfactione judicatum solvi scilicet, ut vulgo ea regula accipitur. Sed adde ex hoc loco: vel judicio sisti. Potest autem dominus servos suos judicio capitali postulatos, veluti l. Cornelia de fideiussoribus, vel per se, vel per procuratorem suum defendere, præstita satisfactione scilicet, l. servus de publ. judic. Et pro servis quoque damnatis consequenter potest appellare, l. ser-

servus, & *l. Lucius, de appellat.* modo non sint famosi, A manifesti, insignes quidam latrones, vel seditio-
natores, vel duces factionum, ut fuit Spartacus servus. Pro his enim si damnati sunt, interpositæ appellationes non sunt recipiendæ, non sunt audiendæ, nec si a dominis interponantur, quorum interest peculiariter ne amittant servos: Sed in eos statim exequenda est sententia. Quod omne quidem arbitror conjuncta scriptura Modestini. hoc libro tradidisse, & ita *l. 17. de accusat.* applicandam esse *l. 16. de appellat.* quæ est ex hoc libro. Nam hoc ordine Modestinus scripserat, servum judicio capitali reum postulatam, dominum defendere posse præstita satisfactione judicio fisci, & pro damnato appellare posse, modo non esset insignis latro, aut seditio-
nator, aut dux factionum. Id quo magis verum esse credam, nimirum hoc ordine scripsisse Modestinum, facit *l. 15. de appellat.* in qua B cum propositum esset, dominum, vel procuratorem domini pro servo damnato judicio capitali, appellare posse: statim veluti exceptio subjicitur in *l. 16.* ut in eorum servorum, perinde atque liberorum hominum persona, quod damnatos statim puniri publice interest, ut sunt insignes latrones, &c. non permittatur appellatione domini interposita, differri poenæ executionem. Ad quod etiam facit *l. si quis filio, §. si autem, in fi. de ini. rupt.* Id vero, ni fallor, quod est in *l. 17. de accusat.* Modestinus scripsit ad differentiam liberi hominis, de crimine capitali rei postulati: quia nec qui satisfacere paratus est pro libero homine reo postulato, ad ejus defensionem admittitur, sed ipse reus præsens adesse, & seipsum defendere debet, ut ex ore ejus & vultu rei veritas deprehendatur: & ut cum testibus, ut fit, componi possit, C *l. pen. §. 1. de public. judic.* Quæ differentia est magna ad defensionem liberi hominis rei postulati. Nemo admittitur, nec pater quidem, aut mater ad defensionem servi hominis rei postulati: dominus admittitur. Et in aliis quoque causis multum interest, liber an servus homo reus postuletur. Nam si servus reus postuletur simpliciter, & a domino non defendatur, in vincula publica conjiciendus est, ut ex vinculis causam dicat. Liber autem homo reus postulatus, non aliter in vincula publica conjicitur (quod tamen jus hodie non obtinet) non ante coadservatur, quam confessus erit: non temere libero homini vincula injiciuntur, idque ostenditur in *l. 2. & 5. de custod. reor. & l. 4. circa fi. ad l. Jul. majest.* Item indictis feriis extra ordinem propter publicam aliquam hilaritatem, vel in honorem principis, D *indictio justitio*, ut loquebantur, clauso foro, apertis carceribus, & vinculis absolutis, & interim omnibus reis criminum data abolitione temporaria: quoad exierint feriarum & rei repetantur. Hæc feriarum & abolitiones publicæ profunt tantum liberis hominibus reis postulatis, non etiam servis: hæc est alia differentia, *l. 2. C. de cust. reor. l. Domitianus, ad Senatusc. Turpill.* Item, servus accusatus adulterii, marito accusatori non potest opponere præscriptionem lenocinii, liber homo potest, *l. quoniam Alexander, C. ad l. Jul. de adult.* Servus neque deferre, neque referre crimen potest, neque inscribere, neque præscribere crimen. Vel aliter: Servus neque directe accusare potest quemquam, neque in modum præscriptionis. Et ex his differentiis liquet, non in omnibus causis, aut per omnia locum habere, quod ex Senatufconsulto factum sub Tiberio, M. Aurelio Cotta, & M. Valerio Messala Confl. proponitur in *l. hos accusare, §. si servus, de accusat.* Si servus reus postuletur, hæc est sententia SC. eadem observanda esse, quæ si liber esset, puta, ut accusator subscribat in crimen, *l. 13. C. eod. tit.* Et ut non cuilibet servum accusare liceat, sed ei tantum, cui liberam hominem accusare prohibitum non est. Nam qui liberum hominem non potest accusare, nec servum quidem, *l. 5. hoc tit.* Et certe similiter omnia servanda sunt in judicio criminali, quod instituitur adversus servum, quæ servantur in judicio, quod instituitur in liberum hominem, exceptis nimirum supradictis casibus. Exposui jam tres leges postremas ex hoc libro 6. Differentiarum Modestini: sed nondum ideo liber sextus

Tom. II. Post.

absolutus est. Nam didici ex Licinio Rufino in collatione legis divinæ, & humanæ, *tit. 1.* & hoc quoque 6. libro docuisse Modestinum quam sæpe in jure scientes ab ignorantibus separantur, sub hoc titulo, *de scientibus, & ignorantibus*, sicut & libro 6. didicimus, Modestinum tradidisse differentiam inter depositum, & commodatum ex eodem Licinio. Ex quo apparet Modestinum differentias, quas his libris exposuit titulis distinxisse. Et de hac separatione, distinctione, differentia scientium, & ignorantium sic habetur, eam esse multiplicem, & maxime vigere in judiciis criminalibus, uti Modestinus apud eundem Licinium ait, adhibita differentia semper considerandum esse, *utrum sciente, an ignorante aliquo quid gestum proponatur*: quod etiam ostenditur in lege *5. §. ult. de poenis*: quia, inquit Modestinus, *nonnunquam per ignorantiam delinquentibus jure civili venia tribui solet*: quæ scilicet non tribuitur scientibus, qui deliquerunt consulto consilio. Et ait, *ignorantibus nonnunquam veniam dari*, ut Paulus similiter *5. Sentent. Eum, qui hominem occiderit, aliquando absolvi*: ut si *factu teli imprudenter hominem occiderit*: quo pertinet illa vetus formula apud Ciceronem in *Topic. & lib. de Oratore*: *Si telum manu fugit magis, quam jecit*? quod in quadam Tragedia Euripidis ita effertur, *Si telum manus meas liquit*: *καὶ εἴς ἐ μὲν ἀεὶ πρὸν βέλος*. Ad quam formulam veterem respexit D. Augustinus in Canone *Si homicida 23. quæst. 5.* ubi id non satis emendatum est: *Si invito, inquit, atque imprudenti telum manu fugerit*: & his convenienter *l. 1. C. ad leg. Cornel. de sicar. eique, qui casu hominem occiderit, remitti poenam homicidii*, id est, *veniam tribui*, ut Modestinus ait: Recte autem Modestinus ait, *eam veniam nonnunquam ignorantibus tribui*: nam & per ignorantiam admittitur interdum coercetur, vel leviori poena, *l. 2. infra, de term. moto*, quod & definitio *l. indicat, l. 1. de legib. delictorum*, quæ sponte, vel ignorantia contrahuntur, coercitio. Verum addit illo loco Modestinus, *si modo rem facti quis, non juris ignoret*. Quibus verbis significat ignorantibus factum veniam dari, non etiam ignorantibus jus. Ignorantiam juris non excusare à delicto, nisi sit talis persona, quæ jus ignorare posset, ut scemina, *l. si adulterium, ad leg. Jul. de adult.* Ad hæc certissimum est, sæpissime hanc distinctionem scientiæ, & ignorantiae servari, & occurrere in casibus civilibus. Inter ignorantes liberi hominis emptio, vel potius obligatio empti, aut venditi contrahitur, non inter scientes, *l. liberi, de contrah. empt.* Et Julianus inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto, *l. Julianus, de action. emp.* Item, si servus commodatus furtum commodatario fecerit, is, qui commodavit, commodatario tenetur eo nomine contraria actione commodati, si sciens talem esse servum ignorantem commodaverit, non si ignorans, *l. pen. commod.* Idemque servatur in pignore, *l. si servus, de pignorat. act.* & in locatione, *l. 14. §. his consequens, de servo corr.* Si servus sciente domino noxam nocuerit, dominus suo nomine in solidum obligatur, si ignorante domino, servi tantum nomine, in dominum competit actio noxalis, *l. 2. 3. & 4. de noxal. action.* Et ut ex jure veteri addam aliud, quod novissime repertæ ampliores sententiæ Pauli me docuerunt, *Mulier, quæ se sciens servo reipubl. junxit, etiam citra denuntiationem ex Senatufconsulto Claudiano reipublicæ ancilla efficitur, non item si nesciat*. Possunt adferri aliæ innumeræ differentiae: nam vere possum dicere nullam esse distinctionem, vel separationem in jure frequentiore, nullam numerosiore.



JACOBI CUJACIJ J. C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. VII. Differentiarum HERENNII MODESTINI.

Ad L. XXII. de Pignor. & hypoth. qualiter ea contrah. & de pact. cor. Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori

Fff

sua

suo pignori obligaveris, heres exstitero: ex post facto pignus directo quidem non convalescit: sed utilis pignoratitia dabitur creditori.

PAULUS in *l. rem alienam, de pignorat. act.* hanc differentiam docuit esse inter debitorem, qui cum rem alienam pignori dedisset, postea domino ejus rei heres exstiterit, vel qua alia ratione ejus re dominus esse cepit, & dominum ejus rei, qui debitori, à quo res sua pignoratita erat, heres exstiterat. Eam differentiam etiam Modestinus exposuit in hoc lib. & novissime sublatam esse docuit in *l. 22. de pig.* quæ est ex hoc libro: obligationem pignoris non contrahi, re aliena pignori data sine voluntate domini: sed si debitor, qui rem alienam pignori dedit, sine voluntate domini, postea ex testamento domini, vel alio modo ejus rei dominium nanciscatur, pignus convalescit, quod ab initio non valuit, non quidem directo, quia obstat reg. juris: sed creditori data utili, non directa pignoris persecutione, id est, actione hypothecaria, ut *l. 1. in princip. de pign. l. 5. C. si res alien. pignor.* Non idem esse si à debitore, re aliena pignori data, non consentiente domino, postea dominus ejus rei debitori heres exstiterit, & consequenter, idem, qui est dominus pignoris, etiam debitor esse cepit: hoc enim casu pignus non convalescere, nec creditori dari utilem hypothecariam, & rationem diversitatis hanc esse, quia priore casu, cum scilicet debitor dominium pignoris acquisivit, pignus contractum est ex conventionem ejus, qui nunc pignoris dominus est, qui ne mendacii arguatur, nunc probe non potest resistere creditori vindicanti pignus. Posteriori autem casu, nunquam pignoris dominus obligationi præbuit consensum, atque ita multum interest, debitor pignoris dominus esse cepit; an pignoris dominus cepit esse debitor: hoc enim casu pignus non convalescit: illo convalescit. Verum hac, ut verisimile est, exposita differentia, Modestinus subiecit id quod est in *l. 22. de pignor.* etiam hoc posteriori casu postea idem fuisse receptum, quod priori, nempe, et ex post facto, & posteriori casu, cum dominus pignoris debitor esse cepit, postea idem fuisse receptum, scilicet ex post facto, ut pignus convalescat, non quidem directo, sed ita, ut priore casu adversus dominum pignoris, eundemque debitorem effectum, succedendo in hereditatem debitoris, creditori data utili actione pignoratitia, id est, etiam hypothecaria pignoris persequendi causa. Et hoc est, quod ait, *si Titio, qui rem meam ignorante me, &c.* etiam pignoratitia accipitur in *d. l. rem alienam, & passim in jure:* hoc autem tandem receptum fuit utroque casu, ut pignus convalesceret, si debitor pignoris dominium adquisierit, si debitor pignoris debitor esse cepit, non caret ratione, ut etiam si pignoris dominus, qui nunquam obligationi præbuit assensum, debitori heres exstiterit, debeat acquiescere creditori pignus vindicanti: quia scilicet æquum est, ne heres irrita faciat, quæ defunctus rata esse voluit. Et quemadmodum, si rem heredis defunctus legaverit, quam forte esse existimabat, necesse habet heres legatum præstare, *l. unum ex familia 67. §. si rem 8. de leg. 2.* Ità si rem heredis defunctus pignori obligaverit, quam etiam forte existimabat esse suam, æquum est, ut necesse habeat heres creditori acquiescere pignus vindicanti. Illa differentia, quæ proponitur in *d. l. rem alienam*, Pauli ætate obtinuit: idem post ætatem Modestini, qui pervenit usque ad Maximum Imperatorem, teste Capitolino, & usque ad Gordianum, ut testatur *l. 5. C. ad exhibend.* illa differentia juris antiqui valere desuit, eadem æquitate utroque casu recepta. Et ita omnino hæc quæstio resperla multo pulvere; enodanda est. Et hinc liquet, his libris Modestinum exposuisse, non tantum juris novi, & recepti, sed etiam antiqui, & antiquati differentias, quod etiam nobis indicavit *lex 10. de suis, & legitimis heredib. sup.*

Ad *L. IV. de Testament. tut. Pater, herede instituto filio, vel exheredato tutorem dare potest: mater autem non nisi instituto, quasi in rem potius, quam in personam tutorem*

dare videatur. Sed & inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cum à patre datus, quamvis minus jure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit: veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.

Ad *L. XX. de Tutorib. & curatorib. datis ab his, qui jus dandi habent: & qui, &c. Venti tutor à magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: Nam de curatore constituendo, edicto comprehensum est.*

Ad *§. Curatorem habenti, quo minus alius curator detur, regula juris non est impedimento.*

Ad *L. I. Qui petant tutores, vel curatores, & ubi petantur. Matris sollicitudo in petendis filio tutoribus, non etiam curatoribus observatur, nisi quo casu impuberi curator petendus est,*

Docuit etiam Modestinus, quæ essent differentie inter tutorem, & curatorem, cum quis moriens prægnantem uxorem reliquit, magistratus ventri similiter, & bonis, ut *l. 1. §. quoties, de ventre in possess. mitt.* curatorem dare posse, non tutorem, quia edictum prætoris, quo hoc introductum est, ut ait Modestinus in *l. 20. de tutorib. & curatorib. dat. ab his, &c.* de curatore dando loquitur, non de tutore. Ergo curator dari potest, non tutor, quia etiam non potuit prætor loqui de tutore dando: quandoquidem habenti tutorem prætor facere non potest, sicuti nec heredem facere potest, *§. Quos autem, Instit. de bonor. possess.* nec tutorem similiter: sed bonorum possessorem vice heredis facit, ita etiam curatorem vice tutoris. Et ita est explicandum, quod ait *l. 20.* Et mox additur in hac l. alia differentia, *tutorem habenti, tutorem dari non posse:* est regula juris, à qua tamen excipiuntur quidam casus, de quibus in *tit. C. in quibus causis tut. hab. &c.* Regulariter tutorem habenti, tutorem dari non posse: curatorem autem habenti, curatorem dari posse: quia curator datur in rem, tutor in personam: & curatori rei administratio committatur, tutori mandatur personæ ætate infirmæ tutela, educatio, institutio, moderamen. *Tutela, ut est in definitione, est potestas in caput liberum, quam qui nactus est, quique nacti sunt, ut si ab initio fuerint dati tutores plures, non potest eis minuire adjectio aliorum tutorum.* In rerum autem administratione nihil vetat, prioribus superadjici subinde alios curatores, aut procuratores. Et tertia differentia ex eodem libro Modestini proponitur in *l. 1. qui pet. tut.* Matris sollicitudinem observari in petendis tutoribus, non etiam in petendis curatoribus, nisi quibus casibus pupillo curator datur. Matrem puniri, multari successione filii, ex constitutione Severi, quæ filio impuberi tutorem non petiit: non eam, quæ filio puberi curatorem non petiit, ut *l. 6. C. eod. tit.* nimirum, quia, nec puberi, nisi petenti curator dari potest: impuberi etiam non petenti, tutor, vel curator datur, *l. 23. de tutel.* Adjecit etiam Modestinus quartam differentiam, ut indicat *l. 4. de testament. tut.* Curatorem, nec à patre, nec à matre filio in testamento recte dari, *l. 1. in fin. de confirm. tutor, l. 32. de excusation. tut.* Unde & in *l. Lucius, §. Maria, ad Trebell. Mater quædam heredibus institutis, curatores, si licuisset, substantia meæ dedisset:* non licet igitur patri, vel matri curatorem testamento dare, cur ita? quia *l. 12. tabular. de tutore loquitur, non de curatore.* Cur ventri datur curator, non tutor? quia edictum de ventre in possessionem mittendo, de curatore loquitur, non de tutore: eodem modo, cum testamento datur tutor, non curator? quia *l. 12. tabularum de tutore tantum loquitur: & tutoris, vel curatoris datio, legis est tota, pendetque tota ex præscripto legis, vel edictorum, quod ad curatores attinet.* Ratio igitur est, quia *l. 12. tab. de tutore tantum loquitur, his verbis: pecunia tutelare rei sue.* Ac præterea, quia eadem lex de patrefam. loquitur, non de matrefam. his verbis: *Paterfamilias uti legasset super pecunia tutelare rei sue.* Solus pater filio impuberi heredi instituto, vel exheredato tutorem dare potest: nec tutor ab eo datus indiget confirmationem prædis, vel prætoris, quanquam non jure datus sit, ut si datus filio emancipato impuberi, vel si datus sit testamento minus

nus solemniter, minus jure facto, l. i. de confir. tut. non indiget A
etiam inquisitione, quæ fiat in mores, & facultates ejus, quem pater elegit. Mater autem filio nec tutorem dare potest, vel heredi instituto, vel exheredato, sive præterito, l. peto 69. §. mater, de leg. 2. Sed si heredi instituto mater tutorem dederit, ex inquisitione confirmari potest decreto prætoris, vel præsidis, quasi datus in rem, quam ei reliquit mater potius, quam in personam, quasi datus in bona, quæ filio reliquit mater, ut ait l. ult. in fi. qui pet. tutor. Nam absurdum est, mulierem personæ tutorem constituere, ac proinde mater non potest tutorem dare, nisi heredi instituto: quia tutor est potius rei, quam personæ. i. hereditatis filio relicte, vel curator potius, quam tutor, qui etiam si testamento non jure detur à patre, vel matre, confirmari tamen potest: quod si à matre tutor datus sit filio exheredato, vel præterito, hic neque confirmari potest, neque confirmatus ad tutelam admittitur. Et l. 2. de confir. tut. est accipienda de herede instituto, & in l. 4. C. de testam. tut. (ut jam pridem docui) legendum est affirmative: quando autem eos heredes instituerit, solet ex voluntate defuncti datus tutor à præsidibus confirmari. Et hæc quidem omnia de tutore à Patre, vel matre testamento dato, habentur in hac l. 4. de testam. tut. quæ est ex hoc lib. Modestini. Et ita ad quartam differentiam, quam retuli sup. inter tutorem, & curatorem d. l. 5. explicanda est. Verum excipitur in ea l. 4. unus casus, quod tutor à patre datus, confirmandus est causa cognita, aut plane repellendus, si videlicet causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, ut si ex amico inimicus effectus sit: si ex divite pauperior, ex probro improbior, ex soluto omni ære alieno obærat, ut l. 8. & 9. de confir. tut. Possent addi aliæ differentie, sed hæc sufficient, quia & aliæ fere omnes ex iis dependent: & eadem quoque ipsæ, quas retuli, multas complectuntur, utpote ratione unius differentie aliam indicante differentiam. Puto etiam hoc libro exposuisse, quid differant curatores alii ab aliis. Curatori furiosi, vel prodigi, vel pupilli, quo casu pupillo curator datur, plenam rerum administrationem permitti: curatori bonorum, & ventris custodiam tantum rerum permitti, & venditionem earum rerum, quæ deteriores futuræ sunt: & hunc curatorem ad breve tempus constitui, non illos, l. inter bonorum 48. de administ. tut. l. pen. §. etsi quis, de ritu nupt. quid item differant tutores ipsi inter se. Testamentarios tutores, & datos ex inquisitione, non satisficere rem pupilli salvam fore, alios satisficere, l. pen. C. de tut. vel curat. qui satis non dedit. Subsidiariam actionem, quæ datur adversus magistratus municipales, ob causam datorum tutorum ad testamentarios, vel datos ex inquisitione non pertinere: ad alios pertinere, l. ult. C. de auctor. præst. Erat & olim tertia differentia, quæ tollitur in d. l. ult. nam ex testamentariis, vel datis ex inquisitione, unius auctoritas sufficiebat, cæterorum omnium in omni re auctoritas requirebatur: & requiritur etiam hodie omnium, etiam si ex testamento dati sint, vel ex inquisitione, ex d. l. ult. Erat etiam differentia in excusationibus: nam legitimi tutores se excusare, vel abdicare tutela non poterant, quia necessarii erant tutores. Erat etiam inter tutores pupillorum, pupillarumve, & tutores mulierum (nam mulieres etiam puberes erant in perpetua tutela) hæc differentia, quod tutores mulierum auctoritatem tantum interponebant, tutores pupillorum etiam negotia gerebant, quod omne Ulpian. ostendit lib. sing. reg. tit. de tutel. Sed de his satis.

Ad L. VIII. de Assignandis libertis. Liberi patroni, quamquam & ipsi in plerisque causis manumissorum jure censentur, tamen paternum libertum liberis suis assignare non poterunt, etiam si eis à parente fuerit assignatus. Idque & Julianus, & Marcellus probant.

Hæc l. cum sit ex lib. 7. argumentum præbet existimandi, etiam hoc libro docuisse Modestinum, quæ in re, non eodem jure censentur patronus manumissor, & patroni liberi, qui patroni sunt non manumissores: alii sunt patroni manumissores, alii patroni non manu-

Tom. II. Post.

missores, ut liberi manumissorum: nam etiam si, ut ait d. l. 8. liberi patroni, in plerisque causis manumissorum jure censentur, ut in tutelis legitimis, quæ non minus deferuntur liberis patronorum, sive manumissorum, quam manumissoribus, ut ostenditur in Instit. iii. de fiduc. tut. Et similiter in legitimis hereditatibus libertorum intestatorum, vel testatis libertis, si præteriti sint in petenda bonorum possessione contra tabul. non tamen in aliis quibusdam causis, eadem jura liberi patroni habent, quæ & ipse patronus manumissor: ac primum, ut ait d. l. 8. liberi patroni libertum paternum liberis suis assignare non possunt, etiam si eis à patre assignatus fuerit libertus: quia Senatusconsultum de assignandis libertis, assignandi liberti potestatem dedit soli manumissori ex testamento, vel inter vivos: non ergo liberis manumissoris. Item, quæ est alia differentia: liberi patroni majores 25. annis, qui libertum paternum capitis accusaverunt, vel in servitutem petierunt, nec obtinuerunt, remouentur à bonorum possessione contra tabulas, ac præterea nullus eis honor debetur, à quibus tamen omnibus ob eam rem manumissor non remouetur, etiam si calumniose libertum capitis accusaverit, vel in servitutem petierit, l. 9. 14. & l. 16. in servitutem, de bon. libert. l. si filius, §. pen. de fideicommiss. libertatib. l. 9. in fi. l. 10. & 11. de jure patron. l. 10. §. liberos, de in jus voc. & in constitutione Græca Justiniani de jur. patron.

Ad L. LII. de Condit. & demonstr. & causis, & modis eorum, quæ in testam. scribun. Nonnunquam contingit, ut quedam nominatim expressa officiant, quamvis omnia tacite intelligi potuissent, nec essent obscura: quod evenit, si alicui ita legatur: Titio decem do, lego, si Mævius Capitolium ascenderit: nam quamvis in arbitrio Mævii sit, an Capitolium ascendat, & velit efficere, ut Titio legatum debeatur: non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: Si Mævius voluerit: Titio decem do: Nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.

Ad L. CVC. de Reg. juris. Expressa nocent, non expressa non nocent.

Posuit etiam differentias, quæ sunt inter expressum & tacitum, id est, inter ea, quæ geruntur palam, & aperte, & ea, quæ geruntur tacite: proposita regula in l. 195. de reg. jur. quæ est ex hoc libro. Expressa nocere, non expressa non nocere: quæ regula repetita est ex hoc ipso libro in l. 52. de condit. & demonstrat. propositio exemplo hujusmodi: Legatum in alterius, puta, extranei, vel heredis voluntatem meram, expressum conferri non posse, utiliter, puta, hoc modo: Titio centum do, lego, si Mævius volet, inutile est legatum: tacite tamen conferri posse in alienam voluntatem, ut si dicat: Titio centum do, lego, si Mævius Capitolium ascenderit: utile est legatum, quamvis in potestate sit Mævii ascendere, vel non ascendere, & ita efficere, vel non efficere, ut legatum debeatur, quæ differentia confirmatur l. 3. de legat. 2. & l. 11. §. sic fideicommiss. de legat. 3. & habet etiam locum in heredum institutione: heredis institutio aperte conferri in alterius merum arbitrium non potest, tacite potest: hoc modo: Titius heres esto, si Mævius Capitolium ascenderit, l. si quis Sempron. 68. de heredibus instituend. & ut ibid. ostenditur, eadem distinctio locum habet in exheredatione. Itaque non valet exheredatio facta expressa conditione hujusmodi: Si Titius, quem heredem scripsi, mihi heres erit, exheredatio non valet, l. 3. §. filius, de liber. & postum. & tamen ita facta exheredatio. Filius meus exheres esto, valet: licet ei tacite insit ea conditio: si Titius, quem heredem scripsi, mihi heres erit: neque enim aliter exheredatio valere potest, quam si aliquis ex testamento heres extiterit: adde, actus legitimos, & solemnes tacite recipere diem, vel conditionem, quæ tamen, si aperte comprehendantur, vitiant actus, l. actus, de reg. jur. Item, tacite pacisci licere, ne quis de dolo agat, ut si quis paciscatur cum depositore, ne depositi agat: nam & sic tacite paciscitur, ne agat de dolo, qui solus venit in actionem depositi, & no-

FFF 2

mina-

minatim, & diferte ita pacifci non licet, ne de dolo agatur: turpis, & inverecunda hujusmodi pactio est, quæ non est inverecunda, si verbis tegatur, *l. si unus, §. illud, de pact.* & ait Modestinus in hac l. 52. nonnunquam contingere, ut lib. superiore, tit. de scientibus, & ignorantibus dixit, *nonnunquam per ignorantiam delinquentibus veniam tribui*, ita etiam hic *nonnunquam*: quia ex contrario nonnunquam, aut certe plurimum, quæ tacite acta valent, valent etiam si agantur expressim: ut tacite repeti ususfructus potest, ut si legetur in annos singulos: quia plura sunt legata: potest etiam repeti expressim: hoc modo: *illi usumfructum illius fundi do, lego, quotiesque capitis deminutione amissus ususfructus eris, eidem eundem usumfructum do, lego*, quamvis hæc repetitio videatur adversari juri publico, quo cautum est, ut capitis deminutione finiatur ususfructus. Sed nihil refert, utrum tacite, an expressim repetatur. Olim tacite tantum repeti poterat, non expressim: & hoc ostenditur *l. 3. in princ. quib. mod. usufr. amitt. & l. licet, de usufr. legato*, ubi tamen legamus oportet, *nec tantum*, ut illo loco ostendi. Item, quemadmodum legatum valet, si tacite conferatur in arbitrium, & voluntatem alterius, his verbis: *Si Mævius Capitolium ascenderit*, quia non tam conferatur in voluntatem Titii: quam in hunc casum, *Si Capitolium ascenderit*. Et ut est apud Aristot. Sicut natura nihil facit frustra, ita homo sanus, ut est testator quilibet (alioqui nullum esset testamentum) nihil frustra facere videtur. Ergo cum addit hanc conditionem, *Si Mævius Capitolium ascenderit*, vel, *si Mævius Cajo X. dederit*, hoc frustra non facit. Et habet rationem illius adscensus, vel descensus omnino potius, quam arbitrii, quod tacite confertur in Mævium: non frustra ponit illam conditionem, non ridicule. Et ideo recte confertur legatum in alterius voluntatem, tacite scilicet. Si vero expresse legatum confertur in alterius voluntatem, non quasi in meram voluntatem, in profusum arbitrium alterius, ut in specie hujus *l. 52.* ita est accipiendum, sed quasi in conditionem aliquam, hoc sensu: *Si evenerit*. Ut si huic meæ voluntati assentiatur Mævius, si evenerit, ut hanc meam voluntatem probet Mævius, legatum valet: quod tacite valet, valet etiam expresse, idque ostenditur in *l. 1. de leg. 2. l. 46. §. 1. de fideicommiss. liberi*. Et ita omnino accipiendum est, quod ait *l. senatus 43. §. legatum, de leg. 1.* Legatum poni posse in extranei voluntatem, quasi in conditionem, scilicet in casum, non in heredis voluntatem: *illi lego, si heres volet*: quia in herede hic sermo, *si heres voluerit*, non pro conditione accipitur, sed pro mera voluntate heredis, in cujus potestate absurdum est esse, an debeat legatum, *l. utrum, §. cum quidam, de reb. dub.* Et hoc gnaviter confirmari potest à simili. Pœnæ causa relictum legatum non valet, hoc modo: *Heres meus si filiam tuam in matrimonium Titio collocaveris, 10000. Sejo dato*, non valet legatum: legata deferuntur honoris causa, non pœnæ causa. Sed si his ipsis verbis, *si filiam tuam in matrimonium, &c.* testator conditionem facere, non pœna affligere voluit, valet legatum, *l. 2. de his, quæ pœn. causa relict.* Et ita dicimus etiam expresse, recte conferri legatum in arbitrium alterius, veluti in conditionem, in casum. Et ex his quidem exemplis patet, quæ tacite acta valent, valere etiam plerunque si agantur aperte: per contrarium quoque, quæ aperte, sive expresse acta non valent, nec si agantur tacite, quidquam valere, quod innumeris exemplis planum fieri potest: paucis ero contentus. Electio, vel datur expressim, ut puta: *Ex universa familia mea unum hominem eligito, vel optato*: vel datur tacite, ut ait Ulpianus lib. Regular. *tit. de leg. veluti, homine generaliter legato per vindicationem, hominem do, lego*, tacite datur electio legatario: ut dicit Ulp. Et si ve hoc, sive illo modo data sit electio, ea non consistit in persona Stichii testamento pure, vel sub conditione commissi, *l. 9. §. quasitum, de opt. leg.* Incapacibus neque expresse, nec tacite quicquam relinqui potest, *l. 1. C. de delat. lib. 10.* Viduitas indici neque expresse, neque tacite potest, *l. cum ita legatum, de condit. & demonstr.* atque ita recte in hac lege 52. dixit Modestinus, *nonnunquam, &c.*

A * * * * *

JACOBI CUJACIJ J. C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. VIII. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. XXII. de Donationibus. *Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, ex mora solutionis, pecuniæ usuras non debere, summæ aequitatis est: maxime cum in bonæ fidei contractibus donationis species non deputetur.*

IN II. hujus lib. tres differentię proponuntur, una inter usumfructum legatum, & legatum in annos, vel menses singulos: altera inter usumfructum servi legati, & operas servi legati: & tertia inter venditionem, & donationem, quam ego existimo Modestinum fecisse primam: itaque ab ea incipiam. Venditio, & donatio duæ sunt justæ acquirendi dominii causæ, si ex his causis dominus rem suam alii tradat, nec tamen jus idem est utriusque causæ. Venditor tritici, aut vini, aut olei, ex mora debet usuras (quod not. maxime) sicut emptor debet usuras pretii ex mora, & venditor quidem non fundi, aut corporis certi (quoniam corpora non recipiunt usuras) sed venditor quantitatis, venditor pecuniæ (nam & pecunia venit in commercium quandoque, id est, emptionem, & venditionem) venditor, inquam, quantitatis, veluti pecuniæ, tritici, vini, olei, ad certum modum ex mora debet usuras, *l. ultra, de action. empt.* Donator non debet usuras, si moram fecerit in solvenda pecunia, vel oleo, tritico, vino, promisso donationis causa: quia nec donationis species bonæ fidei contractibus annumeratur: in quibus solis receptum est, ut officio judicis ex mora usura veniat. Venditio autem est contractus bonæ fidei. Et hæc ratio differentię ex hoc libro Modestini existat in *l. 22. de donat.* quæ, quod ait de usuris, id etiam puto esse trahendum ad fructus fundo promisso donationis causa, ut nec post moram, aut post fidem contractam donator fructibus restituendis obnoxius sit: quia eadem æquitas & in fructibus versatur, & in usuris. Et dico nihil ob stare huic sententiæ *l. Nefennius, §. pen. de re judic.* quia de donatore loquitur, qui fundum donatum tradidit donatario, & postea casu quodam ejusdem fundi possessionem nactus, convenitur à donatario, non jam ut donator, sed ut possessor quilibet, quo in iudicio proculdubio fructus veniunt. Dico etiam nihil ob stare *l. videamus, §. si actus, de usur.* quoniam à definitione ejus §. est excipienda donationis causa. Nihil etiam ad hanc rem, sive quæstionem facit *l. in adibus, §. ex rebus, & l. cum de modo, hoc tit.* quam adducit Accurtius: quoniam in eis non quæritur, an ex mora donator fructuum restitutioni obnoxius sit, sed an fructus, quos donatarius ex rebus donatis percepit in modum, quem lex Cincia donationibus imposuit, computentur? & respondetur, non computari: nullam factam videri fructuum donationem, sed donatarium suo jure fructus percipere post perfectam donationem, tanquam dominum fundi donati. Nihil etiam facit ad hanc legem *l. licet, de usuris*, quæ lite contestata usuras currere ait, & nihil habet præterea: quia loquitur de usuris, quæ jam deberi, & currere cœperunt, quæ nec desinunt currere interveniente novatione necessaria, id est, litis contestatione. Sed & post litem contestatam procurunt, & adaugentur, quæ tamen interveniente voluntaria novatione, id est, stipulatione, desinerent currere, ut *l. 18. de novation.* Nihil etiam (ut submoveam totam glossam) ad hanc *l. 22.* facit *l. cum quidam, §. ult. de usur.* quia loquitur de usuris legatorum, quibus placetur mora, contumacia, indevotio heredis, à quo legata relicta sunt, non loquitur de usuris donatæ quantitatis, quibus donator placetur contra omnem humanitatem. Nihil etiam ad hanc rem facit *l. 1. de pollicit.* quia non de mera, & directa donatione loquitur, sed de ea, quæ in rempub. collata est ob causam: veluti, ob ho-

norem decretum, vel decernendum: quæ sola, quia nec A
mera liberalitas est, ex mora recipit usuras.

Ad L. LXII. de Ædilit. edict. & redhibit. act. & quant. min.

Ad res donatas edictum ædilitium curulium non pertinere, dicendum est. Etenim quid se restitutum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? quid ergo, si res ab eo, cui donata est, melior facta sit? nunquid, quanti ejus, qui meliorem fecit interest, donator conveniatur? quod minime dicendum est: ne, eo casu, liberalitatis suæ donator pœnam patiatur. Itaque si qua res donetur, necesse non erit, ea repromittere, quæ in rebus venalibus ædiles repromitti jubent: sane de dolo donator obligare se, & debet, & solet: ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet.

AD res venditas constat pertinere Ædilitium edictum, de redhibenda scilicet re vendita, ob morbum, aut vitium, quod emptor ignoravit: qua de re etiam emptori venditor cavere debet: puta, si in ea causa res vendita fuerit, ut redhiberi debeat, se pretium emptori, & cætera omnia, quæ pretium sequuntur redditurum, l. 28. & 29. §. 1. l. 30. in princip. b. 1. Cavere etiam venditor emptori debet (quod maxime notandum est) se id redditurum emptori redhibita re vendita, quo emptor eam rem meliorem fecit. Et ad hoc l. 62. est valde singularis. Et secundum hoc etiam accipi velim in l. 29. hoc tit. hæc verba. *Vel si quid pro servo impendit*: utpote, si meliorem servum fecit, si erudit, si instruxit, si ægrum perfanavit. Dum enim ait l. 62. ad res donatas Ædilitium edictum non pertinere, quod nullum pretium interveniat, quod donatorem restituere oporteat donatario: & quod non sit æquum donatorem, meliorationes, quas fecit donatarius, ei restituere, ne ex sua liberalitate damnum ferat: Et in summa non debere donatorem cavere de iis, quæ in ædilitio edicto continentur, non debere donatarium de gratuito munere quæri: & ut est in proverbio. *Non debere equi donati dentes inspicere*: dum hoc, inquam, Modestinus ait in b. l. 62. ex contrario satis indicat, venditorem meliorationes, & cætera omnia redhibita re vendita, emptori repræstare debere. Hoc tantum exigit Modestinus in donatore, ut caveat de dolo malo, ne sub specie benignitatis, id est, liberalitatis, donatarium fallat: ne, inquit, quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet, quod utique eveniet. Verbi gratia: Si sciens dolo malo rem alienam donaverit, & mox dominus donatario rem evincat, in quam forte jam donatarius, magnos sumptus fecerit: nam & si directo ipse donator eam rem non revocet, sed dominus rei: videtur tamen & ipse donator quodammodo eam rem revocare per dominum, cujus non erat ignarus, cum rem donaret: & ideo de doli actione tenetur in id quod interest: maxime, si donatarius in eam rem sumptas fecerit, l. *Aristo, §. ult. de donat.* Idemque dici potest ex §. pen. Novel. 7. Justiniani, de non alienandis rebus Eccles. Si sciens dolo malo donaverit rem sterilem, & infructuosam, aut quæ onerat impendio dominum magis, quam fructibus auget; aut rem publicis tributis prægravatam nimis, ut scilicet suum exoneraret patrimonium, & quodammodo tamen beneficio debitorem naturalem acquireret, nam quod in illa Novel. in Ecclesia, cui ea res donatur, idem in privato homine servari numquid æquum est? Certe & hoc casu redhibitioni locus est, ut in ea Novella definitur.

Ad L. XVIII. de Adim. vel transfer. leg. vel fideic. Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo extinguatur legatum, nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris, an mera voluntate donaverit, legatum debeatur: si nuda voluntate non debeatur, hæc enim distinctio in donantis munificentiam non cadit: cum nemo in necessitatibus liberalis existat.

Est & 3. differentia, quæ in hao l. 18. proponitur, si rem suam legaverit testator, posteaque eam vendiderit, quaratur an admissæ videatur legatum, ita distingue: aut nuda, & mera voluntate vendidit rem legatam, & admissæ videtur legatum: nec si postea eam rem redemerit, debetur legatum, nisi legatarius probaverit novam volunta-

tem testatoris: aut rem legatam vendidit urgente necessitate rei familiaris, urgente ære alieno, & hoc casu non videtur admissæ legatum: ac proinde legatum debetur mortuo testatore, nisi probaverit heres adimere legatum testatorem voluisse. Quæ distinctio probatur l. 11. §. si rem suam, de legatis 3. & l. 15. hoc tit. & l. scribit, in fin. de auro & arg. leg. Verum eadem distinctio non utimur in donatione, si testator rem suam, quam legaverat, postea alii donavit inter vivos: quia omnis donatio fit mera voluntate. Illa distinctio, inquit, in donantis munificentiam non cadit: cum nemo, inquam, in necessitate liberalis sit, id est, cum nemo tunc donet, cum premitur necessitate rei familiaris. Itaque re legata, postea à testatore donata, indistincte dicimus, ademptum, & extinctum legatum esse, nisi legatarius probaverit (nam ei incumbit onus probandi) aliam fuisse voluntatem testatoris, quæ est sententia h. l. 18. adeo ut, etiam si jure donatio non valeat, tamen videatur testator admissæ legatum, l. 24. infra b. Possunt etiam addi aliæ differentie inter donationem, & emptionem: venditorem teneri de evictione, etiam si de ea non caverit per stipulationem: Donatorem non aliter teneri de evictione, quam si de ea caverit donatario stipulanti: stipulanti, inquam, nam si pacifcenti, non obligatur evictionis nomine, l. 2. C. de eviction. nisi, ut ante dictum est, in re donanda dolo malo fecerit, d. l. *Aristo, §. pen.* Et hoc est, quod Paulus ait §. Sententiarum. *Invitum donatorem de evictione rei donatæ promittere non cogi*: nec eo nomine, si promiserit, citra stipulationem scilicet, onerari: quia lucrativæ rei possessor, id est, donatarius ab evictionis actione ipsa juris ratione defenditur. Item, si fructuarius vendiderit usumfructum, id est, perceptionem fructuum: nam jus ipsum, quod personæ coheret, vendi, & in alium transferri non potest, l. si usufructus, de jure dot. etsi emptor non utatur, fruatur, videtur usumfructum retinere: quia pretio fruitur. Neque igitur eum amittere non utendo, quamvis nec ipse, nec emptor utatur: sed si donaverit usumfructum, non aliter usumfructum retinere videtur, quam si donatarius utatur, l. 38. 39. & l. 40. de usufr. Item constitutio D. Marci ad Aufidium Victorinum, cujus in jure fit mentio sæpissime, pertinet ad servos venditos, ea lege, ut manumittantur: ex qua Constitut. cessante emptore, ipso jure liberi fiunt. Non pertinet autem ad servos donatos eadem lege, l. *Paulus respondet, de liber. caus. l. qui Roma, §. Flavius, de verb. obligat.* sed postea ea Constitutio porrecta quoque est ad servos donatos, l. pen. qui sine manum. ad liber. l. 1. C. si mancip. ita fuerit alien.

Ad L. XXXII. de Rei vindic. Quod si artificem fecerit post 25. ann. ejus, qui artificium consecutus est, impensæ factæ poterunt pensari.

Praterea emptor, cessam sibi act. in rem, ad quam quæstionem pertinet l. in rem, de rei vindic. Emptor, inquam, cessam sibi in rem actionem, transmittit ad heredem suum etiam ante litem contestatam, & similiter alium procuratorem ad agendum facere potest, etiam ante litem contestatam: cum tamen regulariter procurator procuratorem facere non possit ante litem contestatam, procurator in rem alienam, procurator in rem suam. Veluti, emptor, cui cessa est actio in rem, actio dominij à venditore, etiam hæc habet potestatem ante litem contestatam, ut alium procuratorem facere possit: donatarius non item. Hæc differentia obtinuit olim inter donatarium, & emptorem, quandoquidem olim donationes strictius accipiebantur. Sed tollitur hæc differentia à Justiniano in l. illam, C. de donationib. qua eadem facultas datur donatario, quæ competeat olim emptori. Postremo, emptio venditio perficitur nudo consensu: Donatio, stipulatione, vel traditione rei, aut pecuniæ donatæ, vel mancipatione, vel cessione in jure, non nudo consensu. Hæc est etiam vetus differentia, nam hodie ex constitutione Justiniani, etiam donatio perficitur nudo consensu. Sed de iis hæcenus. Porro exposuit etiam hoc libro Modestinus, quid distaret legatum ususfructus à legato relicto in annos, aut men-

mensis singulos, quod tamen usufructui simile esse, cum morte finiatur, ait Cajus in l.8. de ann. legat. Sed inter se tamen, cum multum, tum in primis hoc distat, quod capitis deminutione legatarii perimitur, & inusu, id est, non utendo, non etiam legatum in annos singulos, quia plura sunt legata. Legatum annuum quotannis renovatur: legatum menstruum quot mensibus renovatur. Usufructus autem legatus unum est legatum: & quod usufructus repeti potest tacite, vel expressim. Legatum autem annuum frustra repetatur, quod per se renovatur quotannis, & repetitur sua natura: tum quod fructus ejus anni, quo fructuarius vita decessit, qui nondum percepti erant, ad heredem ejus non pertinebant, integrum autem ejus anni legatum heredi legatarii debeatur: quæ omnia proponuntur in d.l.8. Postremo, quod legatum usufructus cedat ab adita hereditate: legatum annuum à morte testatoris, l.2. & 12. quando dies leg. quas omnes differentias, & insuper alias, quas annotavimus non ita dudum ad d.l.8. proculdubio hoc lib.8. Modest. digessit. Et ad primam quidem differentiam respicit l. ult. de cap. min. quæ est ex lib. eodem. Et rationem diversitatis explicat, cur usufructus finiatur cap. deminut. non legatum in annos, vel menses singulos, quia, inquit, tale legatum, scilicet quod relinquatur in annos, vel menses singulos, in facto potius, quam in jure consistit. Quid hoc est? *Usufructus in jure consistit*. Usufructus nihil aliud est, quam jus, quod legatur fructuario, jus in re, jus personale, & civilis scilicet ratio, veluti capitis deminutiones, quæ civili ratione nituntur, id est, quæ in jure consistunt, quæ sunt nuda jura perimere posse. Jus facile aliud perimit. At nulla juris ratio perimere potest, quod consistit in facto naturali, reali, corporali, in præstatione, sive pensatione naturali, ut ait l.8. b. t. in pensatione heredis annua, vel menstrua. Idemque de habitatione legata, definit Modestinus in h.l. pen. Nam & habitatio, quæ legata est capitis deminutione, vel non utendo, non amittitur, quamdiu superest domus, quæ habitationem præbeat, l.10. de usu, & habit. Sicut nec legatum annuum perimitur illis modis, quamdiu heres superest, qui annuum præbeat. Et longe alia est ratio usufructus, alia annui, vel habitationis legatæ. Usufructus, quod vel nomen ipsum indicat, consistit in facto, & in persona ejus, cui debetur, qui utitur fruitur: ideoque persona ejus mutata, mutatur etiam, sive interit usufructus. Habitatio autem consistit non in persona ejus, cui debetur habitatio, sed in re ipsa. Ac propemodum habitatio nihil est aliud, quam res ipsa: puta domus, non actio habitatoris. Denique habitatio consistit in re ipsa, quæ habitationem præbet. Annum item non consistit in persona ejus, cui debetur, sed in herede ipso, qui annuæ pensationi, sive præstationi obnoxius est. Et ex eo vero, quod in h.l. pen. Modest. loquitur etiam de habitatione, apparet hoc quoque libro eadem opera Modestinum exposuisse quid esset intervalli inter usumfructum, & habitationem. Ita est omnino. Nam exposuit etiam hoc libro Modest. quid distaret usufruct. servi ab operis servi legatis: quamvis enim operæ usumfructum imitentur, l.5. in fin. usufruct. quemadm. cav. & usufruct. hominis sit in operis, aut mercedibus operarum, l.2. & 3. de oper. serv. tamen longo intervallo distant inter se usufructus servi, & operæ servi. Usufructus est dividuus, operæ sunt individua, sicut & nudus usus est etiam individuus, l.15. de oper. serv. l.1. §. si usufructus, ad l. Falcid. l.15. de oper. libert. Item usufructus morte, & capitis deminutione, & non utendo perimitur, operæ non item. Operæ nec morte legatarii perimuntur, sed debentur heredi legatarii, videlicet, quamdiu servus vivit, in cujus actu operæ consistunt, non in actu legatarii. Debentur ergo quamdiu is servus vivit, legatario, aut heredi ejus. Non pereunt igitur morte legatarii, vel capitis deminut. vel inusu, l.2. de oper. serv. l.2. de usufr. lega. Item, servo usucapto, legatum operarum perit, non legatum usufructus, d. l.2. de usufr. leg. quia, ut breviter rationem perscringam, operæ cohærent personæ servi, unde usucapto servo, usucapiuntur & ipsæ, atque ita percunt legatario: usufructus autem servi servo non cohæret, sed fructuario.

A Usucapi potest dominium servi: non tamen usufructus ideo usucapietur, qui nulla societate dominio conjungitur: Usufructus præstandus est ex die aditæ hereditatis, operæ ex die petitionis, cum scilicet est commodum ei, cui debentur, l.7. de usufr. leg. Quas omnes differentias cum digessisset Modest. in hoc libro, non omisit etiam istam, quæ nondum exposita est: *Infantis usumfructum legari recte*, quia etsi nunc nullus sit, illius usus esse poterit, ubi excefferit infantiam, l. arboribus, §. de illo, l. si infantis, de usufr. Operas autem infantis inutiliter legari, quia nondum ullæ sunt, & legantur præsentis: usufructus præsens non legatur. Operæ igitur infantis inutiliter legantur, si infans sit minor quinquennio, quod est expressum in l. ult. de oper. serv. nam à quinquennio possunt infantis operæ esse quædam, in scena maxime, si sit histrio, vel alterius voluptatis artifex, l.7. §. dabitur, de oper. libert. l. ult. de liber. caus. Et ad hanc quidem differentiam respicit l. 32. de rei vindic. quæ est ex hoc libro 8. in qua, ut jam pridem ostendi ex d.l. ult. de oper. serv. est legendum, post annum quintum, non 25. quoniam si ita leges, hio erit sensus, ab anno 25. demum juvenis esse operas, aut æstimari operas juvenis, quo nihil est ineptius. Legendum igitur, non post 25. sed post quinquennium, à quo etiam infantis possunt esse operæ quædam. Nam & quod ait d.l. ult. de operis serv. deductis impensis necessariis factis in erudiendo puero, restituendum esse puerum vindicanti, & operarum æstimationem habendam post annum quintum, & quod l.4. eod. tit. de oper. serv. ait: idem omnino quod Modestinus scribit in dict. l.32. Unde certe conjicimus, non male hoc scripsisse Modestinum, quod est in l.32. cum daret differentias inter usumfructum servi, & operas servi.

* * * * *

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. IX. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

- Ad L. XV. de Usufr. & quemadm. quis utatur fruatur. *Titio cum morietur usufructus inutiliter legari intelligitur: in id tempus videlicet collatus, quo à persona discedere incipit.*
- Ad L. XII. de Servit. rust. præd. *Inter actum, & iter nonnulla est differentia. Iter est enim, qua quis pedes, vel eques commovere potest: actus vero ubi, & armenta trajicere, & vehiculum ducere liceat.*
- Ad L. CI. de Verb. signific. *Inter stuprum, & adulterium hoc interesse quidam putant: quod adulterium in nuptiam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Julia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur.*
- Ad §. Divortium inter virum, & uxorem fieri dicitur, repudium vero sponsæ remitti videtur: quod & in uxoris personam non absurde cadit.
- Ad §. Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem: vitium vero perpetuum corporis impedimentum, veluti si talum excussit: nam & luscus itaque vitiosus est.
- Ad §. Servis legatis etiam ancillas deberi quidam putant: quasi commune nomen utrumque sexum contineat.
- Ad L. XXXI. de Leg. III. *Servis legatis, etiam ancillas quidam deberi recte putant: quasi commune nomen utrumque sexum contineat: ancillis vero legatis masculos non deberi nemo dubitat. Sed pueris legatis etiam puellæ debentur. Id non æque, in puellis pueros detineri dicendum est.*
- Ad §. Mulieribus vero legatis etiam virgines debentur: sicuti viris legatis etiam pueros deberi respondetur.
- Ad §. Pecudibus autem legatis, & boves, & cætera jumenta continentur.
- Ad §. Armento autem legato, etiam boves contineri convenit: non etiam greges ovium, & caprarum.
- Ad §. Ovibus legatis, neque agnos, neque arietes contineri quidam recte existimant.
- Ad §. Ovium vero grege legato, & arietes, & agnos deberi nemo dubitat.

Ad

Ad L. XXXIX. de Usuris, & fructib. & causis omn. access. & mora. Equis per fideicommissum legatis, post moram heredis, scilicet quoque debentur. Equitio autem legato, etiam si mora non intercedat, incremento gregis scilicet accedunt.

Ad L. XXV. de Statuliberis. Statuliberos venditari posse leges 12. tab. putaverunt, duris autem conditionibus in venditione minime onerandi sunt, veluti ne intra loca serviant, neve unquam manumittantur.

CUM in calce superioris libri docuisset Modestinus, quid diffideret legatum usufructus à legato annuo, vel menstruo, quid item ab habitatione, quid ab operis servorum, consequenter in hoc libro 9. & ult. usufructum cum servitute comparat, cum qua ante non comparaverat usufructum. Docui quantum distaret usufructus legatum à legato servitutis: ac primum usufructum esse jus hominis, sive personæ: servitutem, jus prædii, usufructum dividuum, servitutem individuum, quæ notissima sunt: usufructum morte, & capitis deminutione perire, servitutem non item, l. 3. quemadm. serv. amitt. Unde consequitur statim alia differentia; cujus pars in hoc libro IX. relata est in l. 51. de usufruct. Titio cum morietur, usufructum legari inutiliter: quia in id tempus confertur, quo à persona discedere, & perire incipit. Inutiliter confertur in mortem, quod morte finitur, l. 6. de usufr. leg. l. heres meus, §. quamvis, de condit. & demonstrat. At servitutem recte legari Titio cum morietur: quia à persona morientis, quod est intermedium quoddam tempus inter vitam & mortem, in heredem mortui transire potest: usufructus in heredem mortui transire non potest. Item usufructum legatum alternis annis, in utendo non amitti, l. 28. quib. mod. usufr. amitt. quia plura legata, plures usufructus sunt. Servitutem autem legatam alternis annis, amitti non utendo: quia una est servitus, quæ tamen sui natura habet intermissionem, l. 13. de usufr. leg. ubi id latius exposuimus. Docuit etiam hoc lib. Modestinus quid servitutes prædiorum inter se differrent, utpote, quid iter differret ab actu, l. 12. de servit. rust. præd. quæ est ex hoc libro. Iter esse, quo quis pedibus, vel equis commeari potest: Actum esse, quo quis etiam armenta, id est, boves trajicere, & vehiculum ducere potest. Itaque eum, qui actum habet, habere etiam iter: eum vero, qui iter habet, actum non habere. Plus est in actu, minus in itinere, l. 1. eod. Non est dubium, etiam hoc libro consequenter docuisse Modestinum quid differret via ab actu: quæ differentia ita paucis perstringi potest. Viæ latitudo finita ex XII. Tab. ut sit VIII. pedum in porrectum, & XVI. in anfractum, ubi via est flexenda. Actus finitio non est legitima: & utique semper via latior est, quam actus, l. viæ latitudo, eod. Item, qui viam habet, trahere lignum, vel lapidem, aut saxum aliquod ingens, ac si fructus non lædat, etiam hanc rectam ferre potest: qui actum habet, non item, l. 7. eod. Plus est in via, minus in actu: ut retro, plus est in actu, & minus in itinere. Præterea via, quæ sic dicitur quasi verba, non est, nisi qua vehiculum duci potest: Actus est etiam qua vehiculum duci non potest, modo jumentum, vel armentum agi possit, l. 13. de servitutib. Viæ nominatim inest iter, & actus: quia hæc est proprietas, & potestas hujus nominis viæ, ut significet iter, & actum: Actui inest iter tacite, non ex proprietate vocabuli: actui iter inest per consequentiam tantum. Nam si possum agere armentum, vel jumentum aliquod, & ipse ire possum: proinde qui viam habet, potest vindicare iter, & actum (nam iter, & actus nihil aliud est quam via) vel potest vindicare alterutrum tantum, aut iter tantum, aut actum tantum: qui actum habet, iter vindicare non potest, sed actum vindicare debet. Verosimile est & hoc libro eundem Modestinum, quæ in cæteris servitutibus aliter atque aliter observarentur, exposuisse, veluti de servitute, ne luminibus officiat, & de servitute, ne prospectui officiat: de qua differentia est l. inter servientes, de servit. urbanor. præd. quid item aliter, atque aliter observaretur in servitute luminis, & in servitute prospectus, de qua in

l. lumen, eod. tit. Et rursus, quid in servitute luminum, & servitute ne luminibus officiat, de qua in l. lumen, eod. tit. Ac præterea ex h. libro 9. in l. inter stuprum, de verb. signific. nos docet, inter stuprum, & adulterium hoc interesse: quod adulterium proprie committatur in nuptam, stuprum, inquit, in viduam. Viduæ nomine comprehendit etiam virginem, & mulierem quamlibet innuptam. Sed, ut subjicit l. Julia de adulter. promiscue, & indifferenter, per abusionem tamen, stuprum, & adulterium appellari. Certe illo capite, quo plectitur, qui adulterii damnatam uxorem duxerit, etiam stuprum continetur, l. 29. §. quod ait, ad l. Juliam de adulter. & illo capite, quo punitur qui pretium pro comperto stupro acceperit, continetur etiam adulterium, d. l. 29. §. plectitur. Alii quoque auctores passim stuprum accipiunt pro adulterio. Mox in eadem l. inter stuprum, Modestinus docet hoc diffidere divortium à repudio, quod divortium fiat inter maritos, repudium & inter maritos, & inter sponfos. Divortium inter maritos tantum, non inter sponfos. Proinde sponsa non recte divortisse dicitur, l. 19. de verb. signific. Uxor recte proprie divortisse dicitur, aut repudio dimissa esse, ut l. 14. §. si ve autem, qui, & à quibus manum. lib. non fiant. Neque enim nisi improprie (quod notandum) aut maritus divertisse dicitur, quoniam cum domus mariti sit domicilium matrimonii, ipse à se ipso divertisse diceretur. Et similiter maritus etiam non nisi improprie repudio dimissus esse dicitur. Jubet maritus uxorem facere domum suam proprie, non uxor maritum. Sequitur in eadem l. inter stuprum, differentia inter morbum, & vitium, quæ pertinet ad ædilitium edictum, atque etiam ad l. illam 12. Tabular. Si in jus vocato morbus æritasve vitium escit. Morbum esse temporalem corporis infirmitatem, cum accessu scilicet, & decessu: veluti tertianam febrim: vitium esse perpetuum corporis impedimentum, veluti, inquit. Si talum excussit. Sic rectissime Florentin. & Basilica similiter: εαν τὸν ἀστράγαλον ἐξέβαλεται, id est, si quis talum excussit. Et in interpret. Basilicorum, τὸν ἀστράγαλον ἔχον ἔρω. de quo vitio & iisdem fere verbis, Herodotus lib. 3. scribens de Dario, qui in venatione equo defiliens, sibi talum excusserat. Ὁ γὰρ ἀστράγαλος ἐξέχευε τὸν ἐκ τῶν ἀρθρων, ἀστράγαλον vocat. Et enim, inquit, talus ab articulis dilapsus erat: & hunc, cui talus prolapsus est, esse vitiosum, sic probat Modestinus: Natus & luscus, inquit, utique vitiosus est. Sensus hic est: ut qui captus est uno oculo, qualis est luscus, vitiosus est: Ita qui captus est uno pede, qualis est is, qui talum excussit, vitiosus est: Luscus est monoculus. Martialis, defocius. Unde lusa imago Tacito: quod proprie Gallico sermone est, sed pauci Galli sciunt: une image porphille, quand elle ne montre que la moitié du visage. Et hanc quidem differentiam inter morbum, & vitium, cum hoc loco Modestinus affirmat esse veram (ait enim) verum est: satis demonstrat se improbare sententiam Labeonis, Sabini, & aliorum, qui cæcum, luscum, claudum, pede debilem, castratum, morbosum esse dicebant. Modestinus negat esse morbosos. Morbum enim temporalem esse: vitium perpetuum. Ergo cæcitatem, aut pedis debilitatem esse vitium, non morbum. Quod autem est in extremo h. l. inter stuprum, Servis legatis, etiam ancillas deberi: & repetitur ex hoc ipso lib. in l. 81. de legat. 3. merito continuandum est cum his, quæ sequuntur in l. 81. de legat. 3. & referendum (quod nescio an quis animadvertat) ad differentiam, quam Modestinus hoc lib. ostendit confici ex varietate nominum, id est, nominibus universalitatem rerum significari, quæ vulgo, aut generalia: aut collectiva nomina dicuntur, à Græcis συστηματικά, & περιληπτικά, ut grex, equitium, familia, & similiter peculium, instrumentum fundi scilicet, vel ædium. Aliis nominibus dico res singulas significari, & multum interesse in legando, an iis testator, an illis nominibus utatur: Nam si equitium legaverit, quod est collectivum nomen, id est, gregem equorum, sive poliam: nam & polia dicitur in l. adiles, §. ult. de aedil. edic. Si, inquam, equitium legaverit, etiam si nulla heredis mora intercesserit, factus, & factuum factus legatario debentur. Si equos legaverit quo genere, quot testator equos reliquit in bonis, tot legata videtur

detur fecisse testator per species, aut res singulas, aut equorum singula corpora: Hoc casu non debentur legatario foetus, nisi qui editi sunt post moram heredis, quod ex hoc libro Modestini. propositum extat in l. 49. de usur. & habet summam rationem: quia foetura auget equitium, seu gregem equorum: non etiam auget equos singulos: proinde legato equitii, vel causa, sed ut pars equitii, ut pars rei principalis, quae legata est. Ac proinde in petitionem venit foetura non officio judicis, sed jure & potestate actionis ex testamento. Legato autem equorum non inest foetura. Quamobrem nec in petitionem legati venit actionis jure, sed officio judicis, tanquam fructus, & post moram heredis duntaxat, non ante moram. Hinc vero facessat quod Accursus d. l. 39. de equitio alieno legato, & de equis alienis intelligendum esse, non de propriis testatoris hac ratione: quia inquit, (si credere dignum est) si proprium fuerit equitium testatoris, proprii equi: ex utroque casu debetur foetura legatario, ex die aditae hereditatis etiam ante moram heredis ejus: hoc est omnino falsum. Nec pro Accursio quicquam facit l. Herennius, §. 1. eod. quae ait, fructus pervenire ad legatarium, aut quasi fructus omnes post adquisitum dominium, ibi non est, post aditam hereditatem, sed post adquisitum dominium, ut in l. 4. qui usufructu. si usufructu. petat. Quod autem Modestinus in d. l. 39. discrimen fecit inter equos & equitium, idem etiam porrexit ad servos & familiam legatam. Familia, est collectio servorum: eoque omnino pertinet d. l. 81. de legat. 3. Cujus sententiam omnem exponamus. Servorum, aut puerorum legato contineri quidem ancillas, & puellas; quamvis id non aequè ita dicendum sit, ancillis legatis masculos contineri: quia pessimi exempli est, masculos, tanquam effeminatos, foeminino vocabulo contineri, l. 45. de legat. 2. Mulierum quoque legato, etiam virgines contineri, quasi mulieris vocabulo ad sexum ipsum, non ad gradum sexus pertinentem, ut eleganter Tertullianus ait in lib. De veland. virginibus. Mulierum igitur appellatione, sive legato etiam virgines contineri: sicut inquit, virorum legato etiam pueri continentur: sed non etiam puellae, ut opinor; aut mulieres virorum legato continentur: quamvis & mulieres, auctore Festo, veteres appellaverint Viras: unde adhuc permanet, Virgines & Viragines. His tamen, ut arbitror, Modestinus adjecerat servorum, vel ancillarum, vel mulierum legato partus non contineri, nec venire in petitionem legati, ut causam legati officio judicis, nisi eos duntaxat partus, qui post moram heredis editi essent, & partus similiter partuum, ut l. 8. de usur. At familia legata omnino partus omnes venire in petitionem legati actionis jure, etiam si nulla mora heredis intercessisset. Denique, quod de equitio & equis dixit d. l. 39. idem esse dicendum docuit de servis & familia. Partus ancillarum augere familiam, quae legata est quocumque tempore editi sint; non augere singulos servos, si servi legati sint, non familia. Et ut equis legatis, non continetur equitium: ita nec servis legatis, contineri familiam. Adjecit Modestinus d. l. 8. inter gregem ovium, vel pecudum, & oves, & pecudes, eandem differentiam intervenire. Ovis, aut pecudibus legatis, non tantum oves, capras, sues, equos, mulos, asinos; sed etiam boves contineri: sicut, & armento legato, boves continentur, non alia animalia. Ovis, aut pecudibus legatis, contineri etiam praeter boves, qui collo domantur, & caetera jumenta dorso, quae dorso, non collo domantur, non contineri etiam greges ovium, aut caprarum: ergo nec foetus, puta, agnos, vel haedos, nisi post moram heredis. Arietes quoque, vel capros, qui gregis domini sunt, non contineri. At grege legato; etiam agnos, & haedos, quocumque tempore editi sint, deberi, etiam

si nulla mora heredis intervenerit: itemque capros, & arietes. Et ita explicanda est d. l. 81. Verum est & alia differentia inter haec nomina, si specialiter equos, quos habebat testator, legavit, vel servos, quos plures habebat. Plura sunt legata, & legatarius alios repudiare, alios vindicare potest, quia plura sunt legata: si equitium legaverit, aut familiam, unum est legatum, quod scindi non potest: grege aut familia repudiata pro parte, & agnita pro altera parte, quod ostenditur in l. 2. §. 6. de leg. 2. Verbum generis, contrahit legatum: verbum speciei, dividit, discinditque legatum. Genus omne est περιληπτικόν, comprehensivum, vel collectivum, καὶ τὸ δὲ ἐκαστὸν διαμερικόν. Restat ex hoc loco differentia inter statuliberos, & servos, à quibus tamen statuliberi pene nihil differre dicuntur, l. 29. in princip. de statulib. Statuliberi sunt, quibus testamento directa libertas datur in diem, vel in conditionem certam. Hi nihil pene à caeteris servis nostris differunt: nam & statuliberi servi sunt heredis pendente conditione, mediove tempore, l. 12. famil. ercisc. l. 9. §. 16. de statulib. l. 11. de leg. 2. Et ab herede vendi possunt statuliberi non minus, quam caeteri servi: ita scilicet ut apud emptorem, si conditio statulibertatis impleatur, perveniant ad libertatem. Et hoc ut statuliberi vendi possint ab herede, Modestinus ait esse ex 12. Tabul. in l. 25. de statulib. quae est ex hoc libro ultimo. Esse autem hoc ex 12. Tabul. sic accipiendum est, non quod ita l. 12. Tabularum simpliciter, & nominatim condita fuerit, ut Fulvius Ursinus fingit: Statuliberum venundarier liceto, dum ne quid adversum ipsius statum fiat. Quot sunt hodie suaves conditores l. 12. Tabularum? nunquam ea de re specialis lex quaedam fuit in 12. Tab. Sed ideo dicitur statuliberos ex 12. Tabul. venundari posse, quod lege 12. Tabul. caveretur statuliberos heredi decem dare jussum, si ab herede alienatum esset, emptori dando pecuniam, pervenire ad libertatem. Est jussum dare heredi, atque ita pervenire ad libertatem. Caeterum, etsi non heredi dederit, sed ei, qui successit heredi in rem, sufficit ut libertatem adipiscatur. Et ita hoc explicat Ulpianus lib. sing. reg. & confirmat l. 29. §. ult. de statulib. Ex sententia hujus l. potius, quam ex verbis dicitur, statuliberos venundari posse, quod & Modestinus significat in l. 25. dum ait: putaverunt statuliberos venundari posse l. 12. Tab. i. e. ex sententia scilicet. Verum addit statim in hac l. 25. differentiam Modestinus, quod caeteri servi nostri duris conditionibus vendi possunt: veluti, ne unquam manumittantur, qui ne unquam potuerunt manumitti, vel ne intra loca certa serviant, vel ne in Italia morentur, l. 1. §. 7. de ser. export. Statuliberi vendi non possunt duris conditionibus, quia deteriora eorum jura heredes facere non potest. Spem libertatis non potest eis minuire, vel auferre, l. 33. de statulib. quod faceret, si duris conditionibus heres statuliberum venderet: puta, ne unquam manumittatur. Est & alia differentia, quod in publicis judiciis serviles poenas, quae sunt omnium gravissimae, statuliberi non patiuntur, l. moris, §. ult. de poen. l. statuliber, de quest. quae hoc facere ait spreta libertatis praerogativa. Est enim statulibero implicita spes, implicitus casus libertatis, adeo ut vel hoc ipsum in plerisque causis loco liberi habeatur, maxime in poenis, & capitali crimine, l. ult. si ex nox. cau. Unde & in l. 29. de statulib. jam pridem dixi, ita legendum esse: Sed non in publicis quoque judiciis easdem poenas statuliberi patiuntur, quas & caeteri servi. In privatis judiciis eodem jure sunt statuliberi, & servi, sive descendant ex contractibus, sive ex delictis privatis, quod etiam confirmat l. 1. C. an servi ex suo facto, &c. At in publicis judiciis melior est conditio statuliberi, quam servi.

Finis Differentiarum Lib. Modestini.

NEAPOLI M. DCC. XX.

Typis, ac Sumptibus Michaelis Aloysii Mutio.

SVPERIORVM LICENTIA, ET PRIVILEGIO PER DECENNIVM.

